

# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 18 | 2020.2



# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 18 | 2020.2

**Salvador, Bahia**

**2020**



### **Editor-chefe**

Prof. Fernando Caria Leal Neto

### **Editoras-executivas**

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Ana Thereza Meirelles

### **Editoração eletrônica**

Maurício Amaral

### **Capa**

Salamanda

### **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Geovane de Mori Peixoto

Prof. Dr. Thiago Carvalho Borges

Prof. Dr. Társis Silva de Cerqueira

Prof. Ms. Roberto de Almeida Borges Gomes

Prof. Ms. Diogo Assis Cardoso Guanabara

Prof. Dr. Marcus Seixas Souza

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Ana Carolina Mascarenhas

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Ana Thereza Meirelles



Rua Visconde de Itaborahy 989,  
Amaralina, Salvador – Bahia  
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552  
contato@faculdadebaianadedireito.com.br  
www.faculdadebaianadedireito.com.br

## Linha editorial

O periódico Cadernos de Iniciação Científica é publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.



## Processo de Avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos aduzidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.
6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.

- 7.** Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
- 8.** Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.
- 9.** Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.



## Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço:  
publicacoes@faculdadebaianadedireito.com.br (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.
6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.
9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

**Fernando Caria Leal Neto**

Editor dos Cadernos de Iniciação Científica

# Sumário

## **A FACE OCULTA DA LEI DE DROGAS NO BRASIL: LEGITIMAR A NECROPOLÍTICA**

*Caroline Ribeiro Pereira Lisboa*

1. INTRODUÇÃO .....	24
2. DA POLÍTICA DE VIDA À POLÍTICA DE MORTE.....	25
3. LEI DE DROGAS .....	29
4. POLÍTICAS DE DROGAS ALTERNATIVAS .....	36
5. CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS .....	40

## **A (IM) POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS POR MEIO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

*Fabiana Alves Castro*

1. INTRODUÇÃO .....	46
2. CONHECIMENTOS TRADICIONAIS.....	47
3. PROPRIEDADE INTELECTUAL .....	53
3.1. Patentes .....	55
3.2. <i>Copyright</i> e direitos relacionados.....	57
3.3. Trademarks ou marcas .....	59
3.4. Indicações geográficas .....	60
3.5. <i>Trade secrets</i> ou segredos industriais .....	62
4. RELACIONANDO CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	63
4.1. Os problemas .....	64

4.2. Possibilidades e soluções .....	67
5. ALÉM DA PROPRIEDADE INTELECTUAL .....	70
6. CONCLUSÃO .....	71
REFERÊNCIAS .....	72

## **A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DIANTE DA CRISE SANITÁRIA DO COVID-19**

*Laíssa Pereira Pinheiro e Lanna Crhisty Veras Santiago*

1. INTRODUÇÃO .....	80
2. PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	81
2.1. Poder Judiciário.....	82
3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA .....	83
4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CNJ.....	85
5. ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS .....	88
5.1. Sistema carcerário brasileiro, CNJ e o Novo Coronavírus ....	89
5.2. Violência contra a mulher e a pandemia .....	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	94
REFERÊNCIAS .....	95

## **O DEVER DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA**

*Letícia Franco Pessoa*

1. INTRODUÇÃO .....	102
2. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SEUS DEVERES ANEXOS .	104
3. DEVER DE INFORMAÇÃO COMO DESDOBRAMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	106
4. DEVER DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	108
4.1. Dever recíproco de informar .....	108
4.2. Clareza e precisão das informações fornecidas .....	111
4.3. Consentimento livre e esclarecido do paciente.....	114
5. CONCLUSÃO .....	117
REFERÊNCIAS .....	119

**THE RIGHT TO HEALTH AND EQUITABLE ACCESS DURING GLOBAL HEALTH CRISIS**

*Manuela Marinho Cardoso*

1. INTRODUCTION .....128

2. HEALTH AS A HUMAN RIGHT .....128

3. THE OBLIGATION TO COOPERATE.....132

4. EQUITABLE ACCESS TO HEALTH DURING GLOBAL CRISIS .....135

    4.1. Compulsory licenses and the HIV/Aids epidemic .....135

    4.2. Access to influenza vaccines and “viral sovereignty” .....137

5 CONCLUSION .....138

REFERENCES .....140

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A IMPORTÂNCIA DA MUDANÇA DE PARADIGMA RELATIVA À FORMA DE RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA**

*Maria Lucia Oliveira Santos*

1. INTRODUÇÃO .....146

2. NEGOCIOS JURIDICOS PROCESSUAIS E O NOVO CPC.....146

3. A RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE.....148

4. NEGOCIO JURIDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA..152

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....156

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....157

**A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGE NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO**

*Maria Luísa Teixeira Mota*

1. INTRODUÇÃO .....161

2. PUNITIVE DAMAGE.....163

    2.2. Os problemas que envolvem o Punitive Damage .....163

    2.3. Possíveis requisitos da aplicação do Punitive Damage .....165

3. A RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR .....167

    3.1. O Punitive Damage no Direito do Consumidor .....167

3.2. A adoção do Punitive Damage nos Tribunais de Direito do Consumidor.....	168
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	170
REFERÊNCIAS .....	171

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA COEXISTÊNCIA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E TERRAS INDÍGENAS SOBREPOSTAS: UM ESTUDO DE CASO DA SOBREPOSIÇÃO DO PARQUE NACIONAL DO MONTE PASCOAL COM A TERRA INDÍGENA BARRA VELHA**

*Mariana Alves de Jesus*

1. INTRODUÇÃO .....	176
2. O TERRITÓRIO COMO UM RECURSO NATURAL OU COMO FONTE DE CULTURA E ANCESTRALIDADE? .....	178
2.1. As unidades de conservação e a luta pela preservação do meio ambiente frente às sobreposições.....	178
2.2. Territórios indígenas e a luta pelo direito de (r)existir .....	181
2.2.1. A demarcação na atualidade e na realidade .....	182
3. SOBREPOSIÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS.....	184
3.1. O surgimento das sobreposições e dos seus problemas .....	184
3.2 O caso do Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal com os Pataxós da Barra Velha na Bahia .....	185
4. TERRITÓRIOS SOBREPOSTOS: CONFLITOS JURÍDICOS E SOCIOAMBIENTAIS .....	187
4.1. Questão da (in)compatibilidade jurídica da sobreposição....	187
4.2. Possíveis soluções para territórios compartilhados .....	189
5. CONCLUSÃO.....	191
REFERÊNCIAS .....	193

**UM PANORAMA SOBRE O ACESSO À SAÚDE DOS PRESOS EM MEIO A PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19: INVISIBILIDADE DA PESSOA PRESA**

*Michaela Nicole Santos e Mércia Guimarães Reis dos Santos*

1. INTRODUÇÃO .....	200
---------------------	-----

2. INVISIBILIDADE DA PESSOA PRESA .....	201
3. COVID-19: UMA CRISE SANITÁRIA .....	203
3.1. Recomendações do CNJ 62/2020 .....	204
4. ACESSO À SAÚDE DA PESSOA PRESA .....	206
4.1. Superlotação dos sistemas prisionais e suas consequências no cenário de pandemia.....	209
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	212
REFERÊNCIAS .....	213

**O COVID-19 E REFUGIADOS: UMA ANÁLISE DE COMO A PANDEMIA VEM AFETANDO A VIDA DOS QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO**

*Milena Cotrim Novaes Rodrigues Silva*

INTRODUÇÃO.....	219
2. DIREITO INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS .....	221
2.1. Surgimento dos direitos humanos e sua evolução .....	222
3. CONCEITO DE REFUGIADO.....	223
3.1. Proteção dos refugiados .....	224
4. O QUE É UMA PANDEMIA E AS PANDEMIAS EXISTENTES AO LONGO DO TEMPO .....	225
4.1. O SARS-CoV-2 e a pandemia do Covid-19 .....	226
5. COMO O COVID-19 VEM AFETANDO A POPULAÇÃO .....	228
5.1. Como a pandemia do Covid-19 vem afetando a população refugiada .....	229
5.2. Como os campos de refúgio vem sendo afetados e vem respondendo a pandemia do Covid-19 .....	230
6. CONCLUSÃO .....	232
REFERÊNCIAS .....	232

**TRIBUNAL DE JÚRI EM UMA PERSPECTIVA COMPARATIVISTA LUSO-BRASILEIRA**

*Rafael Medeiros e Wictória Passos Alves*

1. INTRODUÇÃO .....	237
---------------------	-----

2. NOTAS HISTÓRICAS CONCEITUAIS .....	239
3. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JÚRI.....	241
3.1. Competência do Tribunal de Júri no Brasil .....	242
3.2. Competência do Tribunal de Júri em Portugal.....	244
4. Formação Do Tribunal De Júri .....	245
4.1. No Brasil .....	246
4.2. Em Portugal .....	250
5. O TRIBUNAL DE JÚRI E A LEI .....	252
5.1. Brasil .....	253
5.2. Portugal.....	255
6. CONCLUSÃO .....	255
REFERÊNCIAS: .....	256

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DA CAÇA PROFISSIONAL DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL FACE AO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 6.268/16**

*Rafaella Soares Fontenele*

1. INTRODUÇÃO .....	262
2. DAS VISÕES AMBIENTAIS .....	263
2.1. Antropocentrismo e o interesse humano no crescimento econômico .....	264
2.2. Ecocentrismo e o olhar para o equilíbrio .....	265
2.3. Das visões ambientais nas principais normas brasileiras ..	267
3. PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO AMBIENTAL E BIODIVERSIDADE .....	271
4. DO PROJETO DE LEI 6.268/16 E SUAS DISPOSIÇÕES .....	276
4.1. Alterações nas normas vigentes que tutelam o direito ambiental/animal.....	279
4.2. Da biodiversidade brasileira e o risco de extinção .....	283
5. CONCLUSÃO .....	286
REFERÊNCIAS .....	289



**A NECROPOLÍTICA E A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO:  
QUAL O SUJEITO DESSA LEI?**

*Raquel Alves Barreto*

1. INTRODUÇÃO .....	296
2. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA NECROPOLÍTICA .....	297
3. A PRÁTICA DO ABORTO CRIMINALIZADO .....	300
4. O RACISMO DO NECROPODER E OS CORPOS PUNÍVEIS .....	306
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	312
REFERÊNCIAS .....	312

**O ABANDONO AFETIVO DO IDOSO E O PRINCÍPIO DA  
SOLIDARIEDADE SOCIAL: UMA ANÁLISE DA EXTENSÃO  
DA RESPONSABILIDADE DOS FILHOS**

*Rodrigo Martins Almeida*

1. INTRODUÇÃO .....	318
2. ABANDONO AFETIVO .....	320
2.1. Abandono afetivo do idoso .....	321
2.2. Obrigações legais dos filhos .....	322
2.2.1. Diplomas normativos e jurisprudência .....	323
3. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL .....	325
3.1. Aspectos históricos no âmbito do Direito de Família.....	326
3.2. Família contemporânea.....	328
4. O ABANDONO AFETIVO DO IDOSO E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS FILHOS.....	330
4.1. Responsabilidade civil e suas consequências .....	332
5. CONCLUSÃO.....	333
<b>REFERÊNCIAS: .....</b>	<b>335</b>

**O DISCURSO JURÍDICO E O ABUSO DE PODER NO TRA-  
TO DOS DIREITOS DAS PESSOAS QUEERS**

*Solon Flores Bessony de Sousa*

1. INTRODUÇÃO .....	342
---------------------	-----

## SUMÁRIO

2. DIREITO E PODER: UMA RELAÇÃO ENTRE LÍNGUA, JUSTIÇA, FORÇA E VERDADE.....	345
3. ENTRE OS SISTEMAS JUSFILOSÓFICOS DO POSITIVISMO ANALÍTICO, DO REALISMO JURÍDICO E DO PROCEDIMENTALISMO ARGUMENTATIVO .....	347
4. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS QUEERS: EXEMPLOS PRÁTICOS .....	356
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	360
REFERÊNCIAS .....	361

### **VAZAMENTO E VENDA DE INFORMAÇÕES PESSOAIS, DE MODO NÃO AUTORIZADO, PARA FINS DE CAMPANHAS ELEITORAIS**

*Thainá Fernandes Carpanêda*

1. INTRODUÇÃO .....	366
2. O FENÔMENO DA BOLHA SOCIAL .....	368
2.1. Organização das bolhas sociais nas redes sociais.....	369
2.2. Impactos, negativo, das bolhas sociais na sociedade .....	372
3. COMERCIALIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CAMPANHAS ELEITORAIS.....	374
3.1. Uso de dados para fins de marketing eleitoral .....	375
3.1.1. Caso da eleição norte-americana de 2016.....	377
3.2. Ilegalidade da mercantilização de dados .....	378
4. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS .....	379
4.1. Da proteção de dados nos EUA .....	380
4.2. Da proteção de dados no Brasil.....	381
4.2.1. Marco Civil.....	382
4.2.2. Lei Geral de Proteção de Dados.....	385
5. CONCLUSÃO.....	386
REFERÊNCIAS .....	388

**O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DAS VULNERABILIDADES ADVINDAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO**

*Thais Barreto de Matos Gomes*

1. INTRODUÇÃO .....	394
2. ANÁLISE DAS VULNERABILIDADES .....	395
2.1. Vulnerabilidade e hipossuficiência: distinções necessárias	396
2.2. Vulnerabilidades advindas do contrato de emprego .....	398
2.2.1. Vulnerabilidade Negocial .....	398
2.2.2. Vulnerabilidade Fática .....	400
2.2.3. Vulnerabilidade econômica.....	402
2.2.4. Vulnerabilidade técnica.....	403
2.2.5. Vulnerabilidade informacional.....	405
3. O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E A CARACTERIZAÇÃO PELA LEI 13.467/17 .....	406
3.1. O processo de aprovação da reforma trabalhista: análise dos fundamentos utilizados pelo legislador .....	407
3.2. As inovações trazidas pela Lei 13.467/17 em relação ao empregado hipersuficiente .....	410
3.3. O real empregado hipersuficiente .....	413
4. CONCLUSÃO.....	417
REFERÊNCIAS .....	418

**PANDEMIAS: UMA ANÁLISE DAS MEDIDAS IMPOSTAS PELO ESTADO BRASILEIRO NA TENTATIVA DE CONTENÇÃO DA COVID - 19**

*Vanessa Andrade Medina*

1. INTRODUÇÃO .....	424
2. O HOMEM E O MEIO AMBIENTE .....	425
3. O ESTADO FEDERAL E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ...	427
4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS .....	430

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	434
REFERÊNCIAS .....	435

**A LIMITAÇÃO DE GASTOS COM INSTRUÇÃO DO IRPF:  
 UMA CONSIDERAÇÃO SOBRE A NECESSIDADE DE ASSE-  
 GURAR UM LIMITE RAZOÁVEL PARA DEDUÇÃO NA BASE  
 DE CÁLCULO**

*Yasmin de Freitas Dantas Santosg*

1. INTRODUÇÃO .....	442
2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA.....	443
2.1. Das deduções na base de cálculo .....	445
2.2. Do limite estabelecido no artigo 8º, II, b, da Lei 9.250/95 ..	447
3. DA INSTRUÇÃO NO BRASIL .....	448
3.1. Da educação como um direito fundamental .....	449
3.2. Dos déficits quantitativos e qualitativos da educação públi- ca brasileira.....	451
4. DA EXISTÊNCIA DE LIMITE RAZOÁVEL À DEDUÇÃO NO IRPF ...	452
4.1. Da limitação baseada nos gastos de um “homem médio” ...	455
4.2. Da lesão ao mínimo existencial pela limitação atual .....	457
4.3. Dos princípios do Direito Tributário violados pela limitação atual.....	459
5. CONCLUSÃO .....	462
REFERÊNCIAS: .....	464

# Capítulo

## I

### A face oculta da Lei de Drogas no Brasil: legitimar a necropolítica

**Caroline Ribeiro Pereira Lisboa**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

[crplisboa@pensedireito.com](mailto:crplisboa@pensedireito.com)



# A face oculta da Lei de Drogas no Brasil: legitimar a necropolítica

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo avaliar os efeitos da necropolítica no Brasil e sua forma de atuação por meio da Lei de Drogas, para atingir esse objetivo será deliberado sobre a teoria da biopolítica e posteriormente a necropolítica, e como essa última atua no Brasil, aprisionando e controlando corpos por meio do modelo proibicionista de drogas e a grande discricionariedade produzida pelo legislador para diferenciar usuário e traficante na Lei nº 13.840/2016, deixando que essa diferenciação seja valorada de preconceitos, tornando o sistema carcerário lotado de não-brancos e pobres, visto que o tráfico de drogas é o segundo crime que mais encarcera atualmente. E por fim, será apresentado modelos alternativos ao proibicionismo, como forma de combate à injustiça social provocada pela criminalização das drogas, mas não como forma de extermínio à política de morte instaurada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biopolítica. Necropolítica. Lei de Drogas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Da biopolítica à Necropolítica; 3. Lei de Drogas; 4. Políticas de Drogas Alternativas; 5. Conclusão.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é apresentar sobre a política de morte e como ela atua no Brasil, além disso, explicitar que ela é movimentada pelo racismo, e isso explica quem são os alvos dessa política. Além disso, demonstrar que o racismo se perpetua pelas instituições como o Direito Penal e isso pode ser observado em suas funções não declaradas.

Para alcançar esse objetivo, é preciso fazer uma conceituação sobre a transição da política de vida para a política de morte, demonstrando que essa última, só consegue ser legitimada por meio do racismo, adotado por todas as pessoas, e por conta disso, o Direito Penal acaba sendo contaminado, fazendo dele um perpetuador de desigualdades. É importante ressaltar, que quando se analisa a política de morte, se pensa logo no sentido literal da palavra, que pode ser visto nos confrontos entre policiais e traficantes e no genocídio do povo preto, mas a política de morte também atua com a morte social, com a marginalização, o encarceramento em massa, de modo quase sutil. Entretanto, o presente trabalho se restringe a demonstrar como a Lei Nº 13.840 de 2016, intitulada como Lei de Drogas é aplicada para servir à necropolítica, visto que a referida lei, trabalha na manutenção da seletividade e criminalização da pobreza.

Após isso, será explicado alguns pontos da lei, mostrando seus principais dilemas e por último, apresentando modelos alternativos ao proibicionismo e sugestões de alterações à vigente lei.

Essa pesquisa, é extremamente necessária para se entender que o necropoder não atua somente exercendo o seu direito de matar diretamente, mas que ele aparece de diversas maneiras e nos diversos âmbitos sociais, e que um povo que antes era escravizado, hoje continua sendo explorado e aprisionado, uma vez que, “as prisões de hoje são as senzalas de ontem”<sup>1</sup>, só percebendo a injusta realidade existente, se pode traçar planos para um futuro mais igualitário.

---

1 ALBUQUERQUE, Cynthia Studart. Pacote anticrime e a “nova” lei de drogas: Fascistização neoliberal e gestão dos indesejáveis. Brasília: 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, 2019, p.5.



## 2. DA POLÍTICA DE VIDA À POLÍTICA DE MORTE

O conceito de biopoder, durante a revolução industrial e as fases iniciais do capitalismo, foi formulado por Michel Foucault e corresponde ao poder de controlar corpos para se manter a vida, poder esse exercido pelo Estado, por meio de instituições como, hospitais, escolas, presídios, dentre outros, que ficam encarregadas de ensinar, controlar e garantir saúde aos corpos. O Estado deseja um corpo vivo, controlado e saudável pois é este que servirá para o mercado de trabalho. Foucault irá dizer que o biopoder “foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pode ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos”<sup>2</sup>

O biopoder, é um poder que objetiva controlar a população para a manutenção da vida, e segundo Foucault, se diferencia do poder soberano visto que, “A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder, que eu chamaria de regulamentação, e que consiste, ao contrário, em fazer viver e deixar morrer”.<sup>3</sup>

É com o surgimento de um excedente populacional, na mudança do modo de produção capitalista que cada vez mais vem precisando de menos corpos para o trabalho, ocasionando na crise do capitalismo, que a política de vida se transforma em uma política de morte, onde o poder passa a ser centrado na decisão de quem deve morrer e quem deve viver.

Segundo Guilherme Castelo Branco “O que perturba Foucault é que o biopoder, que em tese deveria ser uma modalidade de gestão do poder que tem por finalidade gerir a vida e fazer viver, tenha se convertido, sobretudo, num poder de morte, exercendo a função prioritária de acarretar a morte das pessoas.”<sup>4</sup> Apesar disso, Foucault irá justificar a nova política de morte como mecanismo para se manter a vida da maior parte da população e afirmando ainda, que ela será legitimada pelo racismo.

---

2 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*, 27. ed. Petrópolis, Vozes, 1988 p. 132.

3 FOUCAULT, Michel, *Em Defesa da Sociedade*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 294.

4 CASTELO BRANCO, Guilherme. *Racismo, Individualismo e Biopoder*, 27. ed. Curitiba Rev. Filos., Aurora, v. 21, 2009, p. 31

(...) Tirar a vida, o imperativo da morte, só é admissível, no sistema de biopoder, se tende não à vitória sobre os adversários políticos, mas à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento da própria espécie ou da raça. A raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização.<sup>5</sup>

Achille Mbembe desenvolve sobre essa política de morte, denominando-a de necropolítica, constrói sua teoria centralizando no racismo como legitimador desse sistema e a partir de um olhar periférico, partindo de nações que já foram colonizadas, afirmando que nelas, a soberania continua exercendo seu poder de morte, por conta disso, suas contribuições se encaixam no contexto brasileiro.

Mbembe irá dizer que nas colônias, se convive com um eterno estado de exceção, e que, por isso “o direito soberano de matar não está sujeito a qualquer regra nas colônias. Lá, o soberano pode matar em qualquer momento ou de qualquer maneira.”<sup>6</sup> Seguindo o mesmo raciocínio, Fanon irá afirmar que no contexto colonial o uso da violência é essencial para impor a caracterização do homem negro como ser irracional, propenso a criminalidade, sem valores morais, retirando sua história anterior a colonização e sua humanidade.<sup>7</sup>

Mbembe aprofunda no pensamento de Foucault sobre o racismo como mecanismo legitimador do fazer morrer, onde se cria o pensamento da existência do outro como ameaça contra a vida, cuja a eliminação desse indivíduo resultaria na garantia de segurança para o restante da população.

Com efeito, em termos foucaultianos, racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, “aquele velho direito soberano de morte”. Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição de morte e tornar possível as funções assassinas do Estado. Segundo Foucault, essa é “a condição para a aceitabilidade do fazer morrer”.<sup>8</sup>

5 FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, op. cit., p. 306

6 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*, Rio de Janeiro: Arte e Ensaios, n.32, 2016, p. 134.

7 FANON, Frantz. *Peles Negras Máscaras Brancas*. Salvador: Edufba, 2008. Tradução de Renato da Silveira, p. 150-155.

8 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. cit., p.128.

Sobre o racismo, Silvio Almeida o conceitua como parte essencial do sistema político social existente atualmente, e por isso, defende que o racismo não parte de indivíduos isolados ou seja consequência do funcionamento de certas instituições, segundo ele, “as instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos”, para ele, “as instituições são racistas porque a sociedade é racista.”<sup>9</sup> E é por isso que o necropoder continua operando dentro de uma sociedade racista, onde a criação de um inimigo que se deve matar para o bem comum é aceita e normalizada pela população.

É importante salientar que esse direito de matar, não se trata somente de tirar a vida, mas também de expor à morte, de decidir qual grupo se deve cuidar e gerir a vida e qual grupo será tratado com descaso, provocando consequências como a marginalização, o encarceramento em massa, e a morte por doenças tratáveis. Fátima Lima, explica onde o necropoder aparece no Brasil.

Assim, nos contextos brasileiros, o poder necropolítico se faz visível no sistema carcerário, na população em situação de rua, nos apartheids urbanos nas grandes e pequenas cidades brasileiras, em dados relevantes, no genocídio da população negra que em sua maioria é jovem e masculina, na eclosão dos grupos de justiceiros, nos hospitais psiquiátricos, nas filas das defensorias públicas, nas urgências e emergências hospitalares, entre tantos outros lugares.<sup>10</sup>

Ana Laura Vilela relaciona o Direito Penal e o sistema necropolítico no Brasil.

Perceber as continuidades entre o colonialismo e o sistema penal auxilia na análise do genocídio da população negra brasileira. O necropoder, padrão que opera na dispensa de corpos e na negligência da violência acometida aos grupos racializados, teve seu aprendizado no colonialismo. Significa dizer que as práticas de morte do sistema penal que continuam se dirigindo prioritariamente à população negra, constituíram-se no bojo das relações coloniais<sup>11</sup>.

9 ALMEIDA, Silvio. *O que é Racismo Estrutural*, Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 36

10 LIMA, Fátima. *Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe* Rio de Janeiro: Arquivos Brasileiros de Psicologia, p. 28.

11 VILELA, Ana Laura Silva. *Violência Colonial e Criminologia: Um confronto a partir do documentário Concerning Violence*, Brasília: Direito práxis, 2018, p. 2036

Fanon diz que “o negro é o símbolo do Mal e o do Feio. Cotidianamente, o branco coloca em ação esta lógica” uma forma de colocar essa ideia na prática é a criação de um sistema penal seletivo, que volta todas as suas atenções ao povo preto e sem recursos financeiros. Essa seletividade do sistema prisional, é vislumbrada por Juarez Cirino ao expor sobre os verdadeiros fins da pena.<sup>12</sup>

1) o controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista (as classes dominadas, em geral, e os marginalizados do mercado de trabalho, em especial); 2) a garantia da divisão de classes, mediante a separação força de trabalho/meios de produção, origem das desigualdades sociais, característica das relações de produção capitalista; 3) a produção de um setor de marginalizados/criminalizados (reincidentes e rotulados como criminosos, em geral), marcados pela posição estrutural (fora do mercado de trabalho) e institucional (dentro do sistema de controle), como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado. Em síntese, os objetivos da pena criminal (e do aparelho carcerário) podem ser definidos por uma dupla reprodução: reprodução das desigualdades sociais fundadas na divisão da sociedade em classes sociais antagônicas, e reprodução de um setor de marginalizados/criminalizados (no circuito da reincidência criminal), cuja função é manter a força de trabalho ativa integrada no mercado de trabalho, como força produtiva dócil e útil, intimidados pela “inferiorização” social resultante da insubordinação à disciplina do trabalho assalariado<sup>13</sup>

Nada mais perfeito para legitimar o estado de exceção do que a guerra declarada às drogas. Sabe-se que o necropoder funciona à serviço do capitalismo, e segundo Valois “A política de drogas, e seu fundamento moral internacional, internacionaliza a polícia a serviço do poder do capital”<sup>14</sup> O novo inimigo social a quem se deve combater é a figura do traficante, comumente associada a imagem de um indivíduo, morador da periferia, negro, com baixa escolaridade e muitas vezes, apreendido com pouca quantidade de substância tida como ilícita.

12 FANON, Frantz. *Peles Negras Máscaras Brancas*. cit., p. 154.

13 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 291.

14 VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal de guerra às drogas*. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 394.

### 3. LEI DE DROGAS

É sabido que a criminalização das drogas é um instrumento do sistema necropolítico-capitalista, provocando desigualdades por meio da seletividade penal, oprimindo e aprisionando grupos minoritários. Grande parte da doutrina afirma que o Direito Penal possui a função declarada de proteger bens jurídicos, considerados de valor em determinada sociedade, mas também possui função não declarada de proteger os interesses das classes dominantes, já que são essas que constroem o ordenamento jurídico. Sem dúvidas, a discricionariedade da lei de drogas, que será tratada mais adiante, é uma forma de exercício das funções não declaradas do Direito Penal, devido ao racismo estrutural, ao estigma da figura do traficante, como um inimigo social que deve ser exterminado, mostrando a sua seletividade diante do caso concreto.

Por influência norte-americana, o Brasil adotou a chamada guerra às drogas, e a cada lei, vem trazendo penas cada vez mais severas aos condenados por tráfico. Não difere disso, a Lei 11.343 de 2006 denominada de Nova Lei de Drogas que, apesar de retirar a pena privativa de liberdade para o usuário, aumentou a pena mínima por tráfico de drogas de três para cinco anos, sendo a pena máxima 15 anos.

Luciana Boiteux juntamente com João Pedro Pádua, consideram desproporcional a previsão da pena mínima de cinco anos, ao comparar com outras condutas tipificadas no código penal, tidas como mais graves, demonstrando que o Estado vem se preocupando mais com a guerra às drogas do que com outros crimes, ao afirmar que o tipo penal de homicídio não sofreu muitas alterações durante o tempo, o que não ocorreu com o tipo penal de tráfico de entorpecentes “um total de três leis contra nove” é comparado também o crime de tráfico com o estupro:

(...) na avaliação da dinâmica histórica, a pena máxima para o estupro jamais passou de dez anos, um aumento de menos de cem por cento em relação à sanção máxima inicialmente prevista, enquanto que sua pena mínima aumentou significativamente. Ainda assim, o resultado final é uma pena mínima apenas um ano maior do que a mínima prevista para o tráfico de drogas, e uma pena máxima um terço menor (dez contra quinze anos), de-

vendo ser destacado que, na linha histórica, a pena média para o crime de tráfico de drogas supera a prevista para o estupro.<sup>15</sup>

O caput do artigo 28 traz os verbos que descrevem a conduta do usuário: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar, trazer consigo, sendo previstas penas alternativas que podem ser advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas. Ao passo que, o enunciado do art. 33 descreve as condutas que tipificam o tráfico onde, repete-se as previstas para o usuário, e acrescenta-se os verbos de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a pena aqui é de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.<sup>16</sup> Diante disso, permite-se observar que alguns atos são os mesmos para tipificar usuário ou traficante.

Apesar da nova lei punir mais severamente os condenados por tráfico de drogas, o legislador não criou critérios objetivos para diferenciar traficantes de usuários, o que na prática acaba provocando a prisão de muitos usuários, ou de traficantes com quantidades mínimas de droga.

Art.28 § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.<sup>17</sup>

A falta de critérios objetivos para diferenciar usuário de traficante é amplamente criticada, trazendo uma grande discricionariedade por parte do delegado, e posteriormente do juiz, que decidirá no caso concreto se a droga seria para uso pessoal ou

15 BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. *A Desproporcionalidade da lei de drogas: Os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil*, Rio de Janeiro, 2013, p.7.

16 BRASIL, Lei 11.343, Brasília, 23 de agosto de 2006 *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências*. Diário Oficial da União, 2016.

17 *Ibidem*.

comércio ilegal, causando assim, uma insegurança jurídica. Sobre isso Boiteux e Pádua tecem críticas:

[...] devido à carência de critérios claros e objetivos na lei de drogas, estabeleceu-se, na prática, a figura do policial como determinante na diferenciação entre tráfico e uso próprio, posto que a grande maioria das prisões envolvendo drogas ocorre em flagrante, sem uma prévia investigação. Desta forma, é o policial o primeiro a entrar em contato com o réu, e sua palavra tem grande peso diante do juiz.<sup>18</sup>

Valois, também acrescenta no mesmo sentido, descrevendo sobre a influência que se tem o inquérito e a palavra do policial perante o juiz:

O processo, nesse tipo de crime, não é o local onde se apura o fato criminoso, mas simplesmente onde se repete o que foi documentado pela polícia, como um teatro, onde o que está em julgamento não é o fato, mas somente o documento apresentado. Convalidando-se o auto da prisão em flagrante, elaborado após a prisão do acusado, tem-se como comprovado o fato, ou seja, o juiz nos processos de tráfico de drogas, não é o juiz togado, mas o policial na rua.

(...) Se a polícia tem ou não má fé nessas condições não interessa, posto que o importante é ressaltar ser o processo do tráfico de drogas um engodo, onde o juiz, também em razão do medo e do pânico moral dominantes, costuma se basear unicamente na palavra da polícia. Mesmos nos casos de absolvição, normalmente é a palavra da polícia a mais valiosa, tendo em vista que estas, as absolvições, são oriundas também da palavra policial.<sup>19</sup>

Cypriano vislumbra problemas no texto da lei, por levar em consideração o local onde a droga foi apreendida, visto que, as facções criminosas responsáveis pelo tráfico são encontradas predominantemente nas regiões periféricas, fator esse que dificultaria a prisão de um traficante de classe média, já que o provável local em que ele será encontrado, não terá pontos de tráficos nas proximidades. Segundo ela:

Neste sentido, se uma pessoa da classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuá-

18 BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. cit., p.19.

19 VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal de Guerra às drogas*. cit., p.459-460.

rio (e, portanto, não será submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente. Neste exemplo, confirma-se a seletividade secundária.<sup>20</sup>

É importante ressaltar que o local em que a droga foi encontrada, muitas vezes, se torna mais preponderante na diferenciação entre traficante e usuário do que a quantidade da droga apreendida, havendo casos em que, um indivíduo com uma maior quantidade de droga seja considerado usuário, e outro, com menor quantidade seja considerado traficante.

Um exemplo desse problema é o caso de Rafael Braga, que gerou uma grande comoção social. Em 2013, Rafael foi preso portando água sanitária e pinho sol, materiais que podem ser utilizados para produzir coquetel molotov, durante uma manifestação que alegou não participar, mesmo assim cumpriu pena privativa de liberdade, já em 2016 depois de ter cumprindo uma parte da pena de sua primeira condenação, foi preso em flagrante acusado de tráfico, e posteriormente foi condenado a onze anos de prisão. A seguir, um trecho do seu julgamento.

“[...] No dia 12 de janeiro de 2016, por volta das 09 horas, na Rua 29, em localidade conhecida como “sem terra”, situado no interior da comunidade Vila Cruzeiro, no Complexo de Favelas do Alemão, bairro da Penha, nesta cidade, o denunciado, com consciência e vontade, trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó), distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo, contendo a inscrição “CV-RL/PÓ 3/COMPLEXO DA PENHA”, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Onde segundo relato dos policiais que efetuaram a prisão do réu e a apreensão do material entorpecente, o local é conhecido como ponto de venda de drogas.<sup>21</sup>

O juiz do referido julgado fez diversas referências ao local em que Rafael estava no momento em que foi abordado, para definir

20 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas*. Fortaleza: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, p. 1101.

21 TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Cartório da 39ª Vara Criminal, Recurso ordinário, n.0008566-71.2016.8.19.0001, 20/04/2017, Tráfico de drogas e condutas afins. Sentença. Autor: Ministério Público, acusado: Rafael Braga.



que a droga apreendida se destinava à venda. Além disso, a única prova além dos entorpecentes, é a palavra dos policiais responsáveis pela prisão, que inclusive, foi rebatida pela testemunha de defesa, afirmando que o flagrante tinha sido forjado pelos policiais. Apesar disso, Rafael foi condenado, mostrando que na prática, a palavra dos policiais possui grande influência na tomada de decisão judicial. Ainda sobre esse caso, Djamila Ribeiro asseverou que:

O caso de Rafael Braga é a prova do projeto ideológico do Estado brasileiro de super encarceramento e autoritarismo. A sentença demonstra que existe um tribunal racial com o objetivo de criminalizar pessoas negras, uma vez que palavras de policiais absolutamente questionáveis por todos os pontos de vista prevalecem sobre a de Rafael e da testemunha ocular. O que fundamenta essa diferença de credibilidade é o racismo.<sup>22</sup>

Um caso diferente ao de Rafael, ocorreu em uma delegacia no Leblon, bairro nobre do Rio de Janeiro, que considerou dois jovens residentes da zona sul, como usuários, por estarem transportando em um carro de luxo cerca de 280 gramas de maconha, o que equivaleria a 280 cigarros, argumentando que eram estudantes e não possuíam antecedentes criminais.<sup>23</sup>

Além dos policiais serem os primeiros a fazerem essa distinção, durante o julgamento, a definição de traficante feita pelo policial, na maioria das vezes, permanece na decisão do juiz.

O que vem provocando o encarceramento em massa de uma população selecionada primeiro pelo legislador, depois pelo policial, e por fim pelo judiciário. Como foi falado que a sociedade é racista, o alvo dos policiais é o pequeno traficante, jovem, negro e morador de comunidade. Segundo Zaffaroni “o estereótipo acaba sendo o principal critério da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária<sup>24</sup>”. De mesmo pensamento concorre Valois ao afirmar o grande problema da subjetividade presente na lei de drogas:

22 JUSTIFICANDO. *Condenação de Rafael Braga gera revolta*, Jus Brasil, 2017.

23 ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19-20.

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral*. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997. P43

Tem se repetido o termo *discricionariiedade* justamente por isso, porque a criminalização das drogas favorece a escolha de quem deve ser perseguido por quem detém o poder ou, na prática da rua, por quem possui o distintivo naquela ocasião. Uma discricionariiedade que chega às raias da arbitrariedade, mas com essa não se confunde, porque sabemos que as drogas são consumidas no alto escalão da camada social, como também são traficadas, e os lucros resultados do seu comércio são usufruídos principalmente pela elite, embora o sistema penitenciário fale por si só: lotado de pobres e miseráveis.<sup>25</sup>

Essa uniformidade das penitenciárias decorrente da seletividade da lei, pode ser facilmente comprovada, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019, pretos e pardos, somados correspondem a 66,69% da população carcerária total. Fazendo o recorte por tipo penal, o tráfico de drogas é o que mais encarcera as mulheres, chegando a 50,94% e entre o público masculino corresponde a 19,17% sendo o segundo, só perdendo para os crimes contra o patrimônio, que representa 51,84% dos encarcerados. No Estado da Bahia, o resultado não é muito diferente, somando homens e mulheres, tráfico de drogas continua sendo o segundo tipo penal que mais encarcera, sendo correspondente a 27,52% e os crimes contra o patrimônio, agora sendo 32,63%.<sup>26</sup>

É a polícia que inicialmente faz a diferença entre traficante e usuário, seguida do Ministério Público, que ao receber o inquérito policial, filtrará para elaborar a denúncia. Por isso, Saulo Mattos, pesquisou 446 desfechos, no período de 01 de abril a 31 de dezembro de 2016 produzidos por promotores do Ministério Público da Bahia, da Vara de Tóxicos, e concluiu que a maioria dos processados podem ser considerados como pequenos traficantes. Segue o recorte sobre a quantidade apreendida:

(...)predomina a faixa de drogas de 10g a 50g para maconha (35,21%) e cocaína (41%), sendo que especificamente para o crack houve maior incidência na faixa de drogas de 1g a 10g (37,78%). Só houve quatro casos de apreensão de drogas na faixa de 10 kg a 100 kg (2,82%), que foi especificamente para a droga maconha.

25 VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal de Guerra às drogas*. cit., p.326.

26 INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Ministério da Justiça.

A faixa de 1kg a 10kg também está associada a poucos casos: 8 para a maconha (5,63%), 2 para a cocaína (3%) e nenhum para o crack. Tanto para a maconha, cocaína e crack, nada aparece na faixa mais de 100kg. As tabelas, quando comparadas, tornam plausível a conclusão de que a persecução criminal do Ministério Público da Bahia está direcionada a situações de apreensão de drogas de pouca expressividade, inclinadas, quando muito, à figura do pequeno ou médio traficante de drogas.<sup>27</sup>

Tal realidade, não fica restrita somente à Bahia, visto que, Nara Machado, ao analisar uma pesquisa do Ministério da Justiça, verificou que, “nas varas criminais do Distrito Federal, quase 70% (setenta por cento) dos processos referem-se a presos com quantias inferiores a 100 (cem) gramas de maconha. No Rio de Janeiro, 50% (cinquenta por cento) estavam com quantidade inferior a 100 (cem) gramas.”<sup>28</sup>

Diante disso, o maior objetivo da política proibicionista, que é o de combater grandes traficantes, apreendendo grandes quantidades de drogas, representa a menor parte das prisões e apreensões.

(...) pode se afirmar que a proibição das drogas, na verdade, é um fracasso exitoso. Um fracasso na tentativa de exterminar a produção, o consumo e o comércio de psicoativos no mundo; porém, tem se apresentado como um exitoso dispositivo de estigmatizações, “de produzir “desviantes”, controlá-los pela prisão, pelo confinamento em guetos e favelas ou, simplesmente, eliminá-los nas cotidianas “guerras contra o narcotráfico”. E nesse último sentido podemos atestar o êxito do proibicionismo, ou seja, como poderoso instrumento de criminalização e genocídio das classes e raças indesejáveis, isto é, das juventudes negras periféricas.<sup>29</sup>

Pode-se observar que a criminalização das drogas não conseguiu cumprir a sua função declarada de proteger a saúde pública, fazendo com que as pessoas parem de utiliza-las. Pelo contrário, essa guerra vem trazendo custos humanitários maiores que a ven-

27 MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. *Tráfico de drogas ou porte para consumo?* “De cara” com o Ministério Público da Bahia. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Dissertação de Mestrado, 2017 p.113.

28 Ministério da Justiça. apud. MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas.* cit., p. 1106.

29 RODRIGUES. apud. ALBUQUERQUE, Cynthia Studart. Pacote anticrime e a “nova” lei de drogas: Fascistização neoliberal e gestão dos indesejáveis, Brasília: Anais do 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, 2019, p.5.

da e o consumo da droga. Portanto, é preciso repensar a política adotada no Brasil, para que o proibicionismo não continue servindo como motor para que o necropoder permaneça funcionando, ditando quem é o inimigo e mantendo a desigualdade racial. Por isso, no próximo capítulo, se fará uma breve análise dos modelos alternativos ao proibicionismo existentes, e alguns países que apresentam uma legislação sobre as drogas diferente da brasileira.

#### 4. POLÍTICAS DE DROGAS ALTERNATIVAS

Em primeiro lugar, é importante se fazer uma breve explicação sobre a política proibicionista de drogas, por ser a adotada no Brasil. Mauricio Fiore parte do pensamento que a política proibicionista parte de duas premissas, a primeira é a de que o uso das drogas é algo “prescindível” e que faz mal à saúde de quem faz uso. Já a segunda premissa é a de que a maneira mais eficaz de combater as drogas é criminalizar sua venda e consumo. Segundo ele:

Com a legitimidade conferida pela primeira premissa, o Estado deve agir em duas frentes: impedir a produção e o comércio dessas substâncias e reprimir seus consumidores. Com esse objetivo, a Convenção da ONU obriga os Estados a aplicar duras sanções penais aos produtores e vendedores dessas drogas, classificados, então, como traficantes. Para seus consumidores, as Convenções pregaram, inicialmente, a dissuasão via legislação penal. Nas últimas décadas, no entanto, a possibilidade de tratamento passou a ser considerada uma alternativa, desde que se inserisse num conjunto de sanções que deixasse clara a proibição da prática.<sup>30</sup>

Como já se disse, o proibicionismo não conseguiu acabar com o consumo e venda das drogas. Diante disso, cabe ao Estado entender que as drogas continuarão a existir e a partir disso, deve adotar outras políticas, que protejam ao máximo a saúde do usuário, visando a redução de danos. Atualmente, a política proibicionista vem se mostrando mais flexível em relação ao usuário, prevendo a despenalização, entretanto vem sendo cada vez mais rígida em relação ao traficante, provocando injustiças sociais. O que, portanto, ainda não é uma forma ideal de se tratar a problemática dos entorpecentes.

30 FIORE, Mauricio. *O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas*, São Paulo: CEBRAP, n.92, 2012, p.9-21.

Segundo Boiteux, a despenalização ocorre quando a conduta deixa de ser punida com prisão, mas continua sendo tipificada como crime, esse é o modelo adotado atualmente no Brasil. Na descriminalização a conduta além de não ser mais punida com prisão, deixa de ser considerada crime, já a legalização implica que a conduta passe a ser um comportamento completamente legal porém com algum controle estatal, além disso, ela acrescenta que a legalização se subdivide em três: liberal, estatizante e controlada.<sup>31</sup>

A legalização liberal apesar de prever a legalização do consumo, produção e venda, admite alguns controles estatais, como os adotadas com álcool e cigarro, como proibir a venda para menores. Nesse sistema, as drogas são tratadas como mercadorias, com alguns cuidados específicos, somente quando o indivíduo fosse prejudicial ao outro, é que o Direito Penal seria provocado.<sup>32</sup>

Já na legalização estatizante, a venda seria totalmente controlada pelo Estado, haveria uma maior preocupação com a qualidade do produto e o narcotráfico seria extinto, além disso seriam feitas propagandas educativas expondo as consequências do uso. O problema dessa política é a total dependência do Estado e, segundo ela: “(...) seria de difícil implementação em países em desenvolvimento, como o Brasil, onde o Estado não tem condições de implementar esse custoso modelo, podendo haver, inclusive, um aumento das chances e oportunidades de corrupção de funcionários públicos”.<sup>33</sup>

E por último, a legalização controlada trabalha a retirada do controle penal sobre o comércio, ela funcionaria como intermediário entre a proibição e a liberação descontrolada e possui como princípios: “uso discreto, propaganda proibida, produção e distribuição orientadas pelo Estado.” Esse modelo entende a impossibilidade da política proibicionista acabar com o consumo das drogas e prevê a regulamentação de todos os produtos hoje proibidos.<sup>34</sup>

---

31 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: O impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*, Tese de Doutorado, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 83-92.

32 *Ibid.*, p.92-93

33 *Ibid.*, p.93.

34 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: O impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*, Tese de Doutorado, cit., p. 93.

Esses modelos ainda não são adotados totalmente em nenhum país, entretanto algumas nações já estão dando os primeiros passos, se encontrando à frente do Brasil, regulamentando o uso e a venda de entorpecentes.

Assim como o Brasil, a maioria dos países da América Latina, não possui critérios objetivos para diferenciar usuário e traficante, havendo ressalvas, como é o caso do Uruguai, que prevê critérios específicos estabelecendo como uso uma quantidade referente a 40 gramas por mês e até 5 plantas. Já a Colômbia, possui critérios como, natureza da droga, intenção de venda e peso, sendo considerado para uso pessoal até 1 grama de cocaína, 20 gramas de maconha e até 20 plantas, a Lei 30 de 1986 além de prever critérios objetivos para uso pessoal, também regula a quantidade para pequenos traficantes. O Equador também define o peso para distinguir usuário e traficante, e ainda, divide o tráfico em quatro categorias, se baseando na quantidade apreendida, mínima, média, alta e grande escala. O Peru também fala em microtráfico e microprodução, além disso, o Uruguai, permite o pequeno comércio. Diferente do Brasil, Colômbia, Bolívia, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela não consideram uso e posse como crime.<sup>35</sup>

Pode-se observar que como a política proibicionista não foi capaz de derrotar as drogas, alguns países veem se movimentando para cada vez mais ir deixando de lado essa política e finalmente, tentando se adaptar e conviver com essas substâncias.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar que a biopolítica, proposta por Foucault, possui uma realidade diferente quando aplicada à países com histórico colonial, que ao invés de fazer viver, faz morrer, e em um país que é racista e desigual desde a sua origem, a política de morte se perpetua nas instituições e é legitimada pela sociedade, que a acha imprescindível para o efetivo controle social.

Além disso, foi exposta a face oculta do sistema penal, controlando corpos por meio da morte, encarceramento e pobreza,

---

35 ALLONI, Rafael Tobias de Freitas. Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas, SENAD, 2017, p. 13-20.

explicando o porquê a política proibicionista mesmo ineficaz desde o seu início, para realizar seu objetivo declarado de combater às drogas, continua sendo aplicada e provocando desigualdades.

Foram apresentadas deficiências na lei de drogas brasileira, por não trazer uma clara distinção entre usuário e traficante, deixando essa distinção nas mãos dos agentes do Estado, que acabam perpetuando, mesmo que sem intenção, a política de morte. Foram apontados dados do Infopen que aponta a uniformidade nos presídios já que os pretos e pardos são maioria, além disso foram analisados alguns processos da Bahia, Distrito Federal e Rio de Janeiro, concluindo que nesses estados, a maior parte das apreensões correspondem a pequenas quantidades de drogas, de pequenos traficantes definindo o perfil alvo dessa lei: negro, pobre, e com pequenas quantidades de drogas. Tal constatação é um claro resultado da criação de um inimigo social feito pela necropolítica, onde o local, e muitas vezes, a cor do agente são os critérios utilizados para decidir se é traficante ou consumidor, um exemplo disso, foi o caso já citado de Rafael Braga, negro e pobre, que foi autuado por tráfico com menos de 10 gramas de entorpecentes, caso diferente também foi citado, de dois jovens residentes de bairro nobre com quantidade superior, considerados apenas usuários. Por isso, faz-se necessário, no mínimo uma criação de critérios objetivos presente no texto legal como a quantidade, para evitar prisões arbitrárias.

Também foram apresentados países que estão deixando de lado a política proibicionista, e diante dos diversos modelos alternativos, sugere-se a adoção o modelo de legalização liberal, que permite o consumo e o comércio, mas com alguns cuidados parecidos aos já tomados com o tabaco e bebidas alcóolicas

No entanto, infelizmente a proibição das drogas e suas consequências abordadas é só uma, das diversas formas de atuação necropolítica. Assim sendo, a implantação de qualquer outra política não seria suficiente para exterminar o necropoder existente, já que ele é parte estrutural do Estado, desse modo, para mudar completamente esse cenário, é preciso, primeiramente conhecer a história brasileira e as consequências do colonialismo, e sua influência na organização política e social até os dias de hoje, além disso, é necessário pôr fim à crise capitalista instaurada, que a sociedade

perceba que toda vida importa e que o caos social não é provocado por uma comunidade específica, mas sim pelo Estado necropolítico. Para que, a partir daí se retire o país de um estado de exceção permanente, que vive em guerra com um grupo específico que é explorado e exposto à morte a todo momento.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Cynthia Studart. Pacote anticrime e a “nova” lei de drogas: Fascistização neoliberal e gestão dos indesejáveis, Brasília: Anais do 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, 2019. Disponível em <https://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/1721>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

ALLONI, Rafael Tobias de Freitas. Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas, SENAD, 2017. Disponível em: <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201706/20170629-102507-001.pdf> Acesso em: 25 de agosto de 2020

ALMEIDA, Silvio. *O que é Racismo Estrutural*, Belo Horizonte, Letramento, 2018.

BRASIL, Lei 11.343, Brasília, 23 de agosto de 2006 *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências*. Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 15 de julho de 2020.

CASTELO BRANCO, Guilherme. *Racismo, Individualismo e Biopoder*, Rev. Filos., Aurora, Curitiba, v. 21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.7213/rfa.v21i28.1132> Acesso: 20 de julho de 2020

FANON, Frantz. *Peles Negras Máscaras Brancas*. Salvador: Edufba, 2008. Tradução de Renato da Silveira

FIGLIARETTI, Maurício. *O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas*, São Paulo, CEBRAP, N92 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002012000100002> Acesso em: 13 de agosto de 2020

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 27.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1988



FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Ministério da Justiça, Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acessado em 10/08/2020.

JUSTIFICANDO. *Condenação de Rafael Braga gera revolta*, Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/451097761/condenacao-de-rafael-braga-gerarevolta#:~:text=E-velyn%20Barbara%2C%20em%20depoimento%20prestado,ponto%20longe%20de%20sua%20vis%C3%A3o>. Acesso em: 28 de agosto de 2020

LIMA, Fátima. *Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe* Arquivos Brasileiros de Psicologia; Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/arb/v70nspe/03.pdf> Acessado em 11 de julho de 2020

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas*. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf> Acessado em 16 de Agosto de 2020.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. *Tráfico de drogas ou porte para consumo? “De cara” com o Ministério Público da Bahia*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Dissertação de Mestrado, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/29898> Acessado em: 11 de Julho de 2020

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*, Arte e Ensaios n.32, 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>>Acesso em 10 de Julho de 2020

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: O impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*, Tese de Doutorado, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf> Acessado em: 18 de julho de 2020

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Cartório da 39ª Vara Criminal, Recurso ordinário, n.0008566-71.2016.8.19.0001, 20/04/2017, Tráfico de drogas e condutas afins. Sentença. Autor: Ministério Público, acusado: Rafael Braga.

VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal de Guerra às drogas*. 2. ed., Belo horizonte: D'Plácido, 2017.

VILELA, Ana Laura Silva. *Violência Colonial e Criminologia: Um confronto a partir do documentário Concerning Violence*. Brasília: Direito práxis, 2018 Acessado em 22 de julho de 2020.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

# Capítulo II

A (im) possibilidade de  
proteção dos conhecimentos  
tradicionais por meio da  
propriedade intelectual

**Fabiana Alves Castro**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de  
Direito. E-mail: [fabianacastro\\_98@hotmail.com](mailto:fabianacastro_98@hotmail.com).



# A (im) possibilidade de proteção dos conhecimentos tradicionais por meio da propriedade intelectual

**RESUMO:** O presente artigo visa a análise das relações entre os conhecimentos tradicionais e a propriedade intelectual. Apesar de tratarem de âmbitos distintos, há uma intrínseca conexão entre eles, reconhecida no plano internacional. A questão acerca de uma forma ideal de proteção dos conhecimentos tradicionais é muito discutida, levando-se ao debate acerca da possibilidade de a propriedade intelectual representar uma destas formas de proteção. Assim, parte-se da exposição e análise de cada um destes conceitos isoladamente, assim como das questões pertinentes que os permeiam. Relacionando-os em seguida, é buscada uma resposta acerca da possibilidade, ou não, de proteção dos conhecimentos tradicionais por meio da propriedade intelectual, bem como de suas eventuais formas.

**Palavras-chave:** Conhecimentos tradicionais; propriedade intelectual; patentes; OMPI; direito internacional.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 CONHECIMENTOS TRADICIONAIS; 3 PROPRIEDADE INTELECTUAL; 3.1 PATENTES; 3.2 COPYRIGHT E DIREITOS RE-

LACIONADOS; 3.3 *TRADEMARKS* OU MARCAS; 3.4 INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS; 3.5 *TRADE SECRETS* OU SEGREDOS INDUSTRIAIS; **4 RELACIONANDO CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL**; 4.1 OS PROBLEMAS; 4.2 POSSIBILIDADES E SOLUÇÕES; **5 ALÉM DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**; **6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

---

## 1. INTRODUÇÃO

Aparenta ser de senso comum o fato de que os povos indígenas e comunidades locais são detentores de conhecimentos típicos e tradicionais, intrínsecos a tais culturas. Estes, são comumente entendidos como aquelas técnicas, conhecimentos e outros titularizados por povos indígenas ou comunidades locais, relativos a tais culturas, passados de geração em geração.

Da mesma maneira, difícil é negar o fato de que tais conhecimentos pertencentes a essas culturas tradicionais possuem uma condição de vulnerabilidade. Seja pela distância cultural apresentada ou ausência de medidas nacionais e internacionais apropriadas, estes conhecimentos e comunidades ficam suscetíveis a diversas formas de exploração e apropriação. Tal fato tende a afetar primordialmente países em desenvolvimento, visto que apresentam enorme carga cultural, principalmente referentes a povos e comunidades tradicionais, além de poder se observar uma maior vulnerabilidade nestes países. Guiados pela lógica capitalista, indivíduos e empresas buscam nesses conhecimentos fontes para soluções e novos produtos de mercado, declarando como suas, protegendo seus direitos, marginalizando a comunidade que detinha tal conhecimento e privando-a de direitos ou ganhos que poderia com ele obter.

Não restam dúvidas de que a prática de apropriação de conhecimentos tradicionais é recorrente e algo a ser combatido. A questão que permeia os debates internacionais trata acerca da existência uma proteção efetiva a esses conhecimentos e, se não há, de como pode haver uma atuação mais incisiva dos países para combater as práticas de apropriação.

Diante da dúvida sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais, a primeira e mais óbvia fonte a se procurar tal proteção refere-se aos sistemas de propriedade intelectual. De forma preliminar,

indica-se que a propriedade intelectual denota os direitos de proteção aos produtos da intelectualidade humana, realizando tal proteção por meio de patentes, *copyright*, *trademarks* e outros. Assim, tal associação ocorre pelo fato de os conhecimentos tradicionais serem, de fato, produtos da intelectualidade humana, aparentando cair no escopo de proteção de tais sistemas. Outro fato que permite a associação imediata entre os institutos mencionados é a criação da Comissão Intergovernamental sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore (“IGC”<sup>1</sup> ou “Comissão”) pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (“OMPI”). Observa-se, portanto, um reconhecimento da própria organização, autoridade no âmbito da propriedade intelectual, de que os conhecimentos tradicionais devem ser analisados sob tal ótica, de forma associada a esse sistema, reconhecendo igualmente a necessidade de proteção de tais conhecimentos.

Apesar desta imediata associação, observa-se que casos de apropriações indevidas permanecem recorrentes. Diante do exposto, surgem as seguintes questões: os conhecimentos tradicionais podem ser protegidos por meio da propriedade intelectual? Quais seriam as possibilidades de tal proteção? É o que se propõe a analisar no presente artigo.

## 2. CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

A discussão acerca da proteção dos conhecimentos tradicionais é nova, motivo pelo qual, combinado à divergência entre países<sup>2</sup>, não foi possível se chegar ainda a um conceito definitivo do

---

1 Em referência a seu nome original em inglês: *Committee on Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Genetic Resources*.

2 Nota-se que tal divergência ocorre principalmente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Isso ocorre na medida em que os últimos, primordialmente, detêm comunidades e conhecimentos tradicionais em maior quantidade. Assim, enquanto estes urgem por uma maior proteção a seus povos e tradições, os países desenvolvidos se opõem a tal proteção mais incisiva, visto que em muito se beneficiam da apropriação dos conhecimentos tradicionais.

Nesse sentido, observa-se que os mesmos países que se posicionam a favor de uma maior flexibilização da proteção aos conhecimentos tradicionais são os mesmos que buscam uma maior força das leis de propriedade intelectual, deixando clara a barreira política que impede a criação de um instrumento internacional vinculante. Ver: GEBRU, Aman. *The Global Protection of Traditional Knowledge: Searching for the Minimum Consensus. The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Rights*. V.17, 2017, p. 70. Disponível em: <https://repository.jmls.edu/ripl/vol17/iss1/3/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

termo no Direito Internacional ou a um instrumento vinculante geral específico sobre o tema<sup>3</sup>. Desta forma, a proteção aos conhecimentos tradicionais passa a depender quase que exclusivamente da existência de legislações sobre o assunto no Direito Interno.

Outro aspecto que torna difícil a definição dos conhecimentos tradicionais está relacionado a suas próprias características. Em primeiro lugar, eles estão presentes nos mais variados povos ao redor do mundo, podendo se apresentar das mais variadas formas e abranger os mais variados assuntos. Eles possuem como característica o fato de serem predominantemente informais, baseados em observação empírica<sup>4</sup>. Também, é normal entre as comunidades que os detêm a inexistência de separação ou classificação entre seus aspectos culturais. Nelas, o patrimônio cultural é único, e seus elementos são vistos como parte de um todo<sup>5</sup>. Mesmo assim, é importante lograr trazer as definições de conhecimentos tradicionais que vêm sendo utilizadas e apresentar um conceito para os propósitos do presente artigo.

Em primeiro lugar, importa realizar uma distinção do domínio dos conhecimentos tradicionais com as expressões culturais tradicionais. Pode-se dizer que há duas formas de conceituar os conhecimentos tradicionais, uma *latu senso* e outra *strictu senso*. Em sentido amplo, os conhecimentos tradicionais englobam tanto estes em sentido estrito quanto as expressões culturais tradicionais (também referidas como expressões de folclore)<sup>6</sup>. As expressões

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *The Protection of Traditional Knowledge: Factual Extraction*. Genebra, 2008, p. 14. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_12/wipo\\_grtkf\\_ic\\_12\\_4\\_b.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_12/wipo_grtkf_ic_12_4_b.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

4 *Idem*. *Recognition of Traditional Knowledge Within the Patent System*. Genebra, 2008, p. 12. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_13/wipo\\_grtkf\\_ic\\_13\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_7.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Departamento para Assuntos Econômicos e Sociais. *Biodiversity, Traditional Knowledge And Rights Of Indigenous Peoples*. Cidade do Panamá, 2005, p. 4. Disponível em: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop\\_TK\\_taulicorpuz.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_TK_taulicorpuz.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *List and Brief Technical Explanations of the Various Forms in Which Traditional Knowledge may be Found*. Genebra, 2010, p. 2. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_9.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.



culturais são produções consistindo em elementos característicos do patrimônio artístico tradicional desenvolvidas e mantidas por uma comunidade de um país ou por indivíduos refletindo as expectativas artísticas tradicionais de tal comunidade. Assim, incluem-se expressões verbais (como histórias e poesias), expressões musicais, danças, peças, rituais, expressões tangíveis e outros<sup>7</sup>. Apesar de ambos sentidos estarem conectados, a prática internacional os trata geralmente de forma separada, além de as possibilidades e implicações de ambos em relação aos conhecimentos tradicionais serem distintas. Desta forma, o presente artigo se referirá a expressão “conhecimentos tradicionais” em seu sentido estrito, cujo conceito será analisado a seguir.

Para se analisar o conceito dos conhecimentos tradicionais, primeiramente, traz-se a definição apresentada pelo Conselho da OMPI. O Conselho buscou elaborar um Projeto de Artigos sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais. Apesar de ser um instrumento não vinculante e ainda não definitivo, é o único a nível internacional geral que trata dessa específica questão. O conceito, mesmo nesse instrumento, não é ainda uniformemente aceito. O que se pode extrair do documento é que os conhecimentos tradicionais são aqueles conhecimentos transmitidos e elaborados por comunidades indígenas ou locais e ligados à sua cultura. Também é dito que eles podem ter a forma de *know-how*, técnicas, práticas, inovações, ensinamentos ou aprendizados<sup>8</sup>. Posteriormente, o instrumento menciona ainda critérios para que tal conhecimento seja protegido, devendo o conhecimento tradicional ser associado ao patrimônio cultural dos beneficiários, criados, gerados, desenvolvidos, mantidos e compartilhado coletivamente, e ser transmitido de geração em geração por não menos que 50 anos ou um período de cinco gerações<sup>9</sup>.

7 *Idem. Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Genebra, 2018, p. 13. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_37/wipo\\_grtkf\\_ic\\_37\\_inf\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

8 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles – Rev.* Genebra, 2019, art. 2. Disponível em: [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=439178](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=439178). Acesso em: 14 ago. 2020.

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles – Rev.* Genebra, 2019, art. 3. Disponível em: [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=439178](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=439178). Acesso em: 14 ago. 2020.

Outro instrumento que traz uma definição é o Protocolo de Swakopmund<sup>10</sup>, tratando da proteção dos conhecimentos tradicionais e das expressões de folclore. Apesar de ser regional, contando com apenas 8 países africanos signatários<sup>11</sup>, tal protocolo é o único instrumento entre países vinculante sobre a questão. Ele define os conhecimentos tradicionais como qualquer conhecimento originário de uma comunidade local ou tradicional, que é o resultado de atividade intelectual e compreensão em um contexto tradicional, sendo o conhecimento incorporado no estilo de vida tradicional da comunidade, ou contido nos sistemas codificados de conhecimento passados de uma geração para outra, sem restrição de nenhum campo específico<sup>12</sup>.

Para o propósito deste artigo, utiliza-se uma definição que abrange os elementos que aparentam ser consensuais dentre as possibilidades apresentadas. Assim, entende-se os conhecimentos tradicionais como aqueles conhecimentos gerados e mantidos por comunidades indígenas ou locais, intrinsecamente ligados com sua cultura e transmitidos de geração em geração.

Os conhecimentos tradicionais podem ser classificados de diversas maneiras. Uma forma importante são os conhecimentos tradicionais ligados à recursos genéticos<sup>13</sup>, visto que grande parte dos conhecimentos são, de fato, relacionados a tais recursos e à

10 O Protocolo é um instrumento regional *suis generis*, desenvolvido pela Organização Regional Africana para a Propriedade Intelectual (ARIPO). O documento foi adotado em 9 de agosto de 2010, na Conferência Diplomática de Swakopmund, na Namíbia. Ver: ORGANIZAÇÃO REGIONAL AFRICANA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Secretariado. *Explanatory Guide to the Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore*. Harare, 2012, p. 10-12. Disponível em: <https://www.aripo.org/wp-content/uploads/2020/04/Explanatory-Guide-to-the-Swakopmund-Protocol.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

11 Atualmente, o Protocolo conta com 8 Estados partes: Botsuana, Malawi, Namíbia, Ruanda, Gambia, Libéria, Zâmbia e Zimbábue. Ver: ORGANIZAÇÃO REGIONAL AFRICANA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Traditional Knowledge*. Disponível em: <https://www.aripo.org/ip-services/traditional-knowledge/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

12 *Idem*. *Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization*. Swakopmund, 2010, seção 2(2.1). Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/201022>. Acesso em: 14 ago. 2020.

13 Segundo a CDB, recursos genéticos significa “material genético de valor real ou potencial”. Por sua vez, define-se material genético como “todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”. Ver: BRASIL. *Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília,

natureza. Estes são protegidos pela Convenção sobre Diversidade Biológica (“CDB”) e pelo Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização (“Protocolo de Nagoya”)<sup>14</sup>, os quais serão melhor abordados no capítulo 5.

Outra classificação importante refere-se à possibilidade de o conhecimento ser documentado ou não documentado. A documentação não precisa ser necessariamente escrita, abrangendo tanto textos quanto vídeos, áudios, dentre outros. Entretanto, a grande maioria dos conhecimentos tradicionais são ainda não documentados, sendo geralmente transmitidos apenas de forma oral<sup>15</sup>. Há outras classificações que se assemelham à questão da documentação e com ela se confundem, como a possibilidade de o conhecimento ser fixado ou não fixado, codificado ou não codificado<sup>16</sup>. Entretanto, dentre estes, a distinção entre conhecimentos documentados e não documentados é suficiente para os propósitos da presente discussão.

Igualmente é relevante a distinção entre o conhecimento tradicional divulgado e o não divulgado. Ele será divulgado quando for difundido e acessado por terceiros, fora do contexto tradicional da comunidade. Pode-se fazer também uma distinção entre os conhecimentos difundidos dentro da própria comunidade e os secretos, aqueles que nem mesmo os próprios membros tem acesso, cabendo sua custódia a uma pessoa ou um grupo específico<sup>17</sup>.

Uma última classificação importante refere-se aos conhecimentos tradicionais “em si” e as inovações baseadas nos conhe-

---

DF, 16 mar. 1998, art. 2. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

14 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica. *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*. Montreal, 2011, art. 3. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *List and Brief Technical Explanations of the Various Forms in Which Traditional Knowledge may be Found*. Genebra, 2010, p. 5-6. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_9.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

16 *Ibidem*, p. 4.

17 *Ibidem*, p. 8-9.

cimentos tradicionais. A primeira refere-se ao que se buscou conceituar anteriormente, sendo entendidos, sucintamente, como os sistemas de conhecimentos, criações e inovações, relacionados a uma comunidade indígena ou local e transmitido de geração em geração. Ressalta-se que também se refere a inovações e criações dentro do contexto tradicional, visto que a tradição não é imutável ou estática. É o resultado da criatividade intelectual e criações dentro de um contexto tradicional.<sup>18</sup>

As inovações e criações baseadas nos conhecimentos tradicionais “em si”, por sua vez, são desenvolvidas além do contexto tradicional. Podem ser desenvolvidas por terceiros ou membros da própria comunidade, entretanto estes não possuem as características intrínsecas aos conhecimentos tradicionais. Sobre estes, costuma-se dizer que podem ser protegidos pelos sistemas convencionais de propriedade intelectual, ao passo que a proteção aos conhecimentos tradicionais “em si” não seria possível<sup>19</sup>.

Além das apresentadas, há diversas outras classificações específicas existentes, entretanto discorrer sobre elas não é o que se pretende, considerando-se suficiente para as questões a serem discutidas as apresentadas acima.

Acerca das maneiras de proteção aos conhecimentos tradicionais pela propriedade intelectual, duas abordagens são identificadas, a proteção positiva e a negativa. A proteção positiva é a concessão ativa de direitos, buscando conferir aos conhecimentos tradicionais efetivos direitos de propriedade intelectual. A proteção defensiva, por sua vez, refere-se a estratégias para prevenir a aquisição de direitos de propriedade intelectual sobre os conhecimentos tradicionais. Entretanto, um dos problemas indicados em relação a esta encontra-se no fato de que ela não preveniria o uso dos conhecimentos, mas apenas a aquisição de direitos sobre estes<sup>20</sup>.

18 *Ibidem*, p. 12.

19 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *List and Brief Technical Explanations of the Various Forms in Which Traditional Knowledge may be Found*. Genebra, 2010, p. 12. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_9.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

20 *Idem*. *Recognition of Traditional Knowledge Within the Patent System*. Genebra, 2008, p. 5. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_13/wipo\\_grtkf\\_ic\\_13\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_7.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

Ademais, importa destacar o conceito de biopirataria, o qual está intrinsecamente conectado com a questão da proteção defensiva dos conhecimentos tradicionais. Este é um conceito emergente no Direito Internacional, não havendo ainda uma definição universalmente aceita. Apesar de primeiramente aparentar se referir apenas à “pirataria” de elementos naturais, a apropriação dos conhecimentos tradicionais associados a plantas e animais também é comumente incluída no conceito. Desta forma, a biopirataria pode ser entendida como o uso de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais sem consentimento informado prévio, buscando direitos exclusivos sobre eles e sem a devida partilha de benefícios<sup>21</sup>.

### 3. PROPRIEDADE INTELECTUAL

O termo propriedade intelectual pode ser definido como “toda a proteção jurídica conferida às criações oriundas do intelecto”<sup>22</sup>, sendo um ramo extremamente importante atualmente. São os direitos legais que resultam da atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário e artístico<sup>23</sup>. Seus objetivos são assegurar criadores e outros produtores de bens intelectuais e serviços, garantindo a eles certos direitos com tempo limitado para controlar o uso de tais produções<sup>24</sup>. A Convenção Estabelecendo a OMPI traz uma definição exemplificativa, estabelecendo os objetos de proteção da propriedade intelectual, tais como trabalhos literários, artísticos e científicos, invenções, descobertas científicas, *trademarks* e outros.<sup>25</sup> Observa-se, portanto, que seu escopo de proteção é bastante amplo visto as diversas possibilidades da criação

---

21 BASTUCK, Christian. *‘Biopiracy’ and Patents – Developing Countries’ fears are exaggerated*. 2006. Tese (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade da Cidade do Cabo, Cidade do Cabo. Orientadora: Profa. Karin Lehmann. P. 3-4. Disponível em: [https://open.uct.ac.za/bitstream/item/4399/thesis\\_law\\_bastuckc\\_2006.pdf?sequence=1](https://open.uct.ac.za/bitstream/item/4399/thesis_law_bastuckc_2006.pdf?sequence=1). Acesso em: 14 ago. 2020.

22 BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual – Introdução à propriedade Intelectual como Informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.7.

23 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004, p. 3. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

24 *Ibidem*.

25 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual*. Gene-

intelectual humana e a necessidade de adequação de cada sistema ao tipo de criação que visa proteger. Esses direitos são geralmente divididos em dois grupos: propriedade industrial e *copyright*<sup>26</sup>.

O ramo de *copyright* engloba expressões intelectuais, destacando-se os trabalhos artísticos, o que será melhor desenvolvido no capítulo 3.2. A propriedade industrial é definida na Convenção de Paris,<sup>27</sup> em seu artigo 1(2), como englobando as seguintes formas de proteção: patentes, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de fábrica ou de comércio (*trademarks*), marcas de serviço, o nome comercial, as indicações de proveniência ou denominações de origem, e repressão à concorrência desleal.

Há diversos tratados internacionais sobre as variadas formas de proteção existentes, estabelecendo obrigações ou parâmetros a serem adotados no âmbito nacional. Além da Convenção de Paris, há o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (“TRIPS”<sup>28</sup> ou “ADPIC”), o qual é também um dos principais tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual, sendo aderido por 162 países. Nele, são englobadas as seguintes formas de proteção à propriedade intelectual: Direito do Autor e Direitos Conexos, Marcas, Indicações Geográficas, Desenhos Industriais, Patentes, Topografias de Circuitos Integrados, Proteção de Informação Confidencial e Controle de Práticas de Concorrência Desleal em Contratos de Licenças<sup>29</sup>.

O domínio da propriedade intelectual é extremamente amplo, abrangendo diversas possibilidades e questões pertinentes dentro de cada ramo. Para os propósitos do presente trabalho, entretanto, faz-se necessária a realização de um recorte acerca das formas

---

bra, 2002, art. 2(viii). Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo\\_pub\\_250.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

26 *Idem*. *Op.cit.*, 2004, p. 3.

27 A Convenção de Paris sobre os Direitos de Propriedade Intelectual de 1883, ou apenas Convenção de Paris, é um importante tratado no assunto, contando com a ratificação de 177 países. Nela são abrangidas diversas formas de proteção à Propriedade Intelectual.

28 *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

29 BRASIL. *Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, Anexo 1C. Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em: 28 ago. 2020

de propriedade intelectual a serem abordadas, considerando sua relevância e possibilidade de conexão com a temática dos conhecimentos tradicionais. Assim, o presente trabalho tratará das seguintes: patentes, *copyright*, *trademarks*, indicações geográficas e *trade secrets*.

### 3.1. Patentes

As patentes são umas das principais e mais conhecidas formas de proteção da propriedade intelectual, e uma das que mais se relaciona com a questão dos conhecimentos tradicionais. Desta forma, a análise de seus elementos será um pouco mais extensa e incisiva, em comparação às demais formas de direitos de propriedade intelectual abordadas.

A patente é definida como um documento, solicitado por uma pessoa, descrevendo uma invenção e conferindo direitos de exclusividade de controle sobre um determinado produto inventado por alguém. Importante é ressaltar que não podem ser confundidas com o direito sobre a venda de um determinado produto, por exemplo. A proteção que as patentes conferem são em relação à possibilidade de o inventor prevenir que seu produto seja comercializado ou copiado por outros, podendo autorizar ou não tal uso. Resumidamente, é o direito concedido por um Estado a um inventor por um período limitado, em troca da divulgação da invenção. Geralmente, tal proteção é conferida por 20 anos, a partir de quando entende-se que a invenção se encontra no domínio público. Uma invenção, por sua vez, é definida como uma solução para um problema específico na área da tecnologia, podendo se relacionar a um produto ou um processo<sup>30</sup>.

O Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (“PCT”)<sup>31</sup> é o principal tratado internacional nessa matéria, contando com 155 partes, tratando exclusivamente sobre a questão das patentes, diferente dos acima referidos, os quais tratam sobre a propriedade intelectual em geral. Ele traz como condições para a concessão de

30 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004, p. 17. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

31 Em referência ao seu nome em inglês, *Patent Cooperation Treaty*.

uma patente que a invenção seja: nova, implicar uma atividade inventiva (não ser evidente) e ser suscetível de aplicação industrial<sup>32</sup>. Mesmo em países que não são signatários do PCT, essas condições são geralmente aceitas e aplicadas<sup>33</sup>.

Diz-se que uma invenção é nova quando ela não é antecedida pelo estado da técnica, ou *prior art*, definida pelo PCT como todo conhecimento divulgado por meios escritos anteriormente à aplicação para a patente, que seja suficiente para conceder a invenção como não nova ou óbvia<sup>34</sup>. O critério da atividade inventiva, por sua vez, implica em analisar se, a partir do *prior art*, a invenção seria óbvia para uma pessoa com habilidade comum no domínio<sup>35</sup>.

A invenção será industrialmente aplicável ou útil quando puder ser aplicada praticamente, e não de forma puramente teórica. Se a intenção é que seja um produto ou parte de um produto, por exemplo, sua fabricação deve ser possível<sup>36</sup>.

Após a aplicação para a concessão da patente, tais requisitos serão analisados pelo órgão ou autoridade competente. Se estes forem preenchidos, abre-se um período de 18 meses para que a aplicação fique aberta ao comentário público, anteriormente à concessão definitiva da patente<sup>37</sup>. Após este período, confere-se a patente, que é limitada territorialmente. Ou seja, um indivíduo em outro país, em regra, poderia produzir e comercializar tal invenção independentemente de autorização ou pagamento para o inventor que teve a patente conferida em país diverso.

Apesar disso, há possibilidades de uma patente ser conferida em diversos países. A primeira é a possibilidade de inventor efeti-

---

32 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Tratado de Cooperação em matéria de Patentes*. Washington, 1970, art. 33(1). Disponível em: <https://www.wipo.int/pct/pt/texts/index.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.

33 *Idem*. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004, p. 17. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

34 *Idem*. *Regulamento de Execução do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes*. Washington, 1970, Regra 33. Disponível em: <https://www.wipo.int/pct/pt/texts/index.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.

35 *Idem*. *Op.cit.*, 2004, p. 17.

36 *Ibidem*, p. 18.

37 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Op.cit.*, 1970, art. 21(2)(a).



vamente requerer a patente em diversos países, adquirindo proteção em todos estes. Pode ocorrer também que haja órgãos em âmbito regional com titularidade para conceder patentes válidas nos países partes. O PCT traz um instrumento que em muito facilita tal questão. Denominado de *PCT Route*<sup>38</sup>, ele torna possível que, por meio de uma aplicação por este instrumento, seja conferida uma patente válida em todos os países partes do tratado<sup>39</sup>. Observa-se que isso torna muito mais eficaz a proteção de determinada invenção, na medida em que com uma só aplicação são conferidos direitos em diversos países.

### 3.2. *Copyright* e direitos relacionados

A proteção de *copyright* não é concedida a invenções, mas a produções nos domínios literário, científico e artístico, como músicas, filmes e livros, devendo ser uma criação original, independentemente da qualidade<sup>40</sup>. Ressalta-se que são protegidas as expressões, e não as ideias em si<sup>41</sup>. Diferentemente das patentes, não precisa haver uma aplicação para que os direitos sejam concedidos, sendo inerentes à sua publicação, apesar de haverem formas de os fortalecer<sup>42</sup>. Assim, automaticamente ao criar e publicar uma música, por exemplo, são concedidos direitos exclusivos a seu autor, sendo defeso a outros copiar ou reproduzir comercialmente a obra, apesar de haverem exceções como o *fair use*<sup>43</sup>.

38 “Rota do PCT”.

39 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Protecting your Inventions Abroad: Frequently Asked Questions About the Patent Cooperation Treaty (PCT)*. Abr. 2020. Disponível em: <https://www.wipo.int/pct/en/faqs/faqs.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.

40 *Idem*. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004, p. 42-43. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

41 BRASIL. *Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da

Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, Anexo 1C. Brasília, DF, 30 dez. 1994, art. 9(2) Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

42 ELIAS, Stephen Attorneys; STIM, Richard. *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference*. 7a edição. Estados Unidos da América: Nolo, p. 75.

43 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Op.cit.*, 2004, p. 43. A expressão *fair use* se refere a um “uso justo” da obra, para fins não comerciais, como trabalhos acadêmicos.

Como regra geral, tal proteção é conferida durante toda a vida do autor e 50 anos após sua morte<sup>44</sup>, entrando no domínio público após tal período<sup>45</sup>.

Os direitos relacionados ao *copyright*, por sua vez, são entendidos como os direitos daqueles que assistem os criadores em comunicar e disseminar seus trabalhos. Entende-se que há três tipos de direitos relacionados: os direitos de artistas performáticos em suas performances, os direitos de produtores de fonogramas em seus fonogramas e os direitos de organizações de *broadcasting* em seus programas de rádio e televisão<sup>46</sup>.

Observa-se que aqui há uma proximidade maior em relação à proteção das expressões culturais tradicionais, e não aos conhecimentos tradicionais em sentido estrito. Assim, ao haver a criação de um trabalho artístico dentro de uma comunidade, ligado a elementos culturais, este seria protegido pela propriedade intelectual<sup>47</sup>.

Não são incomuns casos onde é reconhecida a apropriação de trabalhos artísticos criados em relação com a cultura de um povo, como o *M\* v Indofurn* (1995). Neste caso, julgado pela Corte Federal da Austrália, houve condenação ao pagamento de uma porção das vendas de tapetes baseados no trabalho de artistas indígenas, os quais eram inspirados em elementos de sua cultura. Como não se tratava das expressões culturais tradicionais em si, mas de trabalhos a ela relacionados, desenvolvidos dentro de sua própria cultura, havia proteção pelos direitos de *copyright*<sup>48</sup>.

44 BRASIL. *Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília, DF, 6 mai. 1975, art. 7(1). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D75699.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

45 ELIAS, Stephen Attorneys; STIM, Richard. *Op.cit.*, p. 77.

46 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004, p. 46. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

47 *Ibidem*, p. 59

48 JANKE, Terri. *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 2003, p. 8 *et seq.* Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/781/wipo\\_pub\\_781.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/781/wipo_pub_781.pdf). Acesso em: 17 ago. 2020.

Em se tratando das expressões culturais tradicionais em si, como definido, entretanto, torna-se evidente a pouca possibilidade de proteção neste âmbito. Por serem conhecidas e transmitidas entre gerações e serem titularizadas pela comunidade, em regra não sendo possível precisar suas origens determinadas, os direitos de *copyright* já haveriam se esgotado temporalmente, fazendo com que as expressões de folclore sejam consideradas como pertencentes ao domínio público<sup>49</sup>. Assim, uma música tradicional amplamente difundida e conhecida, por exemplo, através de diversas gerações, não poderia ser protegida, visto que seu tempo de proteção automática já haveria sido esgotado.

### 3.3. Trademarks ou marcas

As *trademarks* são geralmente traduzidas como marcas registradas, ou apenas marcas, conforme disposto no TRIPS. Elas são definidas como palavras distintivas, frases, logotipos, símbolos gráficos, ou outros meios utilizados para identificar a origem de um produto ou serviço e para distinguir os produtos de um fabricante ou comerciante dos de qualquer outro<sup>50</sup>.

O Acordo TRIPS determina, em seu artigo 15(1) que serão objetos de proteção das *trademarks*:

Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Os titulares das marcas terão o direito exclusivo de impedir o uso por terceiros, em operações comerciais, de sinais idênticos ou

49 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Op.cit.*, 2004, p. 58.

50 ELIAS, Stephen Attorneys; STIM, Richard. *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference*. 7a edição. Estados Unidos da América: Nolo, p. 386.

similares para bens e serviços idênticos aos registrados. No caso do uso de sinais ou bens e serviços similares, esse direito ocorrerá quando o uso puder gerar confusão, enquanto que, no caso de sinais idênticos para bens e serviços idênticos, a possibilidade de confusão será presumida<sup>51</sup>.

### 3.4. Indicações geográficas

O conceito das indicações geográficas é relativamente novo. A Convenção de Paris não traz tal nomenclatura, referindo-se apenas a indicações de proveniência ou denominações de origem<sup>52</sup>. Indicações de proveniência podem ser conceituadas como qualquer expressão ou sinal usados para indicar que um produto ou serviço é originário de um país, região ou lugar específico. As denominações de origem, por sua vez, denotam o nome geográfico de um país, região ou lugar, servindo para designar um produto de lá originário, com características e qualidades advindas essencialmente ou exclusivamente do meio geográfico, incluindo fatores naturais ou humanos. Apesar de similares, há diferenças sutis a serem notadas. Na primeira, há uma marca que indica a origem de um produto, enquanto nas denominações de origem o nome do lugar de origem é efetivamente usado no produto. Também, nota-se que nas denominações de origem a nomenclatura está essencialmente conectada com a qualidade do produto, condicionada a seu local de produção, enquanto nas indicações de proveniência não há necessidade de tal relação entre qualidade e local. Desta forma as denominações de origem podem ser consideradas como um tipo de indicações de proveniência<sup>53</sup>.

51 BRASIL. *Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, Anexo 1C. Brasília, DF, 30 dez. 1994, art. 16. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

52 BRASIL. *Decreto no 635, de 21 de agosto de 1992*. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Brasília, DF, 21 ago. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf). Acesso em: 28 ago. 2020.

53 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004, p. 120-121. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

O termo “indicações geográficas” é utilizado pela OMPI da forma mais ampla possível, abrangendo todos os meios existentes de proteção de tais nomes e símbolos, englobando tanto as denominações de origem quanto as indicações de proveniência<sup>54</sup>.

Por outro lado, o termo é usado no TRIPS de forma diversa, elencando um conceito menos abrangente. O artigo 22 do TRIPS o define como “indicações que identifiquem um produto como originário do território de um Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica”<sup>55</sup>. Assim, percebe-se que se refere ao que foi conceituado anteriormente como denominações de origem.

O TRIPS, no mesmo artigo, também logra definir os direitos conferidos pelas indicações geográficas, determinando que se deve estabelecer os meios legais para que as partes interessadas possam impedir:

- a) a utilização de qualquer meio que, na designação ou apresentação do produto, indique ou sugira que o produto em questão provém de uma área geográfica distinta do verdadeiro lugar de origem, de uma maneira que conduza o público a erro quanto à origem geográfica do produto;
- b) qualquer uso que constitua um ato de concorrência desleal, no sentido do disposto no artigo 10bis da Convenção de Paris (1967)<sup>56</sup>.

---

54 *Ibidem*, p. 121.

55 BRASIL. *Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, Anexo 1C. Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

56 A repressão à concorrência desleal caracteriza-se como outra forma de proteção à propriedade intelectual, estando conceituada no artigo 10bis da Convenção de Paris, introduzido em momento posterior à sua entrada em vigor. Assim, um ato de concorrência desleal é definido como “qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”, devendo estes serem coibidos pelos Estados partes da Convenção. Esse conceito está diretamente relacionado com a questão dos *trade secrets*, que será exposta em seguida. Ver: BRASIL. *Decreto no 635, de 21 de agosto de 1992*. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Brasília, DF, 21 ago. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf). Acesso em: 28 ago. 2020.

Nesse sentido mais estrito, são observados diversos exemplos mundialmente conhecidos de indicações geográficas, como “Champagne”, “Cognac”, “Roquefort”, “Havana” e “Tequila”<sup>57</sup>.

### 3.5. *Trade secrets* ou segredos industriais

Os *trade secrets*, apesar serem uma forma relevante de proteção à propriedade intelectual, não formam uma categoria específica. Estão inclusos na repressão à concorrência desleal, visto que são considerados como contrários às práticas honestas atos em respeito da inapropriada aquisição, uso ou divulgação dos segredos industriais. Assim, possibilitam a indivíduos e companhias prevenir que informações legalmente em seu controle sejam divulgadas sem seu consentimento, de maneira contrária às práticas comerciais honestas<sup>58</sup>.

No TRIPS não há essa nomenclatura específica, tratando da proteção de informação confidencial. Em seu artigo 39, o Acordo possibilita às pessoas físicas ou jurídicas evitar as práticas supramencionadas, desde que a informação preencha os seguintes requisitos<sup>59</sup>:

- c) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;
- d) tenha valor comercial por ser secreta; e
- e) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta

57 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004, p. 121. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

58 *Idem*. *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders (WIPO Report on Fact-Finding Missions)*. Genebra, 2001, p. 40. Disponível em: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=283&plang=EN>. Acesso em: 17 ago. 2020.

59 BRASIL. *Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, Anexo 1C. Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

Entretanto, esse artigo não aborda medidas específicas de proteção. Mesmo em combinação com o artigo 10bis da Convenção de Paris, a obrigação gerada é que as partes devem coibir tais atos, deixando a adoção de medidas efetivamente para o Direito Interno.

#### **4. RELACIONANDO CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E PROPRIEDADE INTELECTUAL**

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual é uma agência especializada da ONU, fundada em 1967, visando a estimulação da proteção da propriedade intelectual no mundo, a partir da cooperação entre Estados, a promoção a atividade intelectual e facilitar a transmissão de tecnologia relativa à propriedade industrial para os países em desenvolvimento, bem como o incentivo à negociação de novos tratados e a modernização de legislações nacionais<sup>60</sup>. Percebendo o problema da proteção dos conhecimentos tradicionais e sua intrínseca conexão com a propriedade intelectual, foi criada por ela a Comissão Intergovernamental sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore.

Diante de tal conexão, faz-se necessária a análise da relação entre os conhecimentos tradicionais e a propriedade intelectual. Foram abordados, no presente artigo, os principais conceitos, definições e explicações pertinentes a ambos os domínios da propriedade intelectual e dos conhecimentos tradicionais. Neste capítulo portanto, serão analisadas as relações entre tais domínios, a partir das discussões já apresentadas.

Frequente é a afirmação de que os conhecimentos tradicionais não são protegidos pela propriedade intelectual. Inclusive, ao entrar na página do IGC, essa é a primeira afirmação encontrada, acerca dos conhecimentos tradicionais “em si”<sup>61</sup>. Mesmo assim, são produzidos pela Comissão diversos documentos e são promovidas discussões acerca da relação entre eles. Assim, entende-se que se trata de uma afirmação acerca da amplitude da proteção,

60 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *OMPI*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/mpi/>. Acesso em 28 ago. 2020.

61 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Traditional Knowledge*. Disponível em: <https://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

já que, apesar de haver especificidades dentro de cada caso, a regra é que não haja proteção, principalmente por meio da proteção ativa. Diante disso, conclui-se que esta afirmação representa uma constatação acerca do consenso geral sobre o assunto, e não uma conclusão absoluta.

Portanto, depreende-se, inicialmente, que não é possível descartar toda e qualquer forma de proteção por meio da propriedade intelectual, mesmo que pela proteção negativa ou que não seja eficaz. Parte-se então para a reflexão acerca da proteção aos conhecimentos tradicionais por meio dos conceitos apresentados, extraindo das características analisadas os principais problemas e possibilidades de tal questão.

#### **4.1. Os problemas**

Ao serem observadas as características das formas de proteção conferidas pela propriedade intelectual, alguns problemas podem ser facilmente identificados.

Em primeiro lugar, nota-se a existência de argumentação no sentido de que a propriedade intelectual como um todo não é apropriada para proteger os conhecimentos tradicionais, na medida em que são conceitos afastados das comunidades indígenas e locais. Defende-se não ser uma forma de proteção que eles desejam, visto que é incompatível com a visão comunitária de propriedade, em intrínseca conexão com a cultura e com a natureza, geralmente difundida pelas comunidades<sup>62</sup>.

Vislumbra-se também a existência de dificuldades relacionadas à acessibilidade da propriedade intelectual. Diante de tal visão comunitária de propriedade, as comunidades podem não deter conhecimento sobre as possibilidades que podem ser empregadas para proteger suas invenções e tradições, ou dos riscos de apropriação. Ademais, outro problema forte neste meio é a questão financeira. Os custos totais envolvidos na concessão de uma patente, nos Estados Unidos, foram calculados em aproximadamen-

---

62 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Departamento para Assuntos Econômicos e Sociais. *Biodiversity, Traditional Knowledge And Rights Of Indigenous Peoples*. Cidade do Panamá, 2005, p. 7-8. Disponível em: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop\\_TK\\_taulicorpuz.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_TK_taulicorpuz.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.



te \$4,500 dólares, em janeiro de 2004. Ressalta-se ainda que este seria o custo para inventores pequenos, enquanto para uma grande companhia este total seria dobrado<sup>63</sup>. Tais dados acerca dos custos envolvidos na concessão de uma patente são suficientes para demonstrar os altos gastos envolvidos nos direitos ativos de propriedade intelectual, dificultando o acesso das comunidades indígenas ou locais a esses sistemas clássicos.

Nesse âmbito, relembra-se uma importante característica do sistema já apontada anteriormente, a territorialidade da propriedade intelectual. Como discutido, as possibilidades de proteção conferidas pela propriedade intelectual são, em regra, territoriais, salvo hipóteses em que há instrumentos específicos internacionais ou órgãos regionais. Assim, em um cenário hipotético, imagina-se que uma comunidade tradicional efetivamente obtenha uma patente para uma invenção baseada em conhecimentos tradicionais. Essa proteção, provavelmente, será conferida apenas dentro daquele Estado, deixando a invenção à mercê dos demais, envolvendo ainda mais gastos para que ocorra a proteção em uma pluralidade de países. Assim, observa-se que essas duas características da propriedade intelectual, a questão financeira e a territorialidade da proteção, principalmente em relação às patentes, se relacionam, contribuindo ainda mais para a impossibilidade de proteção.

Destaca-se, ainda, que ao requerer uma patente exige-se a divulgação completa da invenção ou inovação, e após sua aprovação as informações do pedido ficam disponíveis ao público. Assim, a concessão de patentes pode não se mostrar apropriada, principalmente tratando-se de um conhecimento tradicional secreto<sup>64</sup>.

Ademais, a possibilidade de concessão de patentes refere-se aos direitos positivos de propriedade intelectual. Como os conhecimentos tradicionais geralmente são antigos e não é possível a determinação do inventor, estes não seriam patenteáveis. Restaria

---

63 ELIAS, Stephen Attorneys; STIM, Richard. *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference*. 7a edição. Estados Unidos da América: Nolo, p. 229.

64 HANSEN, Stephen A.; VAN FLEET, Justin W. *Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting Their Intellectual Property*. In: KRATIGER, Anatole et al (eds.). *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*. Oxford: MIHR (Centre for the Management of Intellectual Property in Health Research and Development), 2007, p. 1.525. Disponível em: <http://www.iphandbook.org/handbook/orders/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

apenas a possibilidade de proteção às inovações baseadas nesses conhecimentos, e não dos conhecimentos “em si”, mas ainda com as demais limitações apontadas.

A característica da territorialidade representa também entrave na proteção defensiva dos conhecimentos tradicionais. Sendo o principal problema neste âmbito a apropriação e concessão de direitos errôneos sobre os conhecimentos em outros países, tal característica acaba por, de fato legitimar esse movimento de apropriação. Para conseguir impedir a concessão de direitos sobre seus conhecimentos tradicionais, a comunidade não só deveria ter conhecimento acerca da ameaça existente e estar a par das atividades de concessão de propriedade intelectual em diversos países, mas também possuir recursos suficientes para desafiar a concessão desses direitos com êxito.

Outra característica dos sistemas de propriedade intelectual é a da temporalidade. Como visto, não há proteção ou direitos eternos neste âmbito. Desta forma, a proteção por meio da propriedade intelectual pode ser negada visto que já foi ultrapassado o lapso temporal em que poderia ser reivindicado, como no caso de *copyrights*. Em outro cenário, como nas patentes, mesmo que conferida proteção, ela durará por cerca de 20 anos, enquanto esses conhecimentos necessitam de permanente proteção, por serem intrinsecamente ligados com suas culturas e passados de geração em geração, e após tal período eles estariam novamente carentes de proteção.

A apropriação muitas vezes é justificada por considerar que os conhecimentos estão no domínio público, conceito da propriedade intelectual que não possui definição internacionalmente, sendo utilizado principalmente para patentes e *copyright*. Apesar de não haver definição concreta, o domínio público é geralmente entendido como o *status* de uma obra ou invenção após a cessação da proteção, não havendo mais necessidade de autorização ou de pagamento. Assim, entende-se que o produto pode ser utilizado, reproduzido e comercializado livremente<sup>65</sup>.

65 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Note on the Meanings of the Term “Public Domain” in the Intellectual Property System with Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*. Genebra, 2010, p. 1 *passim*. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_8.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.pdf). Acesso em: 17 ago. 2020.

Conforme mencionado, o fato de que as comunidades indígenas geralmente não concordam com as questões da propriedade intelectual e possuem visões distintas de propriedade em relação aos seus conhecimentos, não aparenta ser razoável legitimar a apropriação de seus conhecimentos por meio de um conceito ligado intrinsecamente a um sistema distinto do deles. Assim, os defensores dos conhecimentos tradicionais e as comunidades que os detêm amplamente afirmam que seus conhecimentos tradicionais se encontram no domínio público<sup>66</sup>.

Há ainda um problema institucional em relação à legitimidade das agências que buscam tal proteção. Apesar da reconhecida importância da OMPI e do IGC, conferindo atenção aos conhecimentos tradicionais, também é argumentado que elas não são os meios ideais para a proteção. Um desses problemas é que é defendida a documentação dos conhecimentos tradicionais, para que o exame das patentes possa ser efetivo em coibir a concessão de direitos baseados neles. Entretanto, isso vai de encontro com as pretensões das comunidades, como as tradições são, muitas vezes, orais<sup>67</sup>.

Outro fator criticado referente a tais agências é o fato de que são sugeridas e incentivadas a criação de sistemas *sui generis* pelas legislações nacionais para proteger os conhecimentos, visto ser necessária a proteção por um sistema distinto dos existentes atualmente. Assim, argumenta-se que não deve haver uma legislação pelo governo sobre a proteção da propriedade intelectual, mas devem ser reconhecidos os próprios costumes e protocolos das comunidades<sup>68</sup>.

#### **4.2. Possibilidades e soluções**

Após a discussão anteriormente travada, pode-se perceber que a proteção positiva não é, de fato, o melhor instrumento para a questão dos conhecimentos tradicionais, apesar de existirem al-

---

66 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Departamento para Assuntos Econômicos e Sociais. Departamento para Assuntos Econômicos e Sociais. *Biodiversity, Traditional Knowledge And Rights Of Indigenous Peoples*. Cidade do Panamá, 2005, p. 11. Disponível em: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop\\_TK\\_taulicorpuz.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_TK_taulicorpuz.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

67 *Ibidem*, p. 14-15.

68 *Ibidem*, p. 16-17

gumas possibilidades. Apesar de também terem sido apontados problemas em relação à proteção negativa, esta é mais viável, na medida em que visa a prevenção da apropriação, sendo o problema da biopirataria justamente a apropriação dos conhecimentos por meio da concessão errônea de direitos de propriedade intelectual.

No caso das patentes, pode-se observar a possibilidade de proteção negativa na medida em que há a necessidade de uma invenção ser nova e não evidente<sup>69</sup>. Como mencionando anteriormente, uma invenção será nova ou inventiva se não for antecedida por *prior art* suficiente para desconsiderar tais elementos. O conceito de *prior art* elencado no PCT refere-se a conhecimentos documentados, por meio de divulgação escrita<sup>70</sup>. Os conhecimentos tradicionais podem ser considerados como parte do *prior art*<sup>71</sup>, de maneira que, se algo já for conhecido anteriormente pelas comunidades indígenas e locais, não será possível a concessão da patente. No entanto, uma das principais características dos conhecimentos tradicionais é que eles são, majoritariamente, transmitidos de forma oral. Isso claramente os excluiria no exame acerca do caráter novo e não evidente da patente requerida, legitimando sua apropriação, na medida em que o PCT é um tratado central no assunto. O PCT afirma que tal previsão não é obrigatória, no sentido de que os países podem adotar em sua legislação interna conceito diverso de *prior art*. Isso faz com que os conhecimentos tradicionais voltem a ficar dependentes da sua proteção ou não pelo Direito Interno, além da questão anteriormente suscitada sobre a territorialidade das patentes.

Em relação à proteção positiva dos conhecimentos tradicionais, algumas pequenas possibilidades podem ser apontadas por meio das *trademarks* e das indicações geográficas.

69 O requerimento de aplicabilidade industrial não se apresenta relevante nesta discussão, na medida em que não se relaciona ao *prior art*.

70 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Regulamento de Execução do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes*. Washington, 1970, Regra 33.1(a). Disponível em: <https://www.wipo.int/pct/pt/texts/index.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.

71 HANSEN, Stephen A.; VAN FLEET, Justin W. *Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting Their Intellectual Property*. In: KRATTIGER, Anatole et al (eds.). *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*. Oxford: MIHR (Centre for the Management of Intellectual Property in Health Research and Development), 2007, p. 1.525. Disponível em: <http://www.iphandbook.org/handbook/orders/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

Imagine-se uma situação hipotética onde uma comunidade indígena comercializa determinado produto, elaborado com base em seus conhecimentos tradicionais. Como as *trademarks* se tratam da conferência de determinada marca distintiva para a indicar a origem e autenticidade de algo, a comunidade poderia se beneficiar, buscando tal proteção para esse produto tradicional<sup>72</sup>. Assim, terceiros ficariam impedidos de comercializar produtos semelhantes, alegando serem estes originário daquela comunidade. Entretanto, em nada contribuiria em uma situação em que o mesmo produto produzido por terceiros, usando o conhecimento tradicional da comunidade, é comercializado. A proteção conferida pelas *trademarks*, portanto, não possuiriam qualquer eficácia em relação ao principal problema relacionado aos conhecimentos tradicionais, sua apropriação e comercialização.

Da mesma forma, teoricamente as indicações geográficas poderiam ser um pouco úteis pelos mesmos motivos. Uma comunidade pode buscar se beneficiar aferindo a um produto tradicional o nome do local, se sua qualidade for associada a este, ou se outras características do produto forem atribuíveis a sua origem geográfica<sup>73</sup>. Entretanto, essas formas possibilitam mais uma proteção à imagem das comunidades que aos conhecimentos tradicionais em si, visto que não é impedida a apropriação destes com outros símbolos ou nomenclaturas.

Por fim, a proteção conferida aos segredos industriais, ou *trade secrets*, poderia beneficiar os detentores de conhecimentos tradicionais secretos, ou não divulgados<sup>74</sup>. Vários conhecimentos tradicionais são detidos por pessoas específicas dentro de uma comunidade, passados entre elas como um segredo e não sendo acessados pelos próprios indivíduos da comunidade. Constatados os requisitos presentes para a proteção como segredos industriais, que não obstem nenhum impedimento aos conhecimentos tradi-

---

72 HANSEN, Stephen A.; VAN FLEET, Justin W. *Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting Their Intellectual Property*. In: KRATTIGER, Anatole et al (eds.). *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*. Oxford: MIHR (Centre for the Management of Intellectual Property in Health Research and Development), 2007, p. 1.529. Disponível em: <http://www.iphandbook.org/handbook/orders/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

73 *Ibidem*, p. 1.529-1.530.

74 *Ibidem*, p. 1.528.

cionais por si só, devendo ser observado cada caso individualmente, a comunidade poderia gozar de tal proteção. Assim, a apropriação destes conhecimentos seria passível de adjudicação dentro de um país, entretanto não sendo suas efetivas implicações definidas pelos tratados sobre a matéria.

## 5. ALÉM DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Destaca-se que a propriedade intelectual não é a única forma de proteção aos conhecimentos tradicionais buscada. No âmbito internacional, podem ser observados alguns instrumentos que abordam a questão da proteção aos conhecimentos tradicionais de forma dissociada da propriedade intelectual. O mais relevante é a Convenção sobre Diversidade Biológica, acompanhada do Protocolo de Nagoya.

Nestes, há uma menção explícita e preocupação acerca da proteção aos conhecimentos tradicionais. O elemento principal nestes instrumentos é o conceito de acesso e partilha de benefícios (“ABS”)<sup>75</sup>. Assim, são estabelecidas as normas de ABS, determinando que o acesso aos conhecimentos tradicionais deve ocorrer apenas com o consentimento prévio e informado das comunidades que os detêm, além de haver a obrigação de partilhar os benefícios advindos de tal uso, com base em termos mutuamente acordados<sup>76</sup>. Esse consentimento deve ser livre, prévio e informado, e os benefícios devem ser divididos com equidade. Os benefícios a serem compartilhados com as comunidades são variados, incluindo tanto os monetários quanto os não monetários, devendo a forma ideal ser estabelecida entre as partes<sup>77</sup>.

75 Geralmente referidos como *access and benefit sharing*, ou pela sigla ABS.

76 BRASIL. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, DF, 16 mar. 1998, art. 8(j). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm). Acesso em: 28 ago. 2020; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica. *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*. Montreal, 2011, arts. 5(5) e 7. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

77 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica. *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Montreal, 2002, §46. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

Entretanto, um entrave presente na questão é que tais instrumentos se aplicam apenas sobre conhecimentos tradicionais associados com recursos genéticos<sup>78</sup>. Assim, o único instrumento internacional vinculante que busca expressamente a proteção aos conhecimentos tradicionais não pode ser considerado como ideal ou suficiente, visto que se aplica apenas a uma parcela desses conhecimentos. Ademais, as previsões neles contidas são um tanto quanto genéricas, requerendo que as partes adotem medidas legislativas em seus âmbitos internos. Também, não se observam ainda no plano internacional decisões relevantes acerca da aplicação das normas de ABS em relação aos conhecimentos tradicionais, apresentando-se ainda como um campo incerto e obscuro.

Mesmo assim, os instrumentos representam uma grande evolução para a proteção dos conhecimentos tradicionais, reconhecendo a soberania das comunidades locais e indígenas sobre seus costumes e práticas.

## 6. CONCLUSÃO

A propriedade intelectual não é construída visando a proteção aos conhecimentos tradicionais. De fato, ela não é a opção ideal para o que se visa em relação à proteção dos conhecimentos tradicionais, a prevenção de sua apropriação, ou o impedimento da biopirataria. Em verdade, ela não chega perto de ser uma forma de proteção ideal.

Para se concluir acerca da possibilidade ou impossibilidade total de proteção aos conhecimentos tradicionais por meio da propriedade intelectual, duas abordagens devem ser consideradas.

Em primeiro lugar, se tal conclusão buscar uma resposta definitiva, acerca de toda e qualquer possibilidade de intermédio da propriedade intelectual, não se pode concluir pela impossibilidade de proteção. Como analisado, apesar das limitações existentes, os sistemas de concessão de patentes possuem instrumentos e conceitos que viabilizam uma proteção defensiva, possibilitando o impedimento de terceiros em obter direitos baseados na apropriação dos conhecimentos tradicionais. As *trademarks* e indicações geográficas são teoricamente perfeitamente aplicáveis às comuni-

---

78 BRASIL. *Op.cit.*, 16 mar. 1998, art. 8(j).

dades tradicionais, entretanto fazem pouco em relação à proteção dos conhecimentos em si. Ademais, as inovações feitas pelos próprios membros das comunidades baseados em seus conhecimentos podem ser patenteadas, assim como as expressões culturais baseadas no folclore podem obter proteção de *copyright*.

Entretanto, se o que se busca é uma constatação geral, sintetizando tal análise com base aferições de possibilidades concretas e efetivas, de fato, não há possibilidade de proteção dos conhecimentos tradicionais. As possibilidades constatadas são claramente ínfimas e, mesmo que possíveis, insuficientes para uma real e eficaz proteção.

Com base no exposto, utilizando-se da primeira perspectiva, conclui-se que não se pode falar em uma impossibilidade total em relação a qualquer forma de proteção aos conhecimentos tradicionais por meio da propriedade intelectual. Entretanto, estas são tão poucas, com tantos obstáculos, que podem ser consideradas insignificantes.

Assim, não deve haver uma dependência ou confiança nesse tipo de proteção, devendo os esforços nesse domínio serem preferencialmente destinados à concepção de um sistema específico, criado especialmente para satisfazer tais particulares demandas. Entretanto, não cabe aqui, para os propósitos do presente artigo, a indicação de qual seria tal sistema ideal, sendo esta outra complexa temática a ser abordada no campo dos conhecimentos tradicionais.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual – Introdução à propriedade Intelectual como Informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BASTUCK, Christian. *‘Biopiracy’ and Patents – Developing Countries’ fears are exaggerated*. 2006. Tese (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade da Cidade do Cabo, Cidade do Cabo. Orientadora: Profa. Karin Lehmann. Disponível em: [https://open.uct.ac.za/bitstream/item/4399/thesis\\_law\\_bastuckc\\_2006.pdf?sequence=1](https://open.uct.ac.za/bitstream/item/4399/thesis_law_bastuckc_2006.pdf?sequence=1). Acesso em: 14 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade



de Intelectual Relacionados ao Comércio, Anexo 1C. Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, DF, 16 mar. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992*. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Brasília, DF, 21 ago. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf). Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília, DF, 6 mai. 1975. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D75699.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

ELIAS, Stephen Attorneys; STIM, Richard. *Patent, Copyright & Trademark: An Intellectual Property Desk Reference*. 7ª edição. Estados Unidos da América: Nolo.

GEBRU, Aman. *The Global Protection of Traditional Knowledge: Searching for the Minimum Consensus. The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Rights*. V.17, 2017. Disponível em: <https://repository.jmls.edu/ripl/vol17/iss1/3/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

HANSEN, Stephen A.; VAN FLEET, Justin W. *Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting Their Intellectual Property*. In: KRATTIGER, Anatole et al (eds.). *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*. Oxford: MIHR (Centre for the Management of Intellectual Property in Health Research and Development), 2007. Disponível em: <http://www.iphandbook.org/handbook/orders/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

JANKE, Terri. *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 2003. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/781/wipo\\_pub\\_781.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/781/wipo_pub_781.pdf). Acesso em: 17 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *OMPI*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/ompi/>. Acesso em 28 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *The Protection of Traditional Knowledge: Factual Extraction*. Genebra, 2008. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_12/wipo\\_grtkf\\_ic\\_12\\_4\\_b.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_12/wipo_grtkf_ic_12_4_b.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *Recognition of Traditional Knowledge Within the Patent System*. Genebra, 2008. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_13/wipo\\_grtkf\\_ic\\_13\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_7.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *List and Brief Technical Explanations of the Various Forms in Which Traditional Knowledge may be Found*. Genebra, 2010. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_9.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore. *Glossary of Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*. Genebra, 2018. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_37/wipo\\_grtkf\\_ic\\_37\\_inf\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_37/wipo_grtkf_ic_37_inf_7.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Departamento para Assuntos Econômicos e Sociais. *Biodiversity, Traditional Knowledge And Rights Of Indigenous Peoples*. Cidade do Panamá. Disponível em: [https://www.un.org/esa/soc-dev/unpfii/documents/workshop\\_TK\\_taulicorpuz.pdf](https://www.un.org/esa/soc-dev/unpfii/documents/workshop_TK_taulicorpuz.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles – Rev*. Genebra, 2019. Disponível em: [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=439178](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=439178). Acesso em: 14 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Genebra, 2004. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual*. Genebra, 2002. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo\\_pub\\_250.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Tratado de Cooperação em matéria de Patentes*. Washington, 1970. Disponível em: <https://www.wipo.int/pct/pt/texts/index.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Regulamento de Execução do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes*. Washington, 1970. Disponível em: <https://www.wipo.int/pct/pt/texts/index.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Protecting your Inventions Abroad: Frequently Asked Questions About the Patent Cooperation Treaty (PCT)*. Abr. 2020. Disponível em: <https://www.wipo.int/pct/en/faqs/faqs.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders (WIPO Report on Fact-Finding Missions)*. Genebra, 2001. Disponível em: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=283&plan-g=EN>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Traditional Knowledge*. Disponível em: <https://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *Note on the Meanings of the Term “Public Domain” in the Intellectual Property System with Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore*. Genebra, 2010. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_8.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.pdf). Acesso em: 17 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica. *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*. Montreal, 2011. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica. *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Montreal, 2002. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO REGIONAL AFRICANA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Secretariado. *Explanatory Guide to the Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore*. Harare, 2012. Disponível em: <https://www.aripo.org/wp-content/uploads/2020/04/Explanatory-Guide-to-the-Swakopmund-Protocol.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO REGIONAL AFRICANA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization*. Swakopmund, 2010. Disponível em: <https://wipo.int/en/text/201022>. Acesso em: 14 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO REGIONAL AFRICANA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Traditional Knowledge*. Disponível em: <https://www.aripo.org/ip-services/traditional-knowledge/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

# Capítulo III

## A atuação do Conselho Nacional de Justiça diante da crise sanitária do Covid-19

**Laíssa Pereira Pinheiro**

Graduanda em Direito na Faculdade  
Baiana de Direito e Gestão.

**Lanna Crhisty Veras Santiago**

Graduanda em Direito na Faculdade  
Baiana de Direito e Gestão.



## A atuação do Conselho Nacional de Justiça diante da crise sanitária do Covid-19

**RESUMO:** Este artigo científico irá abordar sobre a divisão dos Poderes da República Federativa do Brasil, possuindo um aprofundamento no Poder Judiciário. Além disso, haverá o enfoque no Conselho Nacional de Justiça e nas suas atuações durante o período da crise sanitária do Novo Coronavírus (COVID-19). Ademais, a judicialização da saúde, as consequências psicológicas ocasionadas pela pandemia que assola o território brasileiro, serão tratadas, além das novas soluções e formas de lidar com o problema existente do sistema carcerário e da violência doméstica, principalmente com a chegada do vírus. Não obstante, as orientações, atos normativos, grupos técnicos, limitações e atuações do CNJ foram destacados ante a pandemia. Dessa forma, reflexões irão ser elaboradas diante do difícil cenário que o país está vivendo.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Pandemia. Poder Judiciário. Coronavírus. Conselho Nacional de Justiça.

**ABSTRACT:** This scientific article will approach the separation of the powers of the Federal Republic of Brazil, with a focus on the Judicial Power. It will also approach the actions of the National Council of Justice in the pandemic of Coronavirus. It will focus on the judicialization of health, psychological consequences caused by the pandemic that plagues the Brazilian territory, new solutions and new ways to deal with the problem of the virus in the prison system and issues surrounding domestic violence. The guidelines, normative acts, technical groups, limitations and actions of the NCJ were highlighted during the pandemic. These issues will be elaborated on regarding the difficult situation.

**Keywords:** Constitutional Law. Pandemics. Judicial Power. Coronavirus. National Council of Justice.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL; 2.1. Poder Judiciário; 3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; 4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CNJ; 5 ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS; 5.1. Sistema carcerário brasileiro, CNJ e o Novo Coronavírus; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, através do texto normativo da atual Carta Magna, reiterou a separação de poderes existente na organização política brasileira desde a Constituição Imperial de 1824, afirmando a existência do Poder Judiciário, do Legislativo e do Executivo. Posto isso, ocorreu no ano de 2004, no dia 30 de dezembro, através da emenda constitucional de nº 45, a criação de um órgão importantíssimo com função administrativa, fiscalizatória e de organização no Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (BOCHENECK; DALAZOANA; RISSETTI. 2013).



Ao final do ano de 2019 surgiu no mundo um vírus novo de fácil propagação que, posteriormente, ficou conhecido popularmente como coronavírus (COVID-19) que foi caracterizado como uma pandemia. Assim, o cenário do país e do mundo foi transformado em um caos, em que foi necessário a execução de uma medida preventiva contra a doença que foi chamada de “quarentena”, uma espécie de isolamento social.

Diante de tais circunstâncias, consequências deste distanciamento social foram aparecendo e sendo convertidas em problemas. Como exemplo disso, existe o prejuízo na saúde mental dos brasileiros, a disseminação do vírus no sistema carcerário e o aumento da violência doméstica. Esses três tópicos foram debatidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em que obtiveram planos de combate, orientações técnicas e atos normativos ante esses problemas.

As atuações do CNJ se fizeram presentes e com grande destaque durante a pandemia que assolou o solo brasileiro. À vista disso, conseguiu organizar e orientar diversos setores do judiciário para uma melhor atuação e preparação diante das dificuldades a serem enfrentadas em razão do COVID-19, sendo a tecnologia imprescindível nesta resolução.

A judicialização da saúde também é um tema abordado e tutelado pelo CNJ. O convívio entre o Direito e a Medicina se intensificou e foi-se necessário o trabalho conjunto para que pudesse achar resoluções ante os conflitos aparentes.

Partindo dessa conjectura, faz-se necessário reflexões de acordo com as informações apresentadas ao longo do texto. Trazendo assim, uma análise crítica e fundamentada do tema, possuindo o objetivo de salientar a necessidade da existência e a importância da atuação do Conselho Nacional de Justiça na realidade brasileira.

## **2. PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

John Locke, filósofo inglês, concebeu a teoria original da separação dos Poderes do Estado, ratificou os princípios de liberdade política e impugnou o absolutismo real. Conduzido pelos pensamentos de Locke, Montesquieu firmou a ideia de poder limitado, sustentando o pensamento de um poder ser capaz de limitar outro poder. Além disso, o filósofo francês dividiu os poderes em Execu-

tivo, Legislativo e Judicial, definindo suas respectivas e distintas funções (CUNHA JÚNIOR, 2019).

Diante disso, é extremamente necessário que as funções distintas dos poderes sejam desempenhadas por diferentes órgãos. Dado que, apenas dessa forma, será possível a completa realização da separação dos poderes, sendo essa, a essência da doutrina (CUNHA JÚNIOR, 2019).

A Constituição Federal de 1988 consagrou como um Princípio Fundamental do Estado brasileiro a separação dos poderes. De acordo com o artigo 2º da atual Constituição brasileira, os Poderes da União são: Legislativo, Judiciário e Executivo. Estes, por sua vez, devem ser independentes e harmônicos entre si. Tal dissociação de poderes é uma das principais garantias da liberdade pública, uma vez que sua incidência causa uma contenção do poder (CUNHA JÚNIOR, 2019).

Partindo desse ponto, foi primordial a separação de poderes dentro do âmbito político-social brasileiro. Tendo em vista que, dessa forma, a atuação dos mesmos foi controlada e dedicada principalmente às suas próprias áreas e competências.

Ademais, diante de conturbações e crises de determinado país, esta separação é de suma importância. Dado que, traz uma organização primária para que assim possa ser realizada uma resolução e possível fim do problema que acarreta a nação. Evitando assim, uma possível concentração do poder na esfera política.

## **2.1. Poder Judiciário**

O poder judiciário brasileiro possui uma função que condiz com a aplicação das leis de forma justa nos casos concretos que surgem na sociedade, posta em atividade através dos processos judiciais, a chamada função jurisdicional (LIMA, 2007).

A Carta Magna brasileira de 1988, concedeu ao poder judiciário uma autonomia institucional, que por sua vez, garantiu a independência funcional dos magistrados e uma autonomia administrativa e financeira (MENDES, 2015).

Esta ideia de autonomia institucional foi inspirada pela doutrina publicista da Alemanha, extraída da República de Weimar, para instituir as formas de organização dos Poderes Públicos. Des-

ta forma, possui o objetivo de assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais (COMPARATO, 2004).

A reflexão que pode ser elaborada é sobre o impacto desta autonomia nos direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão. A partir desta garantia, os ramos do judiciário possuem a comprovação de que não irão obter prejuízo com suas decisões, podendo assim, utilizar a imparcialidade e julgar corretamente.

A Constituição do Brasil, no artigo 5º XXXVII, e LIII, tem como matéria a imparcialidade do juiz. Os cidadãos brasileiros possuem o direito de ser julgados de forma neutra e justa. A garantia da autonomia institucional salienta este direito e permite que seja exercido. No entanto, apesar da Carta Magna brasileira ser uma constituição garantia, em que existem diversas normas garantidoras de direitos individuais e coletivos, na prática, muitos desses direitos não são concretizados. Desta forma, acarreta uma sociedade desigual.

A divisão de responsabilidades de poderes em países com território extenso, é de suma importância, visto que permite que ocorra uma organização maior. Além disso, permite que exista a fiscalização e administração de forma que aumente a eficácia das normas constitucionais. Posto isso, o Conselho Nacional de Justiça possui um papel de enorme relevância dentro do poder judiciário brasileiro.

### **3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Na Reforma do Judiciário, estabelecida pela emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2004, através da inserção do artigo 103-B na Constituição Federal do Brasil de 1988, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi instaurado no poder judiciário brasileiro. Ademais, a função de tal entidade é de fiscalizar e administrar os outros órgãos deste poder e os juízes, observando e ordenando o cumprimento de seus deveres. Este órgão não possui função jurisdicional (BOCHENECK; DALAZOANA; RISSETTI. 2013).

Para que possa ter uma maior eficácia em sua atuação, o CNJ se separa dentro da sua área de atuação. Há deveres e atividades diferentes divididas entre os âmbitos do Poder Judiciário, da Gestão, na prestação de serviços ao cidadão, na moralidade e na

eficiência dos serviços judiciais. Dentre as diversas atividades realizadas, algumas são: zelar pela autonomia do Poder Judiciário, definir planos de metas, receber reclamações, julgar processos disciplinares e formular projetos e programas que têm em vista a eficiência da justiça brasileira (CNJ, 2020). Este sistema de atuação, resulta em uma maior organização dentro do órgão e do sistema judiciário brasileiro.

A Carta Magna do Brasil ressalva:

*Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;*

Leis possuem caráter geral visto que regulam situações em abstrato, já os atos regulamentares são destinados à situações concretas e individuais. Este poder de expedir atos regulamentares é de controle externo para situações específicas e concretas que possam surgir dos cargos do judiciário, ademais, existem dois critérios para que possa ser realizado: *stricto sensu* e o *lato sensu*. Além disso, para que o CNJ não ultrapasse a esfera do poder judiciário e entre no poder legislativo, existe a distinção de leis-norma, as quais regulam o hipotético, abstrato, e leis concretas, as quais regulam acontecimentos reais (STRECK; SARLET; CLÈVE. 2005).

Partindo desse pressuposto, tal diferenciação de leis-norma e leis concretas é de extrema relevância, visto que traz uma independência maior para o poder judiciário. Além disso, não permite que ocorra a centralização do poder em um único órgão, posto que o judiciário não possui a função de legislar, de criar leis-norma, já que esta é função do poder legislativo. Desta forma, a organização do país, através de delegações, se aprimora.

Diante disso, o limite de atuação do Conselho Nacional de Justiça é justamente a esfera da administração e organização do Poder Judiciário. Assim, sem possuir função jurisdicional se man-

tém delegando funções e fiscalizando os órgãos que podem julgar. Não obstante, possui o limite do próprio poder judiciário, não podendo invadir os outros poderes: executivo e legislativo.

#### **4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CNJ**

É imprescindível tratar do assunto da Judicialização da saúde no atual cenário pandêmico causado pelo Novo Coronavírus, uma vez que, é necessário que sejam adotadas medidas, em relação a saúde, que evitem danos dentro dos serviços prestados pelo sistema judicial no decorrer da pandemia e até mesmo posteriormente.

Em primeiro plano, a questão da judicialização da saúde é uma pauta a se salientar. A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988, em que é garantido aos cidadãos o apoio para o bem-estar físico e mental. No entanto, este mesmo tema se faz presente em processos jurídicos pela falta de efetividade de tal direito constitucional.

Em segundo plano, o Poder Judiciário através da decisão do Ministro Celso de Melo na ADPF 45, passou a possuir alguns fundamentos e parâmetros para que o Estado-Juíz pudesse atuar no controle das omissões ligadas a direitos fundamentais sociais e políticas públicas. Assim, alega que estes direitos não podem se tornar promessas inconsequentes, necessitando que o judiciário controle as omissões para que exista a efetivação dos valores prometidos (SCHULZE, 2014).

As pessoas que foram afetadas por este novo vírus possuem o direito de receber o tratamento gratuito ou a cobertura por parte dos planos de saúde. A ágil regulamentação da garantia de cobertura dos planos de saúde foi fundamental para evitar que houvessem ações judiciais questionando a situação (ALMEIDA, 2020).

Através da Resolução nº 107, de 06 de Abril de 2010, publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, foi instaurado o Fórum Nacional do Judiciário com as funções de monitorar e solucionar as demandas de auxílio de saúde (SCHULZE, 2014).

No atual cenário caótico do COVID-19, o papel do CNJ é imprescindível, posto que através do Fórum Nacional do Judiciário tem-se uma maior organização dentro do âmbito judicial, trazendo uma maior eficácia e agilidade de atuação para a questão da

saúde dos brasileiros. Ademais, a obrigatoriedade do tratamento por parte dos planos de saúde diminui as chances de processos judiciais, fazendo com que o judiciário não fique sobrecarregado, focando suas demandas em assuntos mais urgentes em relação à pandemia.

Mesmo dentro de um cenário pandêmico, a população brasileira não deixou de apresentar casos de outras enfermidades. Por isso, a judicialização dos leitos hospitalares se tornou uma problemática a ser tratada, visto que, a necessidade de ocupação dos leitos se torna cada vez maior e não se tem uma estrutura correta para a acomodação de todos aqueles que necessitam de atendimentos médicos especializados.

Uma perspectiva acerca desse problema é, ao judicializar-lo, o foco no individualismo só aumenta, deixando de lado o coletivo. Os pacientes que obtiverem ordem judicial terão que ser atendidos de forma mais rápida em detrimento daqueles que por sua vez não obtiveram, mesmo que este se trate de um caso mais gravoso. (DOMINGUES; BALBANI; LUTAIF, 2020). Outrossim, a questão de transformar este problema em conteúdo jurídico, acaba por diminuir ainda mais a efetividade do direito fundamental de acesso à saúde por parte de toda a população brasileira.

Por mais que os gestores públicos trabalhem para providenciar a estrutura correta e necessária para os pacientes, através da criação de novos leitos, da construção de hospitais de campanha e da compra de respiradores e insumos necessários para o enfrentamento do COVID-19, as ordens judiciais concedidas àqueles pacientes específicos, só trazem maiores conflitos para a gestão correta, já que os hospitais são obrigados a cumpri-las (DOMINGUES; BALBANI; LUTAIF, 2020).

Através do projeto do Fórum Nacional do Judiciário, o CNJ desenvolveu o NAT-JUS Nacional a fim de monitorar e solucionar as demandas de assistência à saúde. Além disso, foi elaborado o e-NatJus, uma plataforma digital em que ficará disponível para todos os magistrados os relatórios previamente feitos por médicos a respeito de fármacos, deixando o respaldo científico em caso de urgência dos pacientes que entraram na justiça. Desta forma, posteriormente, em casos semelhantes o juiz poderá utilizar estes documentos para julgar novos casos, possuindo assim um conhe-

cimento fora de sua área para que seja justa a decisão (MONTE-NEGRO; GENU, 2019).

Ante o exposto, diante da crise sanitária do coronavírus, esta plataforma digital se faz muito eficiente, visto que existem inúmeros processos judiciais com o intuito de que através da justiça brasileira, seus familiares ou até mesmo o próprio indivíduo possa receber medicamentos com urgência. Além do mais, fármacos que não possuem comprovações científicas que resolvam o problema do COVID-19, mas que em muitos casos é alegado a resolução da doença com determinadas medicações, estas por sua vez, estão sendo muito solicitadas na justiça brasileira para que seja permitida a sua utilização.

Partindo dessa conjuntura, o Conselho Nacional de Justiça divulgou um estudo elaborado pelo Hospital Sírio-Libanês sobre a hidroxicloroquina, um medicamento que muitas pessoas acreditam que cure o coronavírus. Assim, a pesquisa chegou à conclusão de que a incerteza dos efeitos clínicos e de segurança deste medicamento é muito grande, não recomendando a utilização de forma indiscriminada. Assim, mesmo com o NAT-JUS, o COVID-19 traz muita incerteza científica (DOMINGUES; BALBANI; LUTAIF, 2020).

A falta de efetividade jurisdicional, ocasionada muitas vezes pelo não conhecimento devido acerca do assunto por parte dos magistrados, tem causado conflitos dentro do âmbito médico e judicial no Brasil. Muitas das tutelas jurídicas tem como teor o recebimento de medicações específicas, situação particular que não consegue resolver muito os problemas dos pacientes, já que, diversos remédios estão em falta no mercado farmacêutico. Deste modo, a opção que resta para o Estado é buscar os fármacos no exterior, o que gera gastos elevados, ou então, não atender à decisão judicial requerida (DOMINGUES; BALBANI; LUTAIF, 2020).

A pandemia acarretou um grande aumento das ações judiciais voltadas para a medicina, seja solicitando urgência de medicamentos, seja em questão da falta de leitos nos hospitais, ou seja por inúmeros outros pedidos. Deste modo, é de extrema relevância as medidas que estão sendo utilizadas pelo judiciário, com o intuito de evitar a sobrecarga deste poder.

Os conflitos ocasionados pela crise sanitária do COVID-19 traz a necessidade de uma relação harmônica e equilibrada entre o Direito e a Medicina, para que possam vencer a pandemia com o menor prejuízo possível na vida das pessoas. Desta forma, as ações do CNJ juntamente com outros órgãos são essenciais e de incrível relevância para contornar o cenário pandêmico brasileiro.

## **5. ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS**

Para que, mesmo durante a pandemia, o acesso à justiça possa continuar acontecendo, o CNJ tem trabalhado em diversas formas de acesso e contato com o judiciário, como o atendimento online que ocorre através de ligações telefônicas para o gabinete de interesse ou enviar um e-mail com a demanda. Outrossim, é possível marcar teleconferências com os conselheiros nos casos de urgência comprovada, para isto, basta encaminhar um e-mail para que possa ser marcado o dia e horário do encontro. Além de diversos atos normativos e orientações técnicas sendo divulgadas acerca de diversas questões dentro da pandemia do COVID-19 (CNJ, 2020).

Até mesmo, o presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Dias Toffoli, divulgou a portaria nº 74, criando um grupo de trabalho com o intuito de obter avaliação das influências que o Novo Coronavírus traria para o cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário no ano de 2020 (TOFFOLI, 2020).

É de conhecimento geral as dificuldades enfrentadas por todos os cidadãos brasileiros ante o COVID-19, havendo destaque no quesito da saúde física e mental das pessoas e inclusive nas relações sociais. Isto ocorre na medida que para que o vírus seja contido, é necessário a realização da chamada quarentena, um distanciamento social. Por se tratar de uma doença de fácil e rápida propagação, a medida mais eficiente de combate é justamente o isolamento social.

Uma importante reflexão a ser feita é sobre a dificuldade de cumprir o distanciamento social por parte dos brasileiros. O Brasil é conhecido pelos outros países por ser receptivo, com pessoas educadas e simpáticas, um povo alegre e festeiro. Nesta quarentena, muitos problemas psicológicos estão sendo presentes na vida



das pessoas, justamente por conta da solidão social. As tecnologias estão aumentando e sendo de extrema importância diante do cenário que este país enfrenta. Porém não é o suficiente para resolver esta solidão.

O sistema carcerário brasileiro encontra-se em superlotação, com mais de 750 mil presos. Com esta situação, o Conselho Nacional de Justiça tem trabalhado para estabelecer novas rotinas dentro dos presídios, com o objetivo de proteger a saúde dos apenados. Por conta dos presídios estarem cheios e ultrapassarem as suas capacidades máximas de lotação, os detentos vivem em situações precárias de higiene, por este motivo é necessário que sejam implementadas as novas formas de rotina para os presidiários, justamente para que não haja uma propagação maior da doença.

A situação da quarentena por si só já é extremamente complicada e abala o psicológico de todos, no entanto, para as mulheres que sofrem agressões físicas e verbais, o caso piora. Ao passo que em sua grande maioria, os empregos passaram a ser exercidos em suas próprias casas, estas vítimas ficam 24 horas com o agressor, o que também acaba diminuindo as possibilidades de denúncias. O CNJ reconhece a necessidade de manter a justiça durante a confusão que o Brasil se encontra. Posto isso, denúncias de terceiros, como por exemplo vizinhos, são essenciais e salvam a vida de muitas mulheres.

### **5.1. Sistema carcerário brasileiro, CNJ e o Novo Coronavírus**

As péssimas condições de higiene, estrutura e a superlotação que tomam conta do sistema carcerário brasileiro, fez com que o mesmo fosse reconhecido como estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no marco da ADPF 347. Ivana Farias, conselheira do CNJ, relata as recomendações dadas aos presídios de liberação dos detentos que se encaixam dentro dos grupos de risco, desde que não tenham cometido crimes violentos (CNJ, 2020).

Proteção à vida e à saúde são direitos assegurados na Constituição Federal brasileira de 1988, nos artigos 6º e 196º e, para que aqueles que se encontram em pena privativa de liberdade possam ter seus direitos resguardados, principalmente durante a pande-

mia, o CNJ e o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) estão trabalhando em orientações, ações de monitoramento e normativas (CNJ, 2020).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) patenteou a importância e o não impedimento da continuação das supervisões e dos monitoramentos nos cárceres brasileiros, independente da atual situação pandêmica da COVID-19. O Conselho Nacional de Justiça divulgou orientações técnicas acerca desse tema para nortear os espaços de privação de liberdade sobre como realizar os procedimentos (CNJ, 2020).

Durante o período da pandemia, os magistrados, servidores ou os demais agentes públicos e, os agentes da área de saúde, podem realizar o procedimento de fiscalização com o uso de todos os equipamentos de proteção individual e processos de higienização necessários, formando essa equipe com no máximo três pessoas. A prioridade de inspeção devem ser de particularidades em relação às medidas de prevenção do coronavírus, porém, não deixando de lado as questões que não se relacionam tanto com o vírus, como o acesso à informação e mecanismos de queixa, além da garantia de fluxo de água e insumos básicos. Por fim, de acordo com os critérios dos responsáveis pela fiscalização, podem ser consideradas a admissão de mecanismos contingentes de vigilância dos cárceres (CNJ, 2020).

Ter orientações fundamentadas e vindo dos órgãos que possuem todas as informações e as competências para melhor lidar com os cárceres brasileiros, é de suma importância para a situação atual do Brasil. Por mais que estas pessoas tenham um dia cometido crimes, elas merecem ter os seus direitos resguardados e protegidos.

O Brasil não possui um sistema prisional recomendável, e, esta situação degenerou-se durante o atual período de infecção do Novo Coronavírus. À vista disso, o CNJ publicou uma orientação técnica sobre a monitoração eletrônica das medidas provisórias. Este modelo de atuação possui o objetivo de não deixar de responsabilizar as pessoas devidas, mas, não expor essas pessoas as péssimas condições das prisões brasileiras (CNJ, 2020).

As medidas provisórias não são acatadas de qualquer maneira, cabe a autoridade judicial analisar as condições de cada pessoa monitorada para que cumpra todas as circunstâncias de monitoração e use de forma regular os equipamentos. Algumas dessas condições pessoais são: o uso de álcool, posse de alguma deficiência, ser indígena, entre outros. No entanto, por ser um equipamento escasso, os juízes competentes avaliam a aplicação dessa medida com o intuito de resguardar os equipamentos em cada unidade da federação para tão somente aqueles casos que outras formas de punição não forem eficientes (CNJ, 2020).

As Centrais de Monitoração Eletrônica, ao longo da pandemia, tem tido um papel considerável ao garantir o cumprimento e manutenção da medida provisória, com base nos termos ditados pelo judiciário. Para evitar os contatos presenciais, os incidentes que estão decorrendo são tratados de forma remota com sinais luminosos e/ou vibratórios e, posteriormente, um telefonema para a pessoa monitorada ou com os intercessores indicados por ela (CNJ, 2020).

Essa ação realizada por parte do Poder Judiciário mostra uma medida racional, muito bem monitorada e de extrema importância para que as pessoas que estão vivendo em medidas provisórias possam ser acompanhadas e monitoradas da forma correta, sem deixar de cumprir suas penas e de arcar com as consequências de seus atos. Durante a pandemia é fundamental que sejam adotadas ações que evitem o contato pessoal, já que se trata de um vírus que se propaga rapidamente.

Outro fator que deve ser considerado é o fato de que a circulação de pessoas em uma prisão regular no Brasil é muito grande, posto que todos os dias inúmeros crimes são cometidos e resultam em sanções restritivas de liberdade. Deste modo, alguns criminosos que teoricamente estavam seguros do COVID-19, por estarem no mesmo lugar antes da pandemia acarretar o solo brasileiro, entram em contato com novos companheiros de cela, que por sua vez estavam nas ruas podendo estar contaminados com o vírus. Assim, o medo passa a estar presente no psicológico dos trabalhadores do presídio, assim como dos próprios prisioneiros, temendo contrair a doença.

Ademais, além do temor da doença em si, por se tratarem de uma parte da população brasileira que possui um abalo psicoló-

gico já existente por conta do encarceramento, a situação se complica. Com o Brasil fora dos muros dos presídios em quarentena, a impossibilidade de receber visitas de seus familiares e amigos é necessária. Acarretando um dano ainda maior na saúde mental dos detidos, podendo assim desenvolver doenças mentais mais severas, como por exemplo a depressão.

## **5.2. Violência contra a mulher e a pandemia**

Ao decorrer da história da civilização humana, a mulher sempre possuiu uma posição de inferioridade em relação ao homem, na maioria das vezes, sendo objetificada e passível de violência. Desta forma, o sexo feminino era tido como “sexo frágil”, em que acreditavam não possuir capacidade para realizar certas tarefas, sendo estas apenas possíveis para o homem.

A posição da mulher na sociedade começou a obter mudanças a partir da Revolução Industrial, na Inglaterra, em que foi necessário o aumento de mão de obra, colocando as mulheres para trabalhar. Contudo, estas continuavam submissas aos maridos (CHAGAS; CHAGAS, 2017). No entanto, a sociedade está em constante transformação e o sexo feminino têm tentado ao máximo combater essa antiga e inconcebível ideia que era tida pela sociedade machista, que colocava o homem em posição superior e de destaque. A Carta Magna brasileira de 1988 trouxe a igualdade de gênero em seu texto, porém, por mais que esteja constitucionalmente previsto, a sociedade atual ainda possui influências patriarcais e machistas.

Um grave problema brasileiro é a violência contra a mulher. Atualmente, existe a Lei Maria da Penha, que estabelece como crime toda violência doméstica e intrafamiliar, sendo necessária a investigação policial e a transferência para o Ministério Público. Por conseguinte, tais tipos de crimes serão julgados pelos Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a mulher, em cidades que não existam, deverá ser julgado pelas Varas Criminais (CNJ, 2020). Partindo do pressuposto que através de denúncias sobre violência doméstica é possível erradicar o problema, por que ele ainda existe? Para que mulheres consigam denunciar seus agressores, é necessário muita coragem e incentivo, o que leva ao

ponto principal: o aumento na dificuldade de realizar denúncias por parte das vítimas diante da crise sanitária do COVID-19.

Por conta da situação pandêmica que o Brasil vive, os níveis de estresse, o medo de contrair a doença, a falta de amigos e familiares, o consumo de bebidas alcoólicas ou drogas ilícitas, aumentam o risco por parte do agressor. As mulheres por sua vez, sobrecarregadas com os trabalhos domésticos, além de ter que cuidar de filhos, e outros membros da família que podem estar doentes, reduzem a possível capacidade de evitar que seja agredida. Ademais, o medo de que a agressão ultrapasse a sua própria esfera e chegue aos filhos, é imenso, além do medo da fome, visto que muitas são dependentes financeiras do agressor, sendo mais um fator que dificulta a denúncia (MARQUES; MORAES; HASSELMANN; DESLANDES; REICHENHEIM, 2020).

A importância do isolamento social para a contenção do vírus é imensa, porém a quarentena está aumentando os casos de violência contra a mulher, visto que em sua grande maioria, os agressores são da família da vítima, dificultando a denúncia. O medo é constante e a tentativa de fazer justiça pode causar danos irreversíveis na vida de muitas mulheres, que acabam desistindo e aceitando a situação absurda que passam. Posto isso, o Poder Judiciário reconhece as necessidades de melhorias e facilidades para que a mulher possa sair desta situação.

Diante do exposto, o CNJ juntamente com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou uma campanha chamada de Sinal Vermelho para a Violência Doméstica, em que as mulheres que estão em perigo, poderão pedir ajuda nas farmácias do Brasil. O intuito é de ser uma forma silenciosa, em que a vítima possa fazer a denúncia sem precisar falar, apenas fazer um X na mão. Desta forma, a farmácia irá entender e fará a ligação para socorrer a mulher. Além disso, é solicitado o engajamento por parte da sociedade brasileira, visto que é de suma importância para a diminuição dos casos de violência (BANDEIRA, 2020).

Posto isso, o Conselho Nacional de Justiça elaborou uma outra estratégia para diminuir as dificuldades de denúncias para as vítimas, um canal virtual. Dessa maneira, o acesso à justiça para essas mulheres é mais eficaz, visto que além do registro eletrônico online, é indicado o envio de documentos online, como fotografias,

laudos médicos, exames que comprovem a materialidade da infração, devendo solicitar com urgência, medidas restritivas. Não obstante, as vítimas terão, via telefone, ou internet como por exemplo o aplicativo WhatsApp, o conhecimento sobre o andamento do processo, das decisões e dos atos judiciais em relação ao agressor (BANDEIRA, 2020).

Ademais, foi criado um grupo de trabalho para elaborar sugestões de medidas emergenciais para acautelar ou reprimir a violência doméstica. Os encontros do grupo estão ocorrendo virtualmente e têm também como objetivo a apresentação de políticas públicas judiciárias para melhorar e atualizar o atendimento às vítimas da violência doméstica durante a quarentena (BANDEIRA, 2020).

A atuação do Conselho Nacional de Justiça e suas respectivas delegações em relação a violência doméstica, que se trata de uma área complicada e delicada, é importante para que as vítimas se sintam seguras e incentivadas para se libertar das manipulações psicológicas, agressões físicas e verbais que sofrem dentro de casa por parte de pessoas que elas depositam confiança. Ao analisar a situação atual do Brasil, os meios de denúncias físicas, como delegacias, assistências sociais, entre outros, se encontram reduzidos, diminuindo assim as procuras para denúncias. Diante disso, os meios alternativos elaborados pelo CNJ para pedidos de proteção e segurança própria e da família, mudam e salvam vidas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este artigo científico foi elaborado com o objetivo de apresentar a problemática da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) diante da crise sanitária do COVID-19. Para o entendimento do tema, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário foram abordados no corpo do artigo. Além disso, a forma com que o CNJ foi incorporado na Constituição Brasileira de 1988 e a sua respectiva função, foi de extrema relevância para que a reflexão inicial fosse realizada.

Através da exemplificação de ações elaboradas por este órgão do Poder Judiciário para com as dificuldades enfrentadas pelo Brasil nesta nova pandemia, ponderações apareceram e reafirmaram a necessidade da tecnologia neste momento tão difícil da qua-

rentena, o isolamento social. Esta, por sua vez, foi o meio de uma das soluções apresentadas pelo CNJ para os três problemas que obtiveram foco neste artigo: o psicológico das pessoas diante do país em cenário trágico, o medo da disseminação do vírus no sistema carcerário brasileiro e o aumento da violência doméstica. Além disso, as atividades elaboradas pelo CNJ para com a judicialização da saúde foram abordadas.

O coronavírus, presente neste artigo, trata-se de uma pandemia, em que a doença possui fácil e rápida propagação, a qual se alastrou pelo mundo no final de 2019, modificando a dinâmica social e coletiva do mundo inteiro. Novas questões para lidar com os problemas que surgiram com o vírus foram necessárias e de extrema importância.

Por fim, é perceptível o esforço e trabalho do Conselho Nacional de Justiça para tentar melhorar, modificar e modernizar a esfera jurídica para que os brasileiros possam ter acesso à justiça mesmo em tempos de caos. Por essa ótica, foi importante salientar que mesmo dentro das suas limitações, o CNJ pôde trabalhar dentro de alguns dos diversos assuntos do sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eliane Moraes de. *Novo Coronavírus (Covid-19) e a Judicialização da Saúde no Brasil em tempos de enfrentamento à crise e medidas emergenciais*. Disponível em < Novo Coronavírus (Covid-19) e a Judicialização da Saúde no Brasil em tempos de enfrentamento à crise e medidas emergenciais> Acesso em 07 de julho de 2020.

BANDEIRA, Regina. *Recomendação indica registro eletrônico em casos de violência doméstica*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/recomendacao-indica-registro-eletronico-em-casos-de-violencia-domestica/>> Agência CNJ de Notícias. Publicado em 10 de julho de 2020. Acesso em 10 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. *Sinal Vermelho: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>> Agência CNJ de Notícias. Publicado em 10 de junho de 2020. Acesso em 09 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. *Violência doméstica: CNJ cria grupo para frear aumento dos casos na quarentena*. Disponível em <Violência doméstica> Agência CNJ de Notícias. Publicado em 25 de abril de 2020. Acesso em 07 de julho de 2020.

BOCHENEK, Antônio César; DALAZOANA, Vinicius; RISSETTI, Vinicius Rafael. *Conselho Nacional de Justiça balanços e perspectivas*. Rev. direito GV vol.9 no.2. Disponível em < Good governance e o Conselho Nacional de Justiça> São Paulo, jul./dez. 2013. Acesso em 06 de julho de 2020.

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

\_\_\_\_\_. Função jurisdicional. *Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br>> Acesso em 26 de junho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ busca ser eficiente e exemplar durante a pandemia do novo coronavírus*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-busca-ser-eficiente-e-exemplar-durante-pandemia-do-novo-coronavirus/>> Publicado em 30 de abril de 2020. Acesso em 07 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. *Covid-19*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/>> Publicado em 15 de abril de 2020. Acesso em 09 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei Maria da Penha*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/lei-maria-da-penha/>> Acesso em 09 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. *Orientação técnica para Inspeção pelo Poder Judiciário dos espaços de privação de liberdade no contexto da pandemia*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Orienta%C3%A7%C3%A3o-CNJ-Final.pdf>> Acesso em 09 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. *Orientações técnicas sobre a monitoração eletrônica de pessoas no âmbito da adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (covid-19)*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Monitorac%C3%A7%C3%A3o-Eletr%C3%B4nica-CNJ.pdf>> Acesso em 09 de julho de 2020.

MONTENEGRO, Manuel Carlos; GENU, Cristine. *Pedidos urgentes de remédios à Justiça passarão por análise de médicos*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pedidos-urgentes-de-remedios-a-justica-passarao-por-analise-de-medicos/>> Publicado em 19 de agosto de 2019. Acesso em 15 de julho de 2020.



- \_\_\_\_\_. *Quem somos*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>> Acesso em 06 de julho de 2020.
- CHAGAS, Letícia; CHAGAS, Arnaldo Toni. *A posição da mulher em diferentes épocas e a herança social do machismo no Brasil*. Disponível em<<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1095.pdf>> Psicologia.pt o portal dos psicólogos. Publicação em 2017. Acesso em 09 de julho de 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Disponível em < O Poder Judiciário no regime democrático > Acesso em 26 de junho de 2020.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2019.
- DOMINGUES, Paulo Sergio; BALBANI, Arthur; LUTAIF, Michel. *A responsabilidade do Poder Judiciário diante da crise sanitária do Covid-19*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/direito-pos-graduacao-responsabilidade-poder-judiciario-cri-se-covid-19>> Publicado em 9 de maio de 2020. Revista Consultor Jurídico. Acesso em 15 de julho de 2020.
- LIMA, Máriton Silva. *A função jurisdicional e o Poder Judiciário no Brasil*. Disponível em < A função jurisdicional e o Poder Judiciário no Brasil >. Publicado em dezembro de 2007. Acesso em 26 de junho de 2020.
- MARQUES, Emanuele Souza; MORAES, Claudia Leite de; HASSELMANN, Maria Helena; DESLANDES, Suely Ferreira; REICHENHEIM, Michael Eduardo. *A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento*. SciELO - Saúde Pública. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/>> Publicado em 30 de abril de 2020. Acesso em 10 de julho de 2020.
- MENDES, Gilmar. *Organização do Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em < Organização do Poder Judiciário Brasileiro rev> Acesso em 26 de junho de 2020.
- SCHULZE, Clenio Jair. *A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça*. Biblioteca Digital Jurídica do Supremo Tribunal de Justiça. Publicado em 20 de fevereiro de 2014. Disponível em: < <https://core.ac.uk/reader/20380390>> Acesso em 07 de julho de 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clémerson Merlin. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em: <CLEVE\_\_

SARLET\_\_STRECK-\_Limites\_constitucionais\_das\_resolucoes\_do\_CNJ\_e\_CNMP.pdf> Acesso em 06 de julho de 2020.

TOFFOLI, Dias. Presidência. Secretária Geral. Portaria nº 74. Elaborado em 6 de maio de 2020. *Institui grupo de trabalho para avaliar o impacto do novo Coronavírus- Covid-19, no cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário em 2020*. Brasília. Publicado em 7 de maio de 2020. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Portaria74\\_2020-GTMetasNacionais-DJ127.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Portaria74_2020-GTMetasNacionais-DJ127.pdf)> Acesso em 12 de julho de 2020.

VIEIRA, Pamela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. *Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isto nos revela?* SciELO - Saúde Pública. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/rbepid/2020.v23/e200033/>> Publicado em 12 de abril de 2020. Acesso em 12 de julho de 2020.

# Capítulo IV

O dever de informação na relação  
médico- paciente a partir da  
perspectiva da boa-fé objetiva

**Letícia Franco Pessoa**

Graduanda em direito pela Faculdade Baiana de Direito



# O dever de informação na relação médico-paciente a partir da perspectiva da boa-fé objetiva

**RESUMO:** Artigo destinado a promover a análise pormenorizada da complexa relação que envolve os médicos e pacientes, e os direitos e deveres de informação que decorrem desta. Busca-se analisar a discussão doutrinária referente a importância e à forma como devem ser prestadas, de maneira recíproca, as informações nessa relação, bem como sobre o conceito da boa-fé objetiva e o fato da informação ser considerada expressão e dever anexo deste princípio. Não obstante, procura-se tecer comentários quanto ao consentimento informado e o termo de consentimento livre e esclarecido, tendo em vista que ambos estão associados ao fornecimento adequado de informações por parte do médico e do paciente.

**Palavras-chave:** princípio da boa-fé objetiva; dever de informação; relação médico-paciente; consentimento informado; termo de consentimento livre e esclarecido.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO 2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA 3 DEVER DE INFORMAÇÃO COMO DESDOBRAMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA 4 DEVER DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE 4.1 DEVER RECÍPROCO DE INFORMAR 4.2 CLAREZA E PRECISÃO DAS INFORMAÇÕES FORNECIDAS 4.3 CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

---

## 1. INTRODUÇÃO

Na atualidade percebe-se a complexidade cada vez maior da relação médico-paciente, em virtude dos deveres recíprocos existentes e a preservação da dignidade e autonomia deste último. Partindo dessa premissa, esse estudo apresentará uma reflexão a respeito dos direitos e deveres de informação decorrentes dessa relação, como expressão da boa-fé objetiva.

O dever de informação que decorre da boa-fé objetiva e que deve nortear, bilateralmente, essa relação, apresenta-se como essencial nas relações médico-paciente, já que, além da informação ser a base do conhecimento, ela tem a função de gerar relações obrigacionais confiáveis, íntegras, equilibradas e efetivas. No entanto, é importante ressaltar que, tanto o médico, quanto o paciente, devem fornecer as informações necessárias, através de uma comunicação transparente, com troca de informações recíprocas, para que a obrigação firmada entre eles se desenvolva da maneira devida, alcançando os objetivos almejados ao firmar tal relação.

Dessa forma, a relação médico-paciente, deve pautar-se na confiança, transparência, reciprocidade e responsabilidade de ambas as partes, que devem respeitar e cumprir o dever de informar, que ocupa um papel indispensável e significativo na relação contratual. Com isso, é possível afirmar que é dever do médico esclarecer ao paciente, de forma simples e clara, todos os dados de sua doença, quais os tratamentos que podem ser utilizados, suas complicações e possíveis riscos, em respeito à dignidade e autonomia do paciente, para que esse possa exercer seu direito de autodeterminação.

Em contrapartida, deve o paciente prestar ao profissional de saúde todas as informações solicitadas e necessárias ao correto diagnóstico e boa escolha e execução do tratamento, tendo em vista que não são raras as vezes que os pacientes omitem sintomas para não se submeterem a determinados tratamentos, ou para não serem privados de atividades do seu cotidiano. Essas omissões podem induzir o médico a um tratamento equivocado, comprometendo a sua imagem e reputação, além de ser prejudicial a vida do paciente.

A violação desse importante dever de informar na relação médico-paciente tem gerado inúmeros conflitos, que são submetidos

ao Poder Judiciário de todo País e diante da ausência de uma regulamentação clara sobre essa obrigação, que certamente diminuiriam o número de demandas, surge a proposta de um artigo retratando esse tema, para que esteja cada vez mais nítida a maneira como as informações devem ser prestadas e a essencialidade desse dever de informar, para que, assim, ele seja cada vez menos descumprido, gerando menos conflitos.

Sendo assim, o artigo em tela busca analisar no que consiste o dever de informação, essencial em toda relação que envolve médico e paciente, e como essa informação deve ser fornecida. Ademais, procura-se explicar e discorrer acerca do princípio da boa-fé objetiva e esclarecer o porquê do dever informativo derivar dele.

Após a presente introdução, serão apresentados, logo em seguida, o segundo e o terceiro capítulo, com informações e posições doutrinárias necessárias para a compreensão e entendimento da problemática principal, que consiste no dever de informação na relação médico-paciente. O segundo capítulo será dedicado a conceituar o princípio da boa-fé objetiva, e tecer noções sobre os deveres anexos de conduta que decorrem desta e que são impostos às partes das relações obrigacionais. Já o terceiro capítulo se ocupa de descrever no que consiste o dever de informação, tendo em vista que corresponde a um dos principais deveres anexos da boa-fé objetiva. O quarto capítulo, por sua vez, aborda o núcleo do tema: dever de informação na relação médico-paciente. Sendo assim, essa obrigação de informar será abordada minuciosamente e analisada a sua essencialidade e, será relatada, ainda, a maneira como essa informação deve ser prestada de forma recíproca pelos integrantes da relação obrigacional descrita.

O método a ser utilizado como base nesse artigo é o método hipotético dedutivo, tendo em vista que será dissertada a obrigação de informar, que deriva da boa-fé objetiva, e como ela se apresenta como essencial na relação médico-paciente. A partir dessa temática, ao longo de todo o texto serão apresentadas doutrinas acerca do dever de informação como pressuposto da boa-fé objetiva, sua imprescindibilidade nessa relação e problematizações sobre o tema, que acabam auxiliando na confirmação do problema trazido.

O tipo de pesquisa é bibliográfico, e os instrumentos a serem utilizados são livros relacionados à boa-fé objetiva e seu dever ane-

xo de informação, revistas e artigos científicos que abordam a relação médico-paciente, pesquisas e jurisprudências dos tribunais, que apresentam posições relativas ao problema discutido. Com relação a abordagem do problema, o tipo da pesquisa que será utilizado é o qualitativo, através de um estudo bibliográfico e análise das informações coletadas, sendo dispensável o levantamento de dados e a medição numérica das hipóteses propostas acerca do problema de pesquisa.

## **2. PRINCÍPIO DA BOA-FÊ OBJETIVA E SEUS DEVERES ANEXOS**

É importante, inicialmente, ressaltar o conceito da boa-fê objetiva, através do posicionamento de doutrinadores que trabalham com os conceitos técnicos fundamentais ao entendimento desse princípio.

Karina Nunes Fritz (2011, p. 102) diferencia a boa-fê subjetiva da boa-fê objetiva. Ela afirma que a subjetiva pode também ser chamada de psicológica e que corresponde ao fato do indivíduo acreditar que está agindo em conformidade com o direito. Em contraponto, alega que a objetiva é conhecida também como boa-fê ética, a qual representa a norma de conduta que determina como o sujeito deve agir. Dessa forma, pode-se compreender que, os dois tipos de boa-fê se referem a fenômenos distintos, apesar de resultarem de uma mesma fonte ética.

De acordo com o que conceitua Silvio Rodrigues (2002, p.60), é possível concluir que a boa-fê objetiva corresponde a um conceito ético, ajustado e moldado nos ideais de agir com correção e dignidade. Outrossim, agir pautado na boa-fê significa conduzir suas atitudes em direção aos princípios da honestidade, da boa interação e à finalidade de a ninguém prejudicar.

Seguindo a mesma vertente trazida por Silvio Rodrigues (2002, p.60), Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 379-380) defende que no universo da boa-fê objetiva, deve-se agir baseado em um padrão de conduta comum, levando em conta os aspectos sociais envolvidos. Sendo assim, boa-fê objetiva se traduz como uma regra de conduta e um dever de agir com base em determinados padrões sociais que já foram estabelecidos, reconhecidos e, então, exigidos pela sociedade.



Em relação aos deveres que derivam da boa-fé objetiva, Valton Doria Pessoa (2016, p.68) esclarece que a boa-fé possui, como uma das suas características, a função de criar deveres jurídicos agregados à obrigação principal, que devem ser cumpridos por ambos participantes do vínculo obrigacional, chamados de deveres anexos.

Dessa maneira, entende-se que o contrato não produz somente os deveres que foram convencionados entre as partes, mas cria deveres que dele decorrem implicitamente. Não obstante, Karina Fritz (2011, p.199 e 218) leciona sobre os deveres anexos acima mencionado, chamando-os de deveres de consideração, os quais decorrem da boa-fé objetiva e são impostos às partes da relação obrigacional, independentemente de suas vontades. Dessa forma, é possível afirmar que os deveres anexos correspondem ao dever de lealdade, proteção, guarda e restituição, informação, esclarecimento, cooperação e sigilo.

Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p.117), por sua vez, estabelece uma divisão mais simples dos deveres laterais, também chamados de deveres anexos, fragmentando-os em: deveres de proteção, de lealdade, de cooperação, de informação e esclarecimento.

Dessa forma, é possível concluir, com base no que Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p.56) conceitua, que a boa-fé possui, entre outras funções, a função integrativa, responsável pela criação dos deveres anexos de conduta. Nesse sentido, defende a autora que essa função se caracteriza como a mais importante, tendo em vista que os deveres anexos, que dela irradiam, passam a integrar qualquer relação obrigacional, sendo impostos as partes, independentemente das suas vontades, com o intuito de que sejam equilibradas e aptas a promover a confiança e expectativa para ambos os contratantes.

De forma similar, Fernando Noronha (1994, p.138) assegura que o princípio da boa-fé objetiva estabelece que as partes devem cumprir, além da obrigação principal estipulada no contrato, diversas outras obrigações e deveres de conduta. Sendo assim, esse princípio acaba criando para as partes deveres anexos que devem ser, obrigatoriamente, respeitados e efetivados de igual modo às obrigações principais.

No mesmo sentido, Jorge Ferreira Sinde Monteiro (1989, p.358) ressalta que a boa-fé possui uma eficácia produtiva de de-

veres, e, dessa forma, acaba produzindo e gerando, como uma forma de fonte normativa, deveres jurídicos instrumentais, também conhecido como os deveres que são anexos à obrigação principal, que exigem das partes o cumprimento de ações específicas e leis. Dessa forma, os deveres informativos compõem esses deveres anexos e apresentam-se como devidos reciprocamente por ambas as partes da relação.

Da doutrina apresentada extrai-se a conclusão que a boa-fé objetiva que, representa um dever de conduta obrigatório e imposto aos sujeitos da relação contratual, tem como desdobramento a imposição do agir pautada nos deveres laterais, dela derivados e de cumpri-los, em especial, o dever de informação que será tratado no item seguinte.

### **3. DEVER DE INFORMAÇÃO COMO DESDOBRAMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

O dever de informação se apresenta como um dos principais deveres anexos da boa-fé objetiva e, por isso, merece ser abordado de forma minuciosa.

Clovis Veríssimo do Couto e Silva (1976, p.30) sustenta que todos os deveres anexos, que derivam da boa-fé objetiva, devem envolver e ser exercidos por todos os integrantes do vínculo obrigacional, criando assim entre eles um elo de lealdade e cooperação em face do fim que almejam e que buscam concretizar. Portanto, compreende-se que o dever de informar, como uma das vertentes, deve ser manifestado de forma bilateral, caracterizando-se, assim, uma reciprocidade de direitos e deveres entre as partes obrigacionais.

Sendo assim, é de extrema importância descrever no que consiste o dever de informação, tendo em vista que corresponde a um dos principais deveres anexos da boa-fé objetiva, em virtude dele ser essencial para que o contratante seja comunicado sobre fatos que não perceberia com a ausência do conteúdo recebido. Então, compartilhando de entendimento similar a Clovis Veríssimo do Couto e Silva (1976, p. 30), aduz Nelson Rosenvald (2005, p. 109) que o dever de informação traduz-se como uma imposição às partes de sempre informar a outra sobre todos os fatos que norteiam o negócio jurídico firmado. Assim sendo, o intuito de contratar deve

ser claro e nítido, para que, assim, aconteça a manifestação da vontade em consonância com a boa-fé objetiva.

Além disso, Eduardo Milléo Baracat revela que:

Os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato, sendo que estes deveres podem ser violados tanto por ação, com indicações incorretas, como por omissão, pelo silêncio em relação a elementos que a outra parte tinha interesse objetivo de conhecer. (BARACAT, 2003, p. 232)

Respaldado nas posições doutrinárias trazidas acima, André Luís Torres Pessoa (2013, p.45), afirma que o dever de informação pode enfrentar violações através de uma conduta ativa ou uma conduta passiva. Então, o dever de informar pode ser transgredido devido a ação de um indivíduo, através da prestação de informações incorretas, incompletas e incompreensíveis, ou através da omissão, quando é deixado de informar algum elemento ou consideração que prejudiquem uma das partes da relação obrigacional.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 605-608), por sua vez, esclarece que o dever de informação deve preencher e respeitar três requisitos: adequação, suficiência e veracidade. Com isso, é possível compreender que o descumprimento de um desses requisitos acarretaria a violação dessa importante obrigação.

Sendo assim, a adequação está relacionada ao conteúdo e aos meios empregados para fornecer a informação, tendo em vista que ela deve ser prestada de forma clara e precisa, para que ocorra de fato a compreensão da mensagem. A suficiência, por sua vez, está associada a integralidade e completude da informação, com o intuito de que a informação oferecida seja plena, afastada da omissão de dados e indicações. Por fim, a veracidade corresponde ao fornecimento de informações verdadeiras, dados corretos e a explicação dos riscos existentes em firmar tal obrigação (LÔBO, 2011, p. 605-608).

Nessa mesma diretriz, José Carlos Moreira da Silva Filho (2003, p.310) esclarece que as partes, durante a vigência de um contrato, são obrigadas a fornecer todas as informações, esclarecer todos os pontos importantes que estejam vinculados ao bom andamento do contrato e apresentar as circunstâncias e os possíveis efeitos que podem surgir com a execução do que foi estabelecido.

Já Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho acrescenta que “não se trata de qualquer informação, mas de uma informação que tenha determinadas qualidades, como a qualidade da verdade, da transparência e da imparcialidade”. (CARVALHO, 2003, p.90)

Gilberto Carlos Maistro Jr. (2012, p. 173) certifica que o dever de informação caracteriza o trato negocial e consiste na obrigação adstrita às partes de transmitirem ao outro todas as informações necessárias a fruição da obrigação. Isto posto, a deficiência da informação, além de repercutir de forma grave e acarretar extremo prejuízo para o indivíduo carente desse essencial conhecimento, causará a “quebra” da boa-fé, e conseqüentemente, o inadimplemento contratual.

Entende-se, portanto, que o dever anexo da informação consiste na exigência das partes da relação obrigacional fornecerem todas as informações e dados relevantes para a completa compreensão e cumprimento devido da obrigação, o que se revela muito importante na relação jurídica objeto desse trabalho.

#### **4. DEVER DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

Insta salientar que o objeto de estudo desse trabalho se lastreia no dever de informação nas relações que envolvem médicos e pacientes, que devem, de modo recíproco, fornecer todas as informações necessárias, correspondentes ao verdadeiro dever de conduta, elemento principal e imprescindível para que objeto do contrato se desenvolva de maneira adequada.

Destarte, os pacientes e profissionais de saúde devem cumprir de modo devido o dever informativo, a fim de que seja desenvolvido um sentimento de segurança e confiança para ambos os contratantes. Dessa maneira, assim como assevera Maristela Freitas Silva (2017, p.31) a desinformação fortalece e amplia o grau de incertezas, além de prejudicar a qualidade da assistência e comprometer o resultado da obrigação firmada.

##### **4.1. Dever recíproco de informar**

Este dever, em que pese a situação de vulnerabilidade do paciente, deve ser recíproco. O dever de informação é exigido e deve ser cumprido por ambas as partes da relação obrigacional médi-

co-paciente, tendo em vista que ambos devem efetivar os deveres informativos de esclarecimento e cooperação para que a obrigação alcance os resultados esperados.

Em relação a obrigação do médico, Carlos María Romeo Casabona (2002, p. 63-133) estipula três formas diferentes de conteúdo. O primeiro tipo é a informação instrumental, caracterizada como resultado esperado pela finalidade do ato médico, abrangendo o prognóstico e diagnóstico. O segundo tipo é a informação terapêutica, em que o profissional prescreve condutas que, através de conselhos e orientações, o paciente deve adotar para alcançar a melhora do seu estado de saúde. Por fim, o terceiro tipo é a informação como requisito prévio para o consentimento do paciente, já que são essas informações que irão esclarecer as possíveis consequências, riscos e benefícios que deverão ser assumidos pelo paciente no momento em que concorda e opta pelo procedimento.

Através das informações que foram obtidas em virtude do fornecimento destas pelo profissional, o paciente poderá compreender da melhor forma possível a sua real situação, os riscos, as consequências do tratamento, as chances de êxito, os efeitos colaterais que podem surgir, e os outros fatos consideráveis. Dessa maneira, como declara Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.394) as informações prestadas pelo médico ao paciente devem ser claras e precisas o bastante para que não haja qualquer equívoco da situação clínica ou do procedimento a adotado.

Por conseguinte, Cláudia Lima Marques enfatiza:

[...] a informação médica é dever de conduta de boa-fé (contrário da autuação negligente), informar clara e adequadamente é um dever de cuidado com o outro parceiro contratual (atuação prudente), informação é poder (estado subjetivo de saber ou não saber), logo, informar suficiente e lealmente é cooperar com o outro (se abstendo de abuso ou desvio de poder na relação médico-paciente-consumidor) (MARQUES, 2011, p.407).

Sendo assim, como Paulo Antônio Carvalho Fortes (1994, p. 1-2) afirma, o dever de informação, na relação médico-paciente, além de ser um desdobramento da boa-fé objetiva e essencial em todas as relações contratuais, apresenta-se como um desdobramento da autonomia e dignidade da pessoa humana. Dessa forma, no momento em que é fornecida a informação, e o paciente tem o

direito de deliberar e tomar decisões, seguindo seus ideais, valores próprios e suas vontades, a autonomia deste paciente está sendo plenamente respeitada.

De igual modo, como ressalta Livia Haygert Pithan (2009, p.41), também deve o paciente informar ao médico todo o seu histórico, todos os seus sintomas e todas as suas rotinas, ficando, assim, impedido de falsificar ou omitir informações, para que o profissional de saúde possa recomendar o melhor e mais adequado tratamento, havendo que se falar, portanto, no dever recíproco de informação. Sendo assim, os deveres informativos decorrem da exigência da colaboração recíproca entre médico e paciente, tendo em vista que ambas as partes devem informar sobre os efeitos da contratação.

Assim, afirmam Antônio Manuel da Rocha e Antônio Menezes Cordeiro (1997, p.605):

O dever de informar ao paciente, entendido como dever de comunicação, recobre, além do dever de esclarecimento [...], o dever de conselho, ou de aconselhamento, [...]. Por ele se entende a instrução sobre [...] as precauções pré e pós-hospitalares, [...] etc. A este dever, do médico, corresponde o dever da paciente, de colaboração para o sucesso do procedimento atendo-se ao recomendado pelo profissional, dever este que decorre da incidência do princípio da boa-fé objetiva na relação contratual.

Dessa maneira, assim como reconhece Ricardo Luis Lorenzetti (1997, p.150), o dever que o paciente possui de informar sobre os dados relevantes que dizem respeito a sua doença, encontra-se centralizado e possui fundamento no princípio da boa-fé, tendo em vista que é imprescindível o fornecimento das informações que lhe sejam questionadas para que o médico seja capaz de adimplir a sua obrigação de maneira efetiva.

Como se demonstrou o dever de informar nessa relação é recíproco. Nesse sentido, Adriano Marteleto Godinho, Livia Hallack Lanziotti e Bruno Salome de Moraes (2010, p. 210) ratificam que é extremamente necessária a verificação do respeito ao princípio da boa-fé e aos seus desdobramentos de forma bilateral. Então, assim como compete aos profissionais de saúde fornecerem e prestarem os devidos esclarecimentos aos pacientes, caberá a estes, de igual modo, cumprirem com a verdade para com o seu médico, transmitindo, assim, todas as informações que lhes corresponderem, que

estejam ao seu alcance e que, de alguma forma, possa interferir sobre a eficácia do tratamento e no acarretamento de prejuízos na atuação desses profissionais.

Nessa perspectiva, Gilberto Bergstein (2012, p.126-127) assegura que o dever de informação traduz-se em uma via de mão dupla, já que não apenas o médico, mas, de igual maneira, o paciente deve prestá-lo. Posto isto, este possui a obrigação de compartilhar todos os dados sobre a sua saúde, de forma completa, tendo em vista que caso omita informações, poderá acabar contribuindo para um eventual erro médico, em razão do desconhecimento, pelo profissional, de fatos essenciais para o fornecimento preciso de um diagnóstico, prognóstico e tratamento.

Adriano Marteleto Godinho, Livia Hallack Lanzotti e Bruno Salome de Moraes (2010, p. 208) certificam que o cumprimento do dever informativo e a troca de informações entre o paciente e o médico consistem em uma decorrência da boa-fé objetiva e que, por isso, devem guiar e regular a relação obrigacional firmada entre estes. Em virtude disso, é imposto a ambos a obrigação de transmitir e revelar à outra parte de forma transparente e leal todas os dados relevantes que dispõem.

Em vista disso, compreende-se que o dever informativo deve ser efetuado, de forma recíproca, por ambos sujeitos da relação médico-paciente, para que eles possuam o conhecimento acerca de todos os fatos essenciais que permeiam e interferem na obrigação. No entanto, é importante lembrar que esses dados distribuídos devem ser claros e precisos, como será compreendido no tópico a seguir.

#### **4.2. Clareza e precisão das informações fornecidas**

As informações que são cedidas pelos pacientes e pelos médicos devem ser claras, precisas e livres de omissões.

Em relação as informações fornecidas pelos médicos para os pacientes, assim como assegura Livia Haygert Pithan (2009, p.56) é necessário uma adequação da linguagem a fim de ser compreensível por quem não é detentor de conhecimentos e vocabulários do meio médico e possibilitar a atenuação do desequilíbrio e democratização dessa relação, através da modificação de uma lin-

guagem técnica para uma linguagem comum, que possibilite um entendimento devido.

Isto posto, é possível trazer posicionamento de Vinicius de Negreiros Calado (2014, p.267), o qual disserta acerca da informação funcionar como uma ponte para o direito de escolha do paciente, tendo em vista que o paciente precisa compreender, efetivamente, a informação que lhe foi transmitida, para que, assim, seja capaz de exercer o seu direito de escolha informada.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou em 2016 a Recomendação CFM nº1/2016 que trata de como deve ocorrer a distribuição das informações pelos médicos. Esta recomendação acabou sugerindo que o médico deveria propor ao paciente um relacionamento mais próximo, onde seriam fornecidos todos os diagnósticos, prognósticos e tratamento indicados, de maneira clara e objetiva, garantindo um maior entendimento e segurança para essa relação.

De igual modo, é importante trazer a opinião de Gerson Luiz Carlos Branco (2000, p. 128), em que ele afirma que é extremamente importante a forma como é estabelecida a comunicação entre as partes dessa relação e as formas de adaptação entre a linguagem técnica utilizada pelos médicos, com a necessidade dos pacientes receberem as informações de forma devida. Sendo assim, conclui-se que somente será possível esse recebimento e compreensão completa das informações, caso os profissionais de saúde exerçam o seu papel e as suas obrigações de maneira clara e objetiva.

Dessa maneira, nesse mesmo viés, Ana Thereza Meirelles (2019, p. 1) assegura que o profissional de saúde se enquadra como detentor de capacidade técnica e de conhecimento, assuntos e termos médicos, diferentemente do paciente, o qual acaba se classificando como sujeito vulnerável nessa relação obrigacional, já que é desprovido dessa mesma capacidade. Com isso, verifica-se que além do fornecimento das informações por parte desses profissionais, essas informações devem vir acompanhadas de termos claros e vocabulário simples, ou seja, de outro elemento fundamental – a compreensão.

Márcia Maria Pazinato (2019, p. 239) alega que é indispensável e imprescindível o entendimento de que a comunicação e o fornecimento de todas as informações na relação médico-paciente acaba contribuindo para a superação das barreiras existentes en-



tre o saber científico do médico e a extrema necessidade do paciente conhecer e saber mais sobre a sua real situação. Dessa forma, a transmissão de informações claras por parte do médico fornece mais segurança, possibilitando, assim, que o paciente consiga tomar melhores decisões sobre o seu tratamento, com confiança e autonomia, assumindo responsabilidade por suas escolhas.

Destarte, é possível concluir que em virtude da abrangência de termos teóricos que, muitas vezes, somente são compreendidos pelos profissionais inseridos nesse ramo, os pacientes acabam se encontrando no polo mais vulnerável dessa relação obrigacional. Nesse sentido, insta mencionar o entendimento do TJ-ES, AI: 00064699220188080047:

Além disso, segundo as regras ordinárias de experiência, mostra-se plausível a hipossuficiência dos Agravados, sobretudo nos planos técnico e científico, diante das complexidades inerentes à área médica, seja no campo dos procedimentos inerentes a cada especialidade, seja na seara da linguagem, permeada de expressões e abreviaturas de difícil compreensão para o público leigo (TJ-ES – AI: 00064699220188080047, Relator: Jorge do Nascimento Viana, data de julgamento: 11/03/2019, quarta câmara cível, data de publicação: 20/03/2019).

Por outro lado, vale esclarecer que os pacientes também possuem essa obrigação de fornecer as informações necessárias ao médico, de maneira completa e livre de omissões. Sendo assim, como ressalta Livia Haygert Pithan (2009, p. 13), os deveres de esclarecimento dos fatos e sintomas e de cooperação por parte do paciente integram o conteúdo do consentimento informado, tendo em vista que devem ser sempre exercidos e estar presentes para que o profissional de saúde consiga exercer o seu trabalho de forma eficaz.

No tocante ao fato de que informações imprecisas, relatadas pelo paciente, acabam prejudicando a atuação do médico, Eduardo Dantas (2013, p. 9) certifica que os profissionais indicam os tratamentos aos seus pacientes com base na história clínica, hábitos, impedimentos e herança genética destes. Isto posto, caso esses pacientes forneçam dados inverídicos, eles poderão acabar causando prejuízos à prestação dos serviços por parte dos médicos.

Nessa mesma perspectiva, João Vaz Rodrigues (2001) sustenta que caso o paciente não forneça todos os dados necessários, re-

ferentes a ele, ao profissional de saúde, de maneira clara e sem realizar supressão de informações, ele não estará colaborando para o alcance do resultado e interferindo, negativamente, para uma atuação técnica incorreta.

Como já demonstrado acima, caso a informação não seja revelada de forma completa pelo paciente, não será possível alegar falha no atendimento médico, tendo em vista que, desse modo, não seria possível ele exercer a sua função de maneira plena. Nessa vertente, em processo em que um paciente pleiteava uma indenização de um médico, o TJ-RS não acatou a pretensão do primeiro, considerando que ficou demonstrado nos autos que omitiu informações essenciais para o que o profissional pudesse indicar o tratamento mais adequado:

Autor-paciente que foi atendido e medicado segundo o quadro por ele apresentado, e mesmo pelas próprias informações que repassou ou, no caso dos autos, que omitiu, em relação à queda sobre lenhas sofrida, a qual somente veio a informar por ocasião do atendimento no Hospital de Estrela (TJ-RS Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70077634079 RS).

Eduardo Dantas (2013, p. 65-85), de igual maneira, também ressalta a obrigação do paciente informar de maneira precisa e absoluta as informações. Sendo assim, é dever do paciente não falsear ou omitir informações que lhes sejam questionadas pelo profissional, para que, dessa forma, o médico seja capaz de determinar com maior exatidão o procedimento e apresentar, com mais segurança, as possibilidades de tratamento com base no que foi relatado pelo paciente.

Em vista disso, concebe-se que somente o fornecimento das informações por ambos os contraentes não é suficiente, já que se apresenta como necessária a clareza, completude e precisão desses dados, para que o conteúdo fornecido seja, de fato, compreendido e, então, utilizado de forma devida.

#### **4.3. Consentimento livre e esclarecido do paciente**

A clareza das informações tratada no tópico anterior é imprescindível para assegurar o livre consentimento do paciente.

Nesse contexto, é possível assegurar, com base no que aponta Christoph Fabian (2002) que a partir do dever de informar, imprescindível nas relações médico-paciente, surge a necessidade do médico alcançar o consentimento do paciente, a fim de que seja possível realizar qualquer tipo de procedimento. Além disso, esse consentimento precisa ser livre e esclarecido, em decorrência do fornecimento de informações verdadeiras e do real entendimento da mensagem, para que seja considerado que o dever de informação ocorreu da forma devida.

A partir da conceituação do dever de informação, e da explicação de que o direito à autonomia do paciente está associado a esse dever de informar, é possível identificar na doutrina autores que dissertam acerca do consentimento informado, também denominado de consentimento livre e esclarecido, e do termo de consentimento livre e esclarecido. Maria Helena Diniz vale-se dessa mesma denominação para se referir à formalização da anuência do paciente:

O termo de consentimento livre e esclarecido deverá conter em suma, os seguintes elementos essenciais: a) ser feito em linguagem acessível; b) conter: os procedimentos ou terapêuticas que serão utilizados, bem como seus objetivos e justificativas; os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; métodos alternativos existentes; a liberdade de o paciente recusar ou retirar seu consentimento sem que lhe aplique qualquer sanção punitiva ou sem que haja prejuízo à sua assistência médico-hospitalar; assinatura ou identificação dactiloscópica do paciente ou de seu representante legal. (DINIZ, 2006, p. 676-677).

Márcia Maria Pazinato (2019, p.268) ressalta que é importante esclarecer e estabelecer a diferença entre o consentimento livre e esclarecido do termo de consentimento. O consentimento esclarecido ou informado é resultado de uma relação transparente entre o médico e o paciente, a qual encontra-se livre de vícios e omissões, e provida de uma comunicação assertiva e eficaz, caracterizando uma assistência médica digna. O termo, por sua vez, é o objeto formal, assinado pelos obrigantes, por ser uma prática rotineira nos hospitais, em que eles asseguram estar cientes de todas as informações necessárias e essenciais para o bom desenvolvimento da obrigação e alcance do resultado esperado.

Como sustenta Maria Helena Diniz (2006, p.672-673), a aquisição da anuência do paciente, através da formulação do termo de consentimento, posteriormente à obtenção das informações prestadas pelo profissional de saúde, corresponde ao seu direito de autodeterminação. Dessa forma, o paciente, através da informação recebida, tem a possibilidade de tomar decisões relativas à sua saúde, aceitando ou não as propostas feitas pelo médico.

Nesse mesmo sentido, Carlos Nelson Konder (2003, p.61) afirma que o consentimento informado corresponde a concordância do paciente com o procedimento proposto pelo médico, através do exercício do dever de informação, afirmando sua vontade em se submeter ao tratamento, sem que esse consentimento seja repleto de vícios. Dessa forma, a informação fornecida e a explicação a respeito da intervenção médica deve ser completa e clara, através de uma linguagem simples e adequada, com a presença de todos os objetivos, métodos, duração, explicação, riscos e benefícios existentes.

Compartilhando de posicionamento similar a Carlos Konder (2003, p.61), Paulo Antônio Carvalho Fortes (1994, p.3) alega que o consentimento informado do paciente é a manifestação da autonomia deste, além de ser um ato de decisão voluntária, que deve ser praticado por um indivíduo competente e capaz de decidir e opinar sobre as propostas de procedimentos que lhe foram apresentadas. Sendo assim, a informação deve ser prestada pelo profissional de saúde da maneira mais clara e completa, para que seja possível ocorrer, de fato, o consentimento esclarecido.

Destarte, é possível concluir que o dever de informação e o termo de consentimento informado são essenciais para que a relação médico-paciente se desenvolva da maneira devida, sem acarretar prejuízos para as partes dessa relação, como já se manifestou o STJ em REsp, nº 1540580-DF:

O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações (STJ. 4ª Turma. REsp 1540580-

DF, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5a Região), Rel. Ac. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 02/08/2018 (Informativo de Jurisprudência n° 632).

Com base na doutrina de Eduardo Dantas e Marcos Vinícius Coltri (2010, p.105), pode-se afirmar que o princípio da autonomia da vontade está intrinsecamente associado ao dever de informar, tendo em vista que o paciente somente poderá exercer a sua autonomia e, conseqüentemente, realizar o consentimento informado caso o dever informativo do médico tenha sido efetivado e devidamente cumprido. À vista disso, a informação apresenta-se como pressuposto da autonomia, e o consentimento do paciente somente será válido se as informações e os esclarecimentos dados pelo profissional forem adequados e claros.

Desse modo, compreende-se que para que o paciente possa consentir de forma livre e consciente acerca do tratamento proposto pelo profissional, exercendo a sua autonomia, é necessário que o fornecimento das informações ocorra de forma clara, precisa e isenta de vícios e omissões.

## **5. CONCLUSÃO**

Ao ensejo da conclusão desse artigo, é nítida a necessidade de um fornecimento qualificado de informações nas relações obrigacionais que envolvem médicos e pacientes, tendo em vista que a ocorrência de demandas e conflitos entre eles se intensificam mais a cada dia.

O princípio da boa-fé objetiva, de fato, possui diversas funções que interferem e norteiam toda relação obrigacional. As partes, além de serem obrigadas a cumprir a obrigação principal do contrato, passam a ser compelidas a efetivar e realizar as obrigações anexas e laterais que derivam da obrigação primordial.

Sendo assim, o dever de informação, considerado um dos mais importantes deveres anexos da boa-fé objetiva, apresenta-se como essencial e deve ser observado por todos os indivíduos que firmam um contrato. Dessa maneira, o médico e o paciente, assim que estabelecem uma relação, passam a ser impelidos a fornecer todas as informações pertinentes e essenciais para que a obrigação se desenvolva de maneira correta e esperada.

Os deveres e direitos informativos são impostos de forma recíproca às partes da relação médico-paciente, em virtude do fato de que ambos devem indicar, explicar e informar todos os dados que possuem e que adstringem essa relação, evitando as omissões, para que, assim, o paciente possa compreender a sua real situação e o médico consiga realizar o seu trabalho, ciente dos fatos que envolvem o paciente, da melhor forma possível.

O dever de informação ganha uma maior importância na relação jurídica objeto desse trabalho, considerando que a partir dele é que médico vai definir e prescrever e o paciente vai analisar e consentir sobre os métodos e procedimentos que serão realizados, o que deve ocorrer de forma consciente e informada. Dessa forma, o consentimento informado do paciente, e conseqüentemente, o termo de consentimento somente serão considerados válidos e adequados, caso a informação tenha sido prestada de maneira clara, precisa e sem omissões.

No que concerne aos pacientes, inegavelmente, a grande maioria que ingressa nos âmbitos hospitalares e médicos, não detêm o vocabulário médico necessário para a compreensão dos termos técnicos utilizados pelos profissionais de saúde durante a explicação dos sintomas, diagnósticos e prognósticos. Posto isto, nas situações em que os profissionais não esclarecem e simplificam as informações que serão dadas aos pacientes, estes acabam por não compreender o que de fato os envolve.

Sendo assim, devido a existência da notória vulnerabilidade por parte dos pacientes, tendo em vista que ocupam a parte desprovida de conhecimento acerca dos termos técnicos e incompreensíveis por leigos, é de extrema importância que os médicos, ao cumprirem a sua obrigação de informar, realizem esse dever de forma completa, clara e simples, com o objetivo de que qualquer pessoa que não pertença ao meio seja capaz de compreender de maneira satisfatória.

Ademais, de igual modo, é possível que os pacientes, muitas vezes, também ajam de forma inadequada, quando não fornecem todas as informações referentes aos seus sintomas, modo de vida e cotidiano. Sendo assim, essa omissão acaba prejudicando de forma crucial o serviço médico e repercutindo negativamente no alcance do resultado pleiteado e, por consequência, na reputação

profissional desse médico, sem falar em uma possível responsabilização civil diante de uma indicação de tratamento equivocada.

É importante lembrar que, apesar da maioria dos doutrinadores somente dissertarem acerca do dever informativo do médico, é evidente que essa obrigação é exigida de forma recíproca para ambos integrantes dessa relação, tendo em vista que, caso o paciente não forneça os dados e informações necessárias, os profissionais não conseguirão realizar de forma eficaz a sua função, fazendo com que a obrigação não se desenvolva de maneira devida e não alcance o efeito desejado.

Assim sendo, é significativo ainda mencionar que no momento em que o dever informativo não é cumprido devidamente pelo médico e pelo paciente, além da possibilidade da obrigação não atingir o seu real objetivo, é provável, também, que essa violação acabe acarretando consequências mais graves, tendo em vista que possui interferência direta na saúde e na vida das pessoas.

A partir das posições doutrinárias e informações trazidas ao longo desse trabalho é possível compreender a necessidade do fornecimento recíproco da informação, para que o médico e o paciente estejam cientes da real situação, de todos os fatos que os envolvem e sejam capazes de exercer, de forma devida, todas as obrigações que lhes são impostas.

## REFERÊNCIAS

- BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.
- BERGSTEIN, Gilberto. **Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. 2014. Tese. (Doutorado em direito) - Faculdade de direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientadora: Professora Titular Teresa Ancona Lopez. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/publico/OS\\_LIMITES\\_DO\\_DEVER\\_DE\\_INFORMACAO\\_NA\\_RELACAO\\_MEDICO\\_PACIENTE\\_Bergstein.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/publico/OS_LIMITES_DO_DEVER_DE_INFORMACAO_NA_RELACAO_MEDICO_PACIENTE_Bergstein.pdf) . Acesso em: 25 jun. 2020.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Responsabilidade civil por erro médico**: Aspectos. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bo\\_2006/RDC\\_04\\_128.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bo_2006/RDC_04_128.pdf). Acesso em: 22 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.540.580 - Proc. REsp 1540580-DF. Embargante: Dimas Pereira e Abrahão. Embargado: Clínica Paulista de Neurologia e Neurocirurgia Ltda – EPP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, Dje 03 fev. 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100947945&num\\_registro=201501551749&data=20200203&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100947945&num_registro=201501551749&data=20200203&tipo=91&formato=PDF) . Acesso em: 25 jun.2020.
- CALADO, Vinícius de Negreiros. Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado na Visão do Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Revista Jurídica – Unicuritiba**, Recife, V. 3, n. 36, 2014, p. 262-289. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1001/692>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade civil dos meios de comunicação. **Revista da Escola da magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, Rio de Janeiro, V.5, n.17, 2002, p. 90. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista17/revista17\\_83.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_83.pdf). Acesso em: 20 ago. 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9º ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº1/2016**. Dispõe sobre a distribuição das informações pelo médico. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1\\_2016.pdf](http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf). Acesso em: 23 jun. 2020.
- COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- DANTAS, Eduardo. A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v.2, n.2, jan./abr. 2013, p. 9. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Civil-A-analise-do-contrato-de-servicos-medicos-sob-a-perspectiva-da-autonomia-da-vontade-e-do-inadimplemento.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica**: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ, 2010.



DINIZ, Maria Helena Diniz. **O estado atual do Biodireito**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação cível Nº 00064699220188080047, Quarta Câmara Cível. Relator: Jorge do Nascimento Viana. Julgado em 11 mar. 2019. Disponível em: [http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta\\_jurisprudencia/det\\_jurisp.cfm?edProcesso=00064699220188080047&Justica=Comum&CFID=155918022&CFTOKEN=34785560](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00064699220188080047&Justica=Comum&CFID=155918022&CFTOKEN=34785560). Acesso em: 25 jun. 2020.

FABIAN, Christoph. O dever de informar no direito civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido, **Revista Bioética**, São Paulo, v. 2, n. 2, 1994, p. 32- 37. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/458/341](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/458/341) . Acesso em: 23 jun. 2020.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé Objetiva na Fase Pré-contratual**: A responsabilidade de pré-contratual por ruptura das negociações. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto; LANZIOTTI, Livia Hallack; MORAIS, Bruno Salome de. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, Campinas, v. 60, n. 2, mar./abr. 2010, p. 207-214. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-70942010000200014&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000200014&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 22 jun. 2020.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: v.16, 2003, p.61.

LÔBO, Paulo Luis Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad civil de los médicos**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997.

MAISTRO, Gilberto Carlos Jr. **O princípio da Boa-fé Objetiva na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTR, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). **Direito do Consumidor: proteção da confiança e**

práticas comerciais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Coleção doutrinas essenciais; v.3, 2011, p. 393-444.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Medicina e Direito: Informação e Compreensão como pressupostos fundamentais à interface harmônica**. Disponível em: <http://cvmed.com.br/2019/09/16/medicina-e-direito-informacao-e-compreensao-como-pressupostos-fundamentais-a-interface-harmonica/> Acesso em: 23 jun. 2020.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PAZINATTO, Márcia Maria. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista Bioética**, Brasília, v. 27, n. 2, 2019, p. 234-243. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422019000200234&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000200234&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 jun. 2020.

PESSOA, André Luís Torres. **Os deveres Anexos da Boa-fé Objetiva e o contrato individual de trabalho**. 2013. Dissertação. (Mestrado em direito do trabalho) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo. Orientador: Renato Rua de Almeida.

PESSOA, Valtom Doria. **A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética**. 2009. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre. Orientador: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Judith Martins-Costa. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em: 25 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70077634079, Nona Câmara Cível. Relator: Eduardo Kramer, Redator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 29 ago. 2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia> . Acesso em: 25 jun. 2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. vol. III, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos**. In: Problemas

prácticos del consentimiento informado. Barcelona: Fundació Victor Grífols i Lucas, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Maristela Freitas. Consentimento informado: estratégia para mitigar a vulnerabilidade na assistência hospitalar. **Revista Bioética**, Brasília, vol. 25, n.1, 2017, p.30-38. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422017000100030&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000100030&lng=pt&tlng=pt) Acesso em: 23 jun. 2020.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

VAZ RODRIGUES, João. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos**. vol. 2, 2º ed. São Paulo: Atlas, 2002.



# Capítulo V

## The right to health and equitable access during global health crisis

**Manuela Marinho Cardoso**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de  
Direito e Graduanda em Relações Internacionais pelo  
Centro Universitário Internacional (UNINTER).



# The right to health and equitable access during global health crisis

**ABSTRACT:** The present article aims to analyze the historical evolution of the right to health in International Law and the legal repercussions of its status as a human right. It will investigate the general obligation to cooperate in International Law and its implications on the right to health. Through the analysis of previous global health crisis, it intends to investigate whether International Law guarantees an equitable access to medicines, vaccines and treatments among all nations.

**Keywords:** Right to health; WHO; International Law; cooperation; human rights; health crisis.

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar a evolução histórica do direito à saúde no âmbito do Direito Internacional e as repercussões legais do seu *status* enquanto direito humano. Pretende, ainda, investigar a obrigação geral de cooperação no Direito Internacional e suas implicações no direito à saúde. Por meio da análise de crises de saúde globais já ocorridas, se destina a investigar se o Direito Internacional assegura o acesso igualitário à medicamentos, vacinas e tratamentos à todas as nações.

**Palavras-chave: Direito à saúde; OMS; Direito Internacional; cooperação; direitos humanos; crise de saúde**

**SUMÁRIO: 1 INTRODUCTION 2 HEALTH AS A HUMAN RIGHT 3 THE OBLIGATION TO COOPERATE 4 EQUITABLE ACCESS TO HEALTH DURING GLOBAL CRISIS 4.1 COMPULSORY LICENSES AND THE HIV/AIDS EPIDEMIC 4.2 ACCESS TO INFLUENZA VACCINES AND “VIRAL SOVEREIGNTY” 5 CONCLUSION REFERENCES**

---

## **1. INTRODUCTION**

The right to health has for long held its place within the main international instruments and human rights treaties, although for a long time it remained restricted to concise and superficial mentions, inasmuch as its distinctive characteristics and extension remained barely explored, both in the scholarly and international law fields. Relevant developments were made through the General Comments on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, as well as the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights, in order assure a State's obligation towards the people within its jurisdiction. However, when it comes to complying with this duty before other States, the obligation to cooperate plays an important role, especially when the right to health is confronted with other international regimes such as trade law and intellectual property rights.

Through previous global health crisis, like the HIV/AIDS epidemic and the risk of an Influenza pandemic, the right to health has evolved and further defined its limits. Nonetheless, in previous health crisis, has international law guaranteed the right to equitable access of all States to medicines, vaccines and treatments? Is the international framework on the right to health enough to face global crisis?

## **2. HEALTH AS A HUMAN RIGHT**

In International Law, the right to health is explicitly assured in several instruments and human rights treaties. Its relevance in the maintenance of peace and security is recognized in the United



Nations Charter, as it affirms the UN's duty to promote, among others, solutions of international health<sup>1</sup>. As a result, in 1946, came the establishment and Constitution of the World Health Organization, which crystallized the fundamental right of every human being to the highest attainable standard of health. In accordance to its preamble, health is not only the absence of infirmity, but the concept also encompasses a state of complete physical, mental and social well-being<sup>2</sup>.

It was again recognized in the Universal Declaration of Human Rights, although it was included among other social and economic rights and was not described in much detail<sup>3</sup>. As for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) of 1966, the right to health was granted independent, but still very concise, considerations. According to the Covenant, the full realization of the right to health shall include all the steps necessary to achieve the prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and others diseases<sup>4</sup>.

It was only in 2000 that the CESCR General Comment No. 14 was adopted in order to enlighten the concept of the "right to the highest attainable standard of health" enshrined in Article 12 of the International Covenant on Social, Cultural and Economic Rights. General Comments are regularly issued by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, whilst authoritative, are not binding upon Party States, but aim to clarify the nature and content of the rights provided for in the Covenant<sup>5</sup>. In regards to the normative aspect, the Comment highlights that the concept takes into account both the individual's biological and socio-eco-

---

1 UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. 1 UNTS XVI, 24 October 1945, Article 55.

2 UNITED NATIONS. *Constitution of the World Health Organization*. Treaty Series, vol. 14, 7 April 1948, p. 185, Preamble.

3 UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. UNGA Res217A(III), UNDocA/810, 10 December 1948. See article 25(1).

4 UN GENERAL ASSEMBLY. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. United Nations, Treaty Series, vol. 993, 16 December 1966, p. 3, art. 12 (2) (c).

5 HOGERZEIL, Hans V. *Essential medicines and human rights: what can they learn from each other?*. Bulletin of the World Health Organization, May 2006, 84 (5), p. 372. Available at: <<https://www.scielosp.org/article/bwho/2006.v84n5/371-375/en/>>. Access on: 2 August 2020.

conomic preconditions and the State's available resources<sup>6</sup>. Thus, the right to health comprises the essential elements of availability, accessibility, acceptability and quality.

Firstly, there must be available health-care facilities, goods, services and programs, in sufficient quantity, including essential drugs, as listed by the WHO Action Programme on Essential Drugs. As for accessibility within a country's jurisdiction, it implies non-discrimination, affordability, as well as, information and physical accessibility. The last essential element to the right to health is quality, inasmuch as facilities, goods and services must be culturally acceptable, of good quality and scientifically and medically appropriate.

Concerning article 12.2 (c) (right to prevention, treatment and control of diseases), the Comment understands the control of diseases as the

“State's individual and joint efforts to, inter alia, make available relevant technologies, using and improving epidemiological surveillance and data collection on a disaggregated basis, the implementation or enhancement of immunization programmes and other strategies of infectious disease control”<sup>7</sup>.

As inherent to human rights, health imposes three cumulative types of obligations on States: to respect, that is, to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right to health; to protect, taking measures to prevent non-state actors from hindering the enjoyment of such right, for instance, ensuring that the privatization of the health sector does not threaten the availability, accessibility, acceptability and quality of goods and services; and to fulfil, i.e., to facilitate, provide and promote the appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures towards the materialization of the right to health<sup>8</sup>.

6 UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*. E/C. 12/2000/4, 11 August 2000, paragraph 9. Available at: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>>. Access on: 02 August 2020.

7 UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*. E/C. 12/2000/4, 11 August 2000, paragraph 16. Available at: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>>. Access on: 02 August 2020.

8 UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the*

In this sense, it is important to note that the responsibilities towards the realization of the right to health also belong to all members of society, including the private business sector. Thus, States Party to the ICESCR have the obligation to facilitate that the all members of the community comply with the right to health. Insofar, the violations of the right to health may derive from acts of the State or acts of entities that should have been under the State's regulation. Violations may also derive from the State's omission or failure to take the necessary steps towards the full realization of the highest attainable standard of health<sup>9</sup>.

Many conducts have been explicitly recognized by the Committee as violations of the right to health, the most relevant for the purposes of this work are as follows: the deliberate withholding or misrepresentation of information vital to health protection or treatment; the suspension of legislation or the adoption of laws or policies that interfere with the enjoyment of any of the components of the right to health; the failure of the State to take into account its legal obligations regarding the right to health when entering into bilateral or multilateral agreements with other States, international organizations and other entities, such as multinational corporations; the failure to regulate the activities of corporations so as to prevent them from violating the right to health of others; insufficient expenditure or misallocation of public resources which results in the non-enjoyment of the right to health by individuals or groups, particularly the vulnerable or marginalized; and the failure to monitor the realization of the right to health at the national level, among others<sup>10</sup>.

Subsequent treaties continued to protect the fundamental right to health in respect to specific groups, such as the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the Convention on the Rights of the Child, the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, among oth-

---

*Covenant*). E/C. 12/2000/4, 11 August 2000, paragraphs 33-35. Available at: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>>. Access on: 02 August 2020.

9 *Ibidem*, paragraphs 14, 42 and 48.

10 *Ibidem*, paragraphs 50-52.

ers<sup>11</sup>. It is also crystallized in regional human rights instruments, such as the European Social Charter, the African Charter on Human and People's Rights, the African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

At the Inter-American level, whilst the 1969 American Convention on Human Rights did not elaborate on the right to health<sup>12</sup>, its Additional Protocol of 1988 in the area of Economic, Social and Cultural Rights gives a thorough definition of the right to health, including the immunization and prevention of infectious diseases, as well as the education of the population<sup>13</sup>. Nonetheless, it shall be emphasized that a State's obligations under the Pact of San Jose are owed to the people within its own jurisdiction and is not a duty before other countries. As it happens, human rights treaties do not completely fall within the paradigm of reciprocity between States as is the case of other Public International Law treaties, since they are for the benefit of the people within a State's jurisdiction<sup>14</sup>. As stated by the Inter-American Court of Human Rights, in human rights treaties, States submit themselves to obligations not before another State, but towards the people within their jurisdiction<sup>15</sup>.

### 3. THE OBLIGATION TO COOPERATE

Despite human rights obligations being directed towards individuals, the consolidation of health as a human right asserts it not as a matter of private interest to the individual or to the State,

11 TOBIN, John. *The Right to Health in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 18-19.

12 OAS. *American Convention on Human Rights*. Treaty Series, No. 36, San Jose: Organization of American States, 1969. See articles 12, 13, 15, 16 and 22.

13 OAS. *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights* ("Protocol of San Salvador"). A-52, 16 November 1999, Article 10.

14 HUNT, Paul. *Interpreting the International Right to Health in a Human Rights-Based Approach to Health*. *Health and Human Rights Journal*, 2016, 18(2), p. 109-130. Available at: <<https://www.hhrjournal.org/2016/12/interpreting-the-international-right-to-health-in-a-human-rights-based-approach-to-health/>>. Access on: 02 August 2020.

15 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention On Human Rights (Arts. 74 And 75)*. Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights, paragraph 29.

but as a matter of social interest and worldwide implications<sup>16</sup>. In that sense, although a State's main responsibility is to secure the right to health within its jurisdiction, it is a shared responsibility, involving equitable access to essential care and collective defense against transnational threats<sup>17</sup>.

Cooperation is not an imposition restricted to health or human rights, but resides at the very core of the international law system. Article 1 of United Nations Charter lists, amid the organization's purposes, the achievement of international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural or humanitarian character. In pursuit of the solution of health related problems, this purpose is reiterated as the Charter imposes on its members the obligation to take joint and separate action in cooperation with the Organization<sup>18</sup>. While an obligation that applies to all Members, it is especially incumbent upon States that are more able to assist others<sup>19</sup>. The Universal Declaration on Human Rights, at its turn, goes on to ensure that everyone is entitled to a social and international order in which the rights enshrined in the document can be fully realized<sup>20</sup>.

In specific regards to the right to health, the WHO Constitution sets an important foundation for the recognition and implementation of the right to health by addressing it as a global issue that demands the fullest cooperation of individuals and States. It firmly declares that the unequal development in different countries in the promotion of health and control of disease is a common danger, inasmuch as the extension to all peoples of the benefits of

16 WHO. *Official Records of the World Health Organization No. 2: Summary Report on Proceedings and Final Acts of the International Health Conference Held in New York from 19 June to 22 July 1946*. Geneva: WHO Interim Commission, p. 67.

17 TOBIN, John. *The Right to Health in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 325.

18 UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. 1 UNTS XVI, 24 October 1945, Articles 55-56.

19 UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*. E/1991/23, 14 December 1990, paragraph 14. Available at: <<https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>>. Access on: 02 August 2020.

20 UN GENERAL ASSEMBLY. *Universal Declaration of Human Rights*. Resolution 217 A(III), 10 December 1948, Article 28. See also Article 22.

medical, psychological and related knowledge is essential to the fullest attainment of health<sup>21</sup>.

The Declaration of Alma-Ata, based on the International Conference on Primary Health Care of 1978, already firmly stated that the disparities in the health status of people in developed and developing countries is unacceptable, inasmuch as all countries should cooperate in spirit of partnership and service, considering that “the attainment of health in any one country directly concerns and benefits every other country”<sup>22</sup>.

Within the ICESCR framework, specifically, Article 2 (1) of the Covenant affirms that, in order to fully realize the rights thereby enshrined, the State Parties shall undertake steps individually or through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of available resources<sup>23</sup>, which includes both national resources and those available from the international community<sup>24</sup>. In that sense, the right to health is not only an obligation owed within a State’s national jurisdiction, it also encompasses international obligations<sup>25</sup>.

According to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, States must facilitate access to essential health facilities, goods and services to other countries and provide the necessary aid, depending on the availability of resources, as well as, refraining from imposing measures that restrict the supply of another State with adequate medicines and medical equipment. The duty

21 UNITED NATIONS. *Constitution of the World Health Organization*. Treaty Series, vol. 14, 7 April 1948, p. 185, Preamble.

22 UNICEF; WHO. *Declaration of Alma Ata: International Conference on Primary Health Care, Alma Ata, USSR, 6-12 September 1978*. Geneva: WHO, 1978, Article IX. Available at: <[https://www.who.int/publications/almaata\\_declaration\\_en.pdf?ua=1](https://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf?ua=1)>. Access on: 02 August 2020.

23 UN GENERAL ASSEMBLY. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. United Nations, Treaty Series, vol. 993, 16 December 1966, p. 3, Articles 2, 11, 15, 22 and 23.

24 UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*. E/1991/23, 14 December 1990, paragraph 13. Available at: <<https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>>. Access on: 02 August 2020.

25 UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*. E/C. 12/2000/4, 11 August 2000, paragraphs 38 and following. Available at: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>>. Access on: 02 August 2020.

to cooperate becomes even greater in times of emergency, demanding the assistance of each State to the maximum of its capacities. The Committee emphasizes that special attention shall be given to disasters that are easily transmissible beyond the State's borders, as give rise to the collective responsibility of the international community, specially of the economically developed States<sup>26</sup>.

In this sense, this broad obligation to promote and encourage international cooperation must consist of three underlying obligations, similar to the three dimensions of the implementation of human rights: Firstly, States should refrain from measures that undermine an individual's enjoyment of the right to health in another State. Secondly, States have the obligation to prevent non-state actors from threatening this right of individuals in another State. Lastly, there is the obligation to take measures, individual and collective, to assist another State in realizing the right to health for its individuals<sup>27</sup>.

#### **4. EQUITABLE ACCESS TO HEALTH DURING GLOBAL CRISIS**

The right to health is a shared responsibility of States, demanding equitable access to essential care and a collective defense against transnational threats<sup>28</sup>. However, despite a considerable recognition of the international and cooperative character of the right to health, there remains an important gap as to the extension of this obligation, especially when it may come into conflict with international trade law and intellectual property rights, as it can be observed from previous global health crisis, such as HIV/AIDS and influenza outbreaks.

##### **4.1. Compulsory licenses and the HIV/Aids epidemic**

The pharmaceutical industry plays a relevant role in the development of medicines and vaccines when it comes to the fight against diseases and epidemics. These manufacturers require a profitable return to the treatments created, while the governments,

---

26 *Ibidem*, paragraphs 39-41.

27 TOBIN, John. *The Right to Health in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 331.

28 *Ibidem*, p. 350.

on the other hand, are under the obligation to ensure accessibility and affordability of goods and services. The HIV/AIDS epidemic is an example of necessity for State regulation of the private sector in order to ensure affordability<sup>29</sup>. At the height of the HIV epidemic, its impacts were aggravated by the exceedingly high cost of treatment and antiretroviral drugs (“ARVs”), creating disparities and inequitable access both nationally and internationally. In the early 2000’s, HIV had already become a manageable illness in developed countries, whereas in developing countries, which at the time held ninety percent of infected people, AIDS was still a death sentence<sup>30</sup>.

One of the greatest reasons appointed for such high costs were the provisions of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, also known as TRIPS, and the national legislations it inspired, which enabled pharmaceutical companies to exercise monopoly control of pricing. In 2001, after the Brazilian government allowed the local production of generics if foreign patented manufacturers did not drastically reduce or start production in Brazil, the WTO stated that the TRIPS agreement should not be used to undermine members States rights and duties to protect public health. The TRIPS Council then went on to postpone until 2006 the transition period during which least developed countries did not need to assure patent protection for pharmaceuticals<sup>31</sup>.

TRIPS, itself, allows for flexibility on patent protection in order to prioritize public health interests, such as compulsory licensing and parallel importing<sup>32</sup>. Compulsory licenses may be given by a government in order to allow the use of an Intellectual Property right, even without the holder’s consent, through the payment of adequate remuneration<sup>33</sup>. Each State has the right to determine

29 UBEROI, Diya. *Learning from the Past: COVID-19 and Affordable Health Treatment*. Health and Human Rights Journal, 24 June 2020, p. 2. Available at: <<https://www.hhrjournal.org/2020/06/learning-from-the-past-covid-19-and-affordable-health-treatment/>>. Access on: 02 August 2020.

30 FERREIRA, Lissett. *Access to Affordable HIV/AIDS Drugs: The Human Rights Obligations of Multinational Pharmaceutical Corporations*. 71 Fordham L. Rev. 1133, 2002, p. 1133.

31 PATTERSON, David; LONDON, Leslie. *International law, human rights and HIV/AIDS*. Bulletin of the World Health Organization, 80: 964-969, 2002, p. 966. Available at: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/71665>>. Access on: 02 August 2020.

32 FERREIRA, Lissett. *Access to Affordable HIV/AIDS Drugs: The Human Rights Obligations of Multinational Pharmaceutical Corporations*. 71 Fordham L. Rev. 1133, 2002, p. 1135.

33 WTO. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197, 1994, Article 31.



the grounds upon which compulsory licenses shall be granted and to determine what constitutes a national emergency or extremely urgent circumstances, it being understood that public health crisis, such as epidemics may fall within that concept<sup>34</sup>. This mechanism was invoked by several countries in regards to the production of HIV/AIDS drugs and treatments, such as Thailand, Mozambique, Zambia, Zimbabwe, Indonesia, Malaysia and Brazil<sup>35</sup>.

In Malaysia's case, for instance, after three years of several failed negotiation attempts with pharmaceutical companies, in 2004 the government decided to issue a compulsory license, which reduced the cost of three medicines by 81%, expanding over two times its treatment capacity. The measure, however, caused many lawsuits by patent holders and even intervention by the United States of America, which signed a bilateral free trade agreement so as to discourage future compulsory licenses by Malaysia. As for Brazil, the threat of issuing compulsory licenses was, in itself, enough to negotiate considerable discounts on ARVs<sup>36</sup>.

Whilst the WTO TRIPS agreement deserves recognition for helping in the creation of minimum intellectual property standards worldwide, its provisions on flexibilities in face of public health may not always be sufficient to ensure the equitable access to medicines and treatments, especially when a country does not have the means or structure for the production of generics.

#### **4.2. Access to influenza vaccines and “viral sovereignty”**

In 2006, during the spread of the avian influenza virus A (H5N1) and amid fears of a pandemic influenza, Indonesia sparked a global health crisis as it decided not to share virus samples with the World Health Organization. According to the Indonesian

34 WTO. *Declaration on the TRIPS agreement and public health*. Doha WTO Ministerial 2001, TRIPS WT/MIN(01)/DEC/2, 2001, paragraph 5 (c).

35 WHO. *Access to affordable medicines for HIV/AIDS and hepatitis: the intellectual property rights context*. India: WHO Regional Office for South-East Asia, 2014, p. 4. Available at: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204741/B5144.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Access on: 02 August 2020.

36 WHO. *Access to affordable medicines for HIV/AIDS and hepatitis: the intellectual property rights context*. India: WHO Regional Office for South-East Asia, 2014, p. 4. Available at: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204741/B5144.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Access on: 02 August 2020.

government, developing countries would provide virus samples to the Global Influenza Surveillance Network (GISN), operated by the WHO, which would then be freely available to pharmaceutical companies. These companies would, then, exploit the samples and patent the resulting products, which would then be sold at prices that the developing countries could not afford<sup>37</sup>.

Indonesia argued the Convention on Biological Diversity guaranteed its sovereign right to determine and restrict access to genetic resources found within its jurisdiction<sup>38</sup>. It may be argued, nonetheless, that the avian influenza viruses were not encompassed by the Convention's object and purpose, which focused on the protection of biodiversity, whereas the virus was regarded by the international community as threat to biodiversity<sup>39</sup>.

From the standoff, resulted the World Health Assembly and Resolution on 'Pandemic influenza preparedness: sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits'. The Resolution requested the Director-General to elaborate frameworks and mechanism to ensure fair and equitable sharing of benefits, in support of public health, including financing mechanisms to allow affordability of vaccines and facilitation of acquisition by developing countries of capacity for manufacturing. The Resolution also proposed the establishment of an international stockpile of vaccines for H5N1 or other influenza viruses of pandemic potential<sup>40</sup>.

## 5 CONCLUSION

The international framework on the right to health extensively covers the control and prevention of diseases and epidemics as part of States' obligations. However, as a human right, its

37 FIDLER, David P. *Influenza Virus Samples, International Law, and Global Health Diplomacy*. *Emerging Infectious Diseases*, 2008, 14(1):88-94. Available at: <<https://dx.doi.org/10.3201/eid1401.070700>>. Access on: 02 August 2020.

38 UNITED NATIONS. *Convention on Biological Diversity*. UN Treaty Series. 1760;143, 1993.

39 FIDLER, David P. *Influenza Virus Samples, International Law, and Global Health Diplomacy*. *Emerging Infectious Diseases*, 2008, 14(1), p.90-91. Available at: <<https://dx.doi.org/10.3201/eid1401.070700>>. Access on: 02 August 2020.

40 WORLD HEALTH ASSEMBLY. *Pandemic influenza preparedness: sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*. WHA60.28, 23 May 2007.

binding character is usually argued in face of violations towards the people within a country's jurisdiction and not often between States. Whist cooperation between nations is a principle in International Law, when it comes to the right to health it maintains a non-binding character. General Comment No. 14 regarding the International Covenant on Social, Cultural and Economic Rights, although carrying extensive and important provisions on the right to health and duty to cooperate, does not bind the parties to the Covenant.

The weakness of the obligation to cooperate set in the international framework becomes evident in the HIV/AIDS and Influenza crisis, when the greatest obstacles to achieving worldwide access to treatment or vaccine were the Intellectual Property rights granted to pharmaceutical companies. Although the TRIPS Agreement provides enough flexibilities for its Party States to deploy the compulsory licensing mechanism as an important tool to ensure access to treatments and medicines, they only suffice for countries with enough manufacturing capacity. Many countries without the capacity and infrastructure to produce their own drugs and vaccines remain dependent on international cooperation, the creation of funds and low-cost of goods.

Thus, it becomes evident that there are sufficient international instruments and principles to guarantee the right to equitable access of States to medicines and treatments and to confront efficiently global health crisis, but not enough to enforce it. The provisions on TRIPS and decisions by the World Trade Organization leave enough room for Intellectual Property rights to be used in protection of public health. Additionally, the obligations to secure health also belong to non-state actors, in a sense that pharmaceutical companies must engage in the diplomatic and legal attempts to achieve equitable access. Nonetheless, in practice, the duty to cooperate, essential to the right to health, has not been materialized. As it seems, even when facing extensive health crisis, trade and economic interest still exert significant power on the State's decisions, initially leveraging the interests of the private sector against global health before attempting to find equitable solutions.

## REFERENCES

- FERREIRA, Lissett. *Access to Affordable HIV/AIDS Drugs: The Human Rights Obligations of Multinational Pharmaceutical Corporations*. 71 Fordham L. Rev. 1133, 2002.
- FIDLER, David P. *Influenza Virus Samples, International Law, and Global Health Diplomacy*. *Emerging Infectious Diseases*, 2008, 14(1):88-94. Available at: <<https://dx.doi.org/10.3201/eid1401.070700>>. Access on: 02 August 2020.
- HOGERZEIL, Hans V. *Essential medicines and human rights: what can they learn from each other?*. *Bulletin of the World Health Organization*, May 2006, 84 (5). Available at: <<https://www.scielo.org/article/bwho/2006.v84n5/371-375/en/>>. Access on: 2 August 2020.
- HUNT, Paul. *Interpreting the International Right to Health in a Human Rights-Based Approach to Health*. *Health and Human Rights Journal*, 2016, 18(2), p. 109-130. Available at: <<https://www.hhrjournal.org/2016/12/interpreting-the-international-right-to-health-in-a-human-rights-based-approach-to-health/>>. Access on: 02 August 2020.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention On Human Rights (Arts. 74 And 75)*. Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights.
- OAS. *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights ("Protocol of San Salvador")*. A-52, 16 November 1999.
- OAS. *American Convention on Human Rights*. Treaty Series, No. 36, San Jose: Organization of American States, 1969.
- PATTERSON, David; LONDON, Leslie. *International law, human rights and HIV/AIDS*. *Bulletin of the World Health Organization*, 80: 964-969, 2002. Available at: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/71665>>. Access on: 02 August 2020.
- TOBIN, John. *The Right to Health in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012.
- UBEROI, Diya. *Learning from the Past: COVID-19 and Affordable Health Treatment*. *Health and Human Rights Journal*, 24 June 2020. Available at: <<https://www.hhrjournal.org/2020/06/learning-from-the-past-covid-19-and-affordable-health-treatment/>>. Access on: 02 August 2020.

- UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*. E/C. 12/2000/4, 11 August 2000. Available at: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>>. Access on: 02 August 2020.
- UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*. E/1991/23, 14 December 1990. Available at: <<https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>>. Access on: 02 August 2020.
- UN GENERAL ASSEMBLY. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. United Nations, Treaty Series, vol. 993, 16 December 1966.
- UN GENERAL ASSEMBLY. *Universal Declaration of Human Rights*. Resolution 217 A(III), 10 December 1948.
- UNICEF; WHO. *Declaration of Alma Ata: International Conference on Primary Health Care, Alma Ata, USSR, 6-12 September 1978*. Geneva: WHO, 1978, Article IX. Available at: <[https://www.who.int/publications/almaata\\_declaration\\_en.pdf?ua=1](https://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf?ua=1)>. Access on: 02 August 2020.
- UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. 1 UNTS XVI, 24 October 1945.
- UNITED NATIONS. *Constitution of the World Health Organization*. Treaty Series, vol. 14, 7 April 1948, p. 185.
- United Nations. *Convention on Biological Diversity*. UN Treaty Series. 1760;143, 1993.
- UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. UNGA Res217A(III), UNDocA/810, 10 December 1948.
- WHO. *Access to affordable medicines for HIV/AIDS and hepatitis: the intellectual property rights context*. India: WHO Regional Office for South-East Asia, 2014. Available at: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204741/B5144.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Access on: 02 August 2020.
- WHO. *Official Records of the World Health Organization No. 2: Summary Report on Proceedings and Final Acts of the International Health Conference Held in New York from 19 June to 22 July 1946*. Geneva: WHO Interim Commission.
- WORLD HEALTH ASSEMBLY. *Pandemic influenza preparedness: sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*. WHA60.28, 23 May 2007.

WTO. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197, 1994.

WTO. *Declaration on the TRIPS agreement and public health*. Doha WTO Ministerial 2001, TRIPS WT/MIN(01)/DEC/2, 2001.

# Capítulo VI

Negócios Jurídicos Processuais em  
matéria tributária: a importância  
da mudança de paradigma relativa  
à forma de recuperação do crédito  
público por parte da Fazenda Pública

**Maria Lucia Oliveira Santos**

Graduanda em Direito pela UNIFACS





# Negócios Jurídicos Processuais em matéria tributária: a importância da mudança de paradigma relativa à forma de recuperação do crédito público por parte da Fazenda Pública

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo analisar as possibilidades de o Negócio Jurídico Processual em matéria tributária fomentar mudanças na relação Fisco-contribuinte no que tange a uma melhor recuperação do crédito público sem a necessidade de adoção extremadas de medidas judiciais. Para tanto, traz em seu bojo, as modalidades adotadas no âmbito da Fazenda Nacional, analisando as hipóteses de inserção dos negócios jurídicos processuais, formas, vedações, por meio das Portarias nºs. 33/2018, 360/2016 e 742/2018 como meio de desburocratização dos processos de execuções que por muito tempo perdura no judiciário.

**Palavras-chave:** Negócio Jurídico Processual. Relação Fisco-Contribuinte. Recuperação de Crédito Público Fiscal.

**Sumário:** 1.Introdução. 2.Negocios jurídicos processuais e o novo CPC. 3.A relação fisco-contribuinte. 4. Negócio jurídico processual em matéria tributária. 5.Considerações Finais.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Para que o Estado possa cumprir a sua função social elencada na Carta Magna, mister se faz a necessidade de captação de recursos por meio da tributação. Ou seja, para que o Estado possa cumprir deveres mínimos, ele retira dos contribuintes os respectivos recursos que sejam suficientes para manutenção destes deveres.

Com isso, a relação jurídica fisco-contribuinte se estabelece numa relação de desigualdade ocasionando, por vezes, litígios que se perpetuam no judiciário para recuperação do crédito tributário e, conseqüentemente, inviabilizando a manutenção da atividade empresarial. Essa histórica relação conflituosa estado e contribuinte tem dificultado a arrecadação do crédito tributário.

Com o instituto do negócio jurídico processual previsto no art. 190 do CPC que permite às partes estipularem mudanças nos procedimentos processuais ajustando-os à especificidade da causa, sua aplicação em matéria tributária pode trazer um modelo cooperativo de modo a facilitar o diálogo contribuinte e fazenda pública, estreitado diante da figura do negócio jurídico processual.

Assim, o presente artigo objetiva trazer a discussão da viabilidade da implantação de negócios jurídicos processuais e sua importância da mudança de paradigma relativa à forma de recuperação do crédito público por parte da Fazenda Pública.

## 2. NEGOCIOS JURIDICOS PROCESSUAIS E O NOVO CPC

O novo Código de Processo Civil trouxe como inovação no procedimento processual que foi a teoria dos negócios jurídicos processuais. Negócio Processual, nos dizeres de Fredie Didier<sup>1</sup>, é o fato jurídico voluntário, cujo suporte fático, se reconhece ao sujeito o poder de regular certas situações jurídicas processuais.

A ideia do negócio jurídico processual tem ligação direta com o princípio da cooperação, o qual, mediante um esforço comum, as partes podem solucionar o litígio, optando, dentre os mais diversos procedimentos, a escolha do procedimento a seguido.

---

1 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 439.

O ajuste no processo pode ocorrer em qualquer fase, porém, a alteração convencional de alguns procedimentos é limitado, devendo atender à alguns requisitos, tais como: a) a causa deve versar sobre direitos que admitam a autocomposição; b) as partes devem ser plenamente capazes. c) a convenção deve limitar-se ao ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Por outro lado, é vedado às partes vetar a iniciativa de prova do juiz controle dos pressupostos processuais e das condições da ação. Em verdade que a participação do juiz nos negócios jurídicos processuais está em controlar as convenções pactuadas pelas partes, recusando-lhes aplicação quando nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade(art. 190, par. Único).

A regra é que o negócio jurídico não se submeta se submeta a conveniência do juiz. Prevalece a regra da autonomia da vontade das partes, muito embora, o fato de ser submetida a controle, não desnatura o ato como negócio<sup>2</sup> Limita-se este a um exame de validade do acordo, justificado pela sua vinculação à eficácia do negócio praticado pelas partes.<sup>3</sup> O papel do juiz , nos negócios jurídicos processuais é tornar válido e eficaz sendo, em alguns casos, necessário ser homologados pelo juiz, a exemplo, a desistência da ação(art. 200,par, único., CPC).

O negócio jurídico processual, atendendo ao disposto na legislação, também constitui uma fonte de norma jurídica processual, vinculando o órgão julgador e pode ser dar de forma previa ou incidental(antes do ajuizamento da ação) como nos casos das convenções arbitrais, a eleição negocial de foro(art.63, do CPC) ou como incidente em um processo já em curso a versar sobre renúncia a prazo(art.225, do CPC), organização consensual do processo(art. 357,§2º ), a convenção sobre ônus da prova(art.373,§3º e 4º ), a escolha consensual do perito(art.471, do CPC), dentro muitos outros previstos no Código de Processo Civil. Como bem ensina Fredie Didier, “enquanto houver litispendência, será possível negociar sobre

---

2 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 442

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. I*, 59ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 495.

processo. Tudo vai depender do objeto da negociação”<sup>4</sup>. Estes são os chamados “negócios jurídicos típicos”.

Contudo, o fato de estarem expressamente previstos, não constituem óbice à negociação entre as partes, desde que o façam de modo a não violar aquilo que já se encontra normatizado no direito positivo<sup>5</sup>, a exemplo do calendário processual (art.191,do CPC), que uma vez definido, as partes não precisam ser intimadas para comparecer aos atos ou executá-los, sendo a participação do juiz fundamental.

Há também os chamados negócios jurídicos atípicos, os quais tem por objeto situações jurídicas processuais como ônus, deveres, poderes, faculdades. Aqui não se negocia o objeto litigioso do processo e sim normas processuais(art. 190, do CPC) como no caso da negociação em matéria tributária.

### 3. A RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE

O Estado enquanto soberano tem o direito de exigir que, para atender às necessidades de toda coletividade, o cidadão forneça recursos. Este fenômeno é denominado de *tributação*.

Para entender esta soberania plena do Estado, é necessário compreender o conceito de soberania. No dicionário de Celso Pedro Luft, “*Qualidade de soberano; autoridade suprema. 2.Conjunto de direitos de um Estado Autônomo.* ” Observa-se já no significado da própria palavra que o Estado possui um direito subjetivo dispor sobre determinados assuntos de seu interesse.

Neste diapasão, define Bastos<sup>6</sup>

Soberania é o atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado. Um Estado não deve obediência jurídica a nenhum outro Estado. Isso o coloca, pois, numa posição de coordenação com os demais integrantes da cena internacional e de superioridade dentro do seu próprio

4 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20<sup>a</sup> ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 447

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. I*, 59<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 498.

6 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Malheiros,2010, p.225-226.

território, daí ser possível dizer da soberania que é um poder que não encontra nenhum outro acima dela na arena internacional e nenhum outro que lhe seja nem mesmo em igual nível na ordem interna.

A autonomia, por outro lado, é a margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito. Daí porque se falar que os Estados-Membros são autônomos, ou que os municípios são autônomos: ambos atuam dentro de um quadro ou de uma moldura jurídica definida pela Constituição Federal. Autonomia, pois, não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre, princípios fixados na Constituição.

Hugo de Brito Machado<sup>7</sup>, resume esta soberania do Estado como uma “vontade superior às vontades individuais” e corrobora que “o poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania Estatal, ou uma parcela desta”.

Entendem alguns autores que a relação entre o fisco e o contribuinte é uma relação jurídica, regida pelo Direito Público, não se vislumbrando em uma simples relação de poder, como no passado histórico da formação do Estado - uma relação de vencedores sobre vencidos. Esta relação carece de legalidade, constituídas, pois em normas constitucionais que conferem a competência para tributar os entes federados.

O poder de tributar é delimitado, razão pela qual, deve atender aos ditames constitucionais, respeitando os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Para Hugo de Brito Machado, este poder se justifica conforme a concepção que se adote do próprio Estado. Rechaça entender-se a relação jurídica como uma relação de poder, definindo esta relação como “aquela que nasce, desenvolve-se e se extingue segundo a vontade do poderoso” enquanto a relação jurídica como aquela que “nasce, desenvolve-se e se extingue segundo regras preestabelecidas”.

Hugo de Brito traz ainda uma ideia mais ampla de que os próprios indivíduos, ao elegerem seus representantes, consentem na

---

7 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010,p.27.

instituição do tributo bem como, a elaboração de todas as regras jurídicas que regem a nação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através de seus artigos 153, 155 e 156, tratou de forma pormenorizada a matéria tributária, ao conceder às pessoas jurídicas de direito público a competência para criar tributos, majorar, bem como reduzir a tributação, delimitando o campo de incidência de cada um dos tributos a serem instituídos por meio da competência tributária concedida.

De igual modo, tratou das garantias ao contribuinte como forma de prevenção desta competência tributária ao estabelecer limites ao poder de tributar em seu artigo 150, através dos princípios da legalidade, da isonomia, da irretroatividade da lei tributária, da anterioridade, da uniformidade em todo território nacional e da vedação do confisco. Cuidou a Constituição Federal através destes princípios, dar segurança jurídica ao contribuinte com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o exercício da cidadania (art. 1º, II), justiça social (art. 3º, I) e o direito à propriedade (art. 5º).

O legislador, aqui, procurou minimizar ao máximo os efeitos da tributação sobre o contribuinte. Criou institutos na Carta magna, visando impedir que o Poder Estadual tenha uma acentuada natureza confiscatória sobre o contribuinte. Estes direitos fundamentais conquistados tornam-se verdadeiros lindes ao poder de tributar do Estado constituindo-se num chamado doutrinariamente de *Estatuto do Contribuinte*<sup>8</sup>, um conjunto de normas que regula a relação entre o contribuinte e o Estado.

Obedecidas estas limitações constitucionais, as normas complementares, ficou ao encargo do legislador ordinário instituir o tributo, executar leis e atos em matéria tributária com fulcro no

---

8 Paulo de Barros Carvalho define o estatuto do contribuinte, "ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre matéria tributária, que, positiva ou negativamente, estipulam direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões do Estado (aqui utilizado em sua acepção mais ampla e abrangente - *entidade tributante*). E quaisquer desses direitos, deveres e obrigações, porventura encontrados em outros níveis da escala jurídico-normativa, terão de achar respaldo de validade naqueles imperativos supremos, sob pena de flagrante injuridicidade". (Curso de Direito Constitucional Tributário, p.477)

princípio da legalidade, definindo o sujeito ativo da relação tributária e ao sujeito passivo (contribuinte) o qual tem o dever contribuir.

Com efeito, conclui assertivamente Hugo de Brito Machado<sup>9</sup> ao dizer que:

“(...) a relação tributaria decorre, sim, do poder estatal, no sentido de que ela é o veículo de realização do poder de tributar e embora em cada caso seu nascimento, seu desenvolvimento e sua extinção devam se dar de acordo com a lei, afinal, é o Estado que faz a lei, sendo o poder de tributar uma forma da sua soberania.”

Assim, a relação jurídica tributária entre o fisco e o contribuinte nasce mediante regras objetivas, no qual o Estado como soberano, busca dispor de aparelhamento indispensável à sua organização e atendimento das necessidades básicas e vitais do cidadão por meio de receitas que em grande parte reside na cobrança de tributos, em conformidade com as leis e normas instituidoras de tributos. Do outro lado, o contribuinte, sujeito também a normas, com a obrigação de *dar* no sentido de entregar recursos à Fazenda Publica

Identificados os elementos definidores da relação jurídica tributária, imperioso afirmar que toda atuação estatal com vistas à satisfação das necessidades vitais, implica compulsoriedade, pelo particular, na entrega de parcela de seu patrimônio, independentemente da sua vontade. Neste sentido, conceitualmente, introduz-se a definição dogmática de tributo inserida em nossa legislação tributária através do art.3º do Código Tributário que caracteriza o tributo como:

“Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valo nela se possa expilou, que não se constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Uma análise dos termos inseridos nesta definição evidencia que o tributo é uma *prestação compulsória*, indicando que o Estado obtém receita fazendo uso do seu poder soberano e o cidadão

9 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010,p.33

deve pagar o tributo num dever legal de cumprimento em moeda ou em valor expresso.

A expressão “prestação” pelo legislador reforça a tese de que o tributo é uma obrigação e que, uma vez pago, encerra-se o a relação jurídica entre o fisco e o contribuinte.

A doutrina apresenta várias discussões acerca da definição do tributo, não objeto deste trabalho. Trata-se aqui do tributo como objeto da relação jurídica entre o fisco e o contribuinte, assim, de modo análogo, os doutrinadores engendram qualificar a relação jurídica tributária como uma conjugação dos presentes elementos: sujeito ativo (fisco), o objeto (tributo) e o sujeito passivo (contribuinte).

Nesse contexto, a relação jurídica fisco-contribuinte se estabelece numa relação de desigualdade ocasionando, por vezes, litígios que se perpetuam no judiciário, especialmente no que tange à recuperação do crédito tributário e, conseqüentemente, em regra, inviabilizando a manutenção de certa atividade empresarial.

Essa histórica relação conflituosa estado e contribuinte tem dificultado a arrecadação do crédito tributário, razão pela qual, mudanças de paradigmas neste delicado tema se faz necessário e o Código de Processo Civil de 2015 veio oferecer meios alternativos de negociação que podem viabilizar uma maior participação dos sujeitos ativos e passivos da relação tributária.

#### **4. NEGOCIO JURIDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Com o instituto do negócio jurídico processual previsto no artigo 190 do CPC, que permite às partes estipularem mudanças nos procedimentos processuais, ajustando-os à especificidade da causa, sua aplicação em matéria tributária pode trazer um modelo cooperativo de modo a facilitar o diálogo contribuinte e fazenda pública, estreitado diante da figura do negócio jurídico processual.

Muito se discutiu se a Fazenda Pública poderia celebrar negócios jurídicos processuais em função do princípio da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público. Ambos princípios são norteadores das condutas estatais cuja finalidade da Administração é a satisfação das necessidades coletivas



e com isso, tais princípios definem limites e decorrem do fato da impossibilidade de abrir mão do interesse público<sup>10</sup>.

Hoje não mais se discute a possibilidade de negócio jurídico no âmbito da Fazenda Pública pertinente à indisponibilidade do interesse público, haja vista que, vencida esta discussão, o ente público, pode, nos limites da lei, mitigar este princípio para *aplicação de métodos alternativos de solução de controvérsias, desde que adequados à promoção das garantias constitucionais de acesso à ordem jurídica justa e duração razoável do processo, e principalmente, a eficiência na Administração Pública*<sup>11</sup>.

Ademais, a negociação processual envolvendo a Administração Pública subordina-se a uma decisão administrativa prévia e devidamente autorizada<sup>12</sup>. Portanto, a possibilidade da Fazenda Pública realizar negócios jurídicos processuais não se vislumbra óbice a utilização também em processos tributários.

Com efeito, em se tratando de tema novo neste ramo do Direito, a matéria está aos poucos está sendo regulada. No que diz respeito aos entes federais, a Lei Complementar nº 73/1993 já autorizava seus agentes a transigir, firmar compromissos, conciliar, enfim, atuar em nome do ente federal a fim de melhor resolver as demandas, no resguardo do interesse público:

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

.....

VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.

Em matéria tributária, o próprio Código Tributário Nacional vislumbra a hipótese de celebração de transação para extinção do crédito tributário:

10 CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 6ª ed ver,atual,, e ampl., Salvador: JusPodvim, 2019, p.,62-65.

11 GASPAR, Flavia Soraia Maya Bandeira Lima. *Limites e possibilidades do negócio jurídico em matéria tributária*. Monografia(Graduação). Curso de Direito. Universidade Federal Rural do Semi-Arido. Mossoró: 2019.

12 A celebração de um negócio jurídico processual pela Administração Pública é, em regra, resultado de uma decisão administrativa prévia tomada por um agente público. Há, portanto, de se investigar qual(quais) a(s) influência(s) que os requisitos do ato administrativo exercem sobre a validade do negócio celebrado. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Capítulo 4: o regime jurídico de negociação processual envolvendo o Poder Público.

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário. Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

O instituto da transação em matéria tributária, desde da elaboração do Condigo Tributaria Nacional, já tinha como objetivo a resolução de controvérsias por meio de ajustes mútuos entre o sujeito ativo e o sujeito passivo de modo que promove a pacificação na relação, já conturbada, fisco-contribuinte.

No ano de 2016, a Procuradoria da Fazenda Nacional passou a tratar do tema de forma institucional com a edição das portarias PGFN 502/16<sup>13</sup> e 985/16<sup>14</sup>. Percebe-se que o objetivo do órgão era a racionalização de demandas em processos sobre a sua jurisdição buscando dar maior celeridade a tramitação destes e otimização dos resultados a serem alcançados pela PGFN.

Em 2018, afim de ampliar o diálogo entre o fisco e o contribuinte visando minimizar os entraves provocados pelo próprio sistema burocrático de negociação, editou as Portarias n<sup>os</sup> 33 e 360. Na portaria PGFN n<sup>o</sup>.33/2018, dispõe, em seu artigo 33, a possibilidade do órgão celebrar negócios jurídicos processuais para a recuperação de débitos em tempo razoável ou obter garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado, inclusive mediante penhora de faturamento<sup>15</sup>.

---

13 Art. 12. Fica recomendada a realização de mutirões, inclusive mediante a celebração negócios jurídicos processuais quanto à intimação por lote de temas, nos termos dos arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil, objetivando a racionalização da atuação em demandas de massa para análise do enquadramento de processos ou recursos nas hipóteses previstas nesta Portaria.

14 Art. 9º.Fica autorizada a realização de negócios jurídicos processuais entre as unidades da PGFN e os Juizados Especiais Federais, objetivando a racionalização da atuação em demandas de massa, que versem exclusivamente sobre matéria de direito, prevenendo-se a citação por Portaria do Juízo

15 Art. 38. O Procurador da Fazenda Nacional poderá celebrar Negócio Jurídico Processual visando a recuperação dos débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado, inclusive mediante penhora de faturamento, observado o procedimento disposto no regulamento expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Já com a Portaria nº.360/2018, atualizada pela Portaria nº.515/2018 a PGFN, autoriza a realização de negócios jurídicos processuais específicos, incluído a calendarização processual, no que tange aos aspectos de cumprimento de decisões judiciais; confecção ou conferência de cálculos; recursos, inclusive a sua desistência; e a forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores.

Por outro lado, esta mesma portaria vedou a utilização do instituto nas hipóteses de cujo cumprimento dependa de outro órgão, sem que se demonstre a sua anuência prévia, expressa e inequívoca; que preveja penalidade pecuniária; que envolva qualquer disposição de direito material por parte da União; que extrapole os limites dos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil; ou que gere custos adicionais à União, exceto se aprovado prévia e expressamente pela Procuradoria-Geral Adjunta competente.

No aspecto da vedação a realização de negócios jurídicos processuais que preveja penalidade pecuniária, buscou a Procuradoria, ainda mais, melhorar o dialogo fisco-contribuinte, com a adoção desta medida de não punir o contribuinte consubstanciando-se, assim, o objetivo dos negócios jurídicos processuais que é a solução por autocomposição.

Avançando mais neste propósito, ao final do ano de 2018, a PGFN editou a Portaria nº. 742, que disciplinou a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual em sede de execução fiscal, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS, ressaltando a vedação a à celebração de negócios jurídicos processuais que reduza o montante dos créditos inscritos ou implique renúncia às garantias e privilégios do crédito tributário. E para equacionamento dos débitos inscritos em dívida ativa da União, autorizou os negócios jurídicos processuais versarem sobre a calendarização da execução fiscal; plano de amortização do débito fiscal; a aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias; e o modo de constrição ou alienação de bens.

Com esta Portaria, a PGFN pretende estimular os contribuintes a, espontaneamente, buscar a resolução das questões relacionadas a garantias e débitos e execução, mediante requerimento ao órgão formulado pelos próprios contribuintes. A formulação do plano de amortização do débito fiscal permite ao contribuinte a

regularização em prazo certo, em parcelas, de modo que não comprometa a continuidade de seu negócio, diverso do que geralmente ocorre da penhora de faturamento da empresa a pedido da Fazenda Pública nas execuções fiscais. Trata-se de um acordo atípico com fulcro no artigo 190 do CPC que nos dizeres de Didier (pag. 443) é um subprincípio da atipicidade da negociação processual que serve de concretização do princípio de respeito ao auto regramento da vontade no processo.

Outro ponto crucial no avanço na melhoria da relação fisco-contribuinte foi a possibilidade da negociação com os devedores em recuperação judicial, antes preteridos pela ausência de certidão de regularidade fiscal.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando o quanto já se avançou em termos de negociação em matéria tributária no que tange a adoção de negócios jurídicos processuais na recuperação de débitos fiscais, cumpre-se evidenciar que a busca pela consensualidade, objetivo principal do Código de Processo Civil de 2015, deverá fortalecer cada vez mais a redução da cultura voltada ao litígio.

A transação e o negócio jurídico em matéria tributária são instrumentos, portanto, de uma mudança de paradigma de comportamento tanto do Estado quanto do Contribuinte. Muito embora não se tenha como mensurar a eficácia destas ações junto à Procuradoria da Fazenda Nacional por ausência de publicação de quantitativos de negócios jurídicos processuais celebrados, nota-se uma forte tendência para a implantação de solução negociada.

O instituto do negócio jurídico processual no âmbito do Direito Tributário, ainda que novo, possibilita a desburocratização de processos morosos de execuções que se arrastam por anos inviabilizando ao Estado a manutenção de deveres mínimos em prol da sociedade por arrecadação insuficiente.

De outra banda diminui os custos das transações também dos contribuintes, bem como favorece, ao mesmo tempo, a preservação do princípio do interesse público na arrecadação tributária e o princípio da preservação da empresa, fortalecendo a relação fisco-contribuinte de forma mais cooperativa menos contenciosa.

Importante que esta mudança de paradigma se amplie para os demais entes públicos de modo a propiciar um tratamento igualitário perante o ordenamento jurídico brasileiro de forma a conceder tratamentos paritários aos demais contribuintes de tributos, à luz de um critério jurídico legítimo conforme respaldado no artigo 5º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª.ed. São Paulo: Malheiros,2010.

BRASIL. Código Tributário Nacional.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015(Código de Processo Civil.

BRASIL. Portaria PGFN N°. 360, de 13 de junho de 2018, atualizada pela Portaria No.515, de 20 de agosto de 2018.

BRASIL. Portaria PGFN N° 565, de 26 de maio de 2017

BRASIL. Portaria PGFN N° 742 de 21 de dezembro de 2018.

BRASIL. Portaria PGFN N° 985, DE 18 de outubro de 2016.

BRASIL. Resolução PGE N°.4324 e 07 de janeiro de 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed ver,atual,, e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva,2011.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

GASPAR, Flavia Soraia Maya Bandeira Lima. *Limites e possibilidades do negócio jurídico em matéria tributária*. Monografia(Graduação). Curso de Direito. Universidade Federal Rural do Semi-Arido. Mossoró: 2019. Disponível em <http://repositorio.ufersa.edu.br/handle/prefix/3480>. Acesso em 16-02-2020.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

MELO, Rodrigo Tenório Tavares de, ROSENBLATT, Paulo. *O negócio jurídico processual como estratégia para a recuperação do crédito inscrito em dívida ativa: o plano de amortização de débitos fiscais*. Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018.p.257-273. Disponível em < <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/revistajuridica/revistajuridica2008/2018-revista-age-artigo13.pdf>>. Acesso em 16-02-2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINARD, Josiane. *Manual de Direito Tributário*, 2ª Edição, Salvador, JusPodivm, 2015.

NABAIS, Jose Casalta. *Solidariedade Social e Tributação*. IN *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *O dever fundamental de pagar imposto*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Político na faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina, 2004

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. I*, 59ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

# Capítulo VII

## A viabilidade de aplicação do *Punitive Damage* no Direito do Consumidor brasileiro

**Maria Luísa Teixeira Mota**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.





# A viabilidade de aplicação do *Punitive Damage* no Direito do Consumidor brasileiro

**RESUMO:** Artigo destinado a analisar se existe uma possibilidade de aplicar o punitive damage no ordenamento brasileiro, e mais especificamente no direito do consumidor. Busca-se compreender o conceito de punitive damage e seus problemas de utilização, bem como seus requisitos. Do mesmo modo, coloca-se em pauta se há a necessidade do punitive damage no direito do consumidor e os entendimentos dos tribunais acerca do assunto.

**Palavras-chave:** Aplicabilidade do punitive damage; Direito do consumidor; Punitive damage no direito do consumidor.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PUNITIVE DAMAGE; 2.1 OS PROBLEMAS QUE ENVOLVEM O PUNITIVE DAMAGE; 2.2 POSSÍVEIS REQUISITOS DA APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGE; 3 A RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR; 3.1 O PUNITIVE DAMAGE NO DIREITO DO CONSUMIDOR; 3.2 A ADOÇÃO DO PUNITIVE DAMAGE NOS TRIBUNAIS DE DIREITO DO CONSUMIDOR 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

---

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil presente no direito brasileiro é um meio pelo qual uma pessoa consegue obter uma reparação do prejuízo causado por um outro indivíduo, sendo que o dano aconte-

ce por um ato ilícito ou em algumas exceções por um ato lícito. Ademais, a lesão que o agente venha a causar pode ser tanto patrimonial como extrapatrimonial, além ser uma responsabilidade objetiva, ou seja, não analisa a culpa.

Com isso, nota-se que a responsabilidade civil é de extrema importância para o direito e isso é demonstrado quando a própria Constituição Federal de 1988 a insere no rol dos direitos fundamentais, além constarem no Direito Civil e do Consumidor.

Ademais, a responsabilidade civil possui três funções: a reparatória, a preventiva, e a punitiva (conhecida também como o *punitive damage* ou Teoria do Valor do Desestímulo). É essa última que será tratada ao longo desse trabalho, e pode-se entender o *punitive damage* como uma punição ao causador do dano para desencorajar comportamentos inadequados no sistema, e por isso pode levar a ter uma elevação nos valores das indenizações (sendo um valor maior do que seria normalmente) ou restrição de direitos do autor do dano, independente se forem danos materiais ou morais.

Entretanto, essa função não é prevista no direito brasileiro, especialmente dentro do Direito do Consumidor, que normalmente demonstra a necessidade de uma maior proteção e cuidado, por estar mais sujeito a uma vulnerabilidade.

Isso porque não se tem uma confirmação de que a aplicação do *punitive damage* traga mais benefícios do que malefícios para o direito, ou que o sistema o comporte. Ainda mais quando se pensa no Direito do Consumidor, se essa função da responsabilidade civil conseguiria cumprir um papel de uma nova proteção ao consumidor, sem trazer danos, além do previstos, para a relação consumerista.

Por isso, no presente trabalho, se busca entender o que de fato é *punitive damage*, suas vantagens e desvantagens, e se existe uma real possibilidade de aplicação dessa função punitiva nas ações indenizatórias do Direito do Consumidor.

Além disso, o método escolhido para a produção da pesquisa para a realização desse artigo é o hipotético-dedutivo, já que será necessário um levantamento de hipóteses, sobre se seria possível e se há a precisão de que o *punitive damage* se faça presente no cotidiano do judiciário brasileiro da área consumerista, a fim de que sejam um desestímulo para os atos ilícitos e inapropriados.

## **2. PUNITIVE DAMAGE**

A responsabilidade civil aplicada, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro tem como finalidade a reparação do prejuízo provocado pelo ofensor a vítima, transferindo do patrimônio daquele, ou de seus responsáveis/donos da atividade econômica, para ressarcir esse, sem observação da culpa e de seu grau para determina a responsabilidade. Ou seja, a responsabilidade civil é objetiva e visa maximizar a proteção da vítima, para que esses não fiquem sem reparação (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p.68).

Contudo, isso torna insignificante a análise da culpa do ofensor, já que essa não tem importância para definir a responsabilidade e o seu quantum indenizatório, que estará em proporção ao dano causado. Conseqüentemente, não possui mais o papel de desencorajar comportamentos ilícitos, bem como evitar o emprego de medidas de atividades de risco que venham a causar danos (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p.68).

No entanto, a responsabilidade civil não deveria está restrigida somente à finalidade de voltar ao status quo da vítima, deve-se ir além, observando as necessidades da sociedade, e também desestimulando condutas ilícitas do causador do dano. Isto é, deve-se também fazer o uso da função punitiva da responsabilidade civil, juntamente com a função reparatória.

E a função punitiva da responsabilidade civil é aquela sanção que “[...] por meio de um acréscimo econômico significativo no valor da reparação do dano moral, busca-se, além de satisfazer o sofrimento do lesado, punir o ofensor com o pagamento de elevada quantia pecuniária, dando à reparação nítido caráter punitivo-pedagógico” (ARAÚJO FILHO, 2014, p. 334).

Portanto, o punitive damage é uma responsabilidade imposta ao agente causador do dano com o intuito de servir como um desestímulo às suas condutas reprováveis dentro do ordenamento jurídico, e conseqüentemente da sociedade.

### **2.2. Os problemas que envolvem o Punitive Damage**

O punitive damage e sua utilização no Brasil envolve alguns problemas. E a primeira questão é sobre a constitucionalidade ou

não dessa teoria. Há aqueles que acreditam que a Teoria do Valor do Desestímulo vai contra o previsto no art. 5, V e X da Constituição, visto que essa apenas permite a indenização por dano patrimonial e extrapatrimonial, e não uma indenização que vise punir o ofensor. Contudo, a norma constitucional também não proíbe que haja a indenização destinada ao caráter punitivo-pedagógico (ARAÚJO FILHO, 2014, p. 335-339).

Ademais, o Código Civil também não faz previsão acerca da função punitiva, e por isso sua aplicação estaria violando o princípio da legalidade. Entretanto, analisando o art. 12 e 927 do código poderia se extrair futuras normas, já que com o binômio de ato ilícito e dano, presente no art. 927, e a possibilidade de se criar normas sancionatórias do art. 12, viabiliza o surgimento de normas para o desencorajar ato ilícito e indesejável pela sociedade (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 394-397).

Uma outra questão que contorna a Teoria do Valor do Desestímulo é o princípio do enriquecimento sem causa, pois, como trata Giovanni Ettore Nanni (2012, p. 155), permitir a valoração da indenização maior que o dano efetivo seria uma configuração do enriquecimento sem causa da vítima, o que estaria violando o artigo 944, caput, e 884, caput, do Código Civil, que determina as perdas e danos em valor proporcional ao dano e a proibição do enriquecimento à custas de terceiro, sem justo motivo, respectivamente. E por isso, afirma que a aplicação do punitive damage não estaria em conformidade com o sistema jurídico brasileiro.

Contudo, o Enunciado 379 do Conselho da Justiça Federal declara que: “ o art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Ademais, não se poderia aceitar que o suposto excesso na indenização à vítima seria motivo de enriquecimento sem causa, visto que essa verba adveio de uma decisão judicial, o que tornaria o recebimento do montante justo, e não um enriquecimento sem causa (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 393).

Além disso, Cavalieri Filho (2012, p. 106-107) explica que não se deve fixar aleatoriamente as perdas e danos, mas sim utilizar da racionalidade e do bom-senso para estabelecer a quantia das in-

denizações. Ou seja, deveriam aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para evitar que haja um valor excedente que cause um enriquecimento, e ainda assim conceder as perdas e danos mais adequados possíveis.

Por fim, mais um argumento contra o punitive damage é que sua adoção pode vir a encorajar as pessoas a proporem ações judiciais com o intuito de conseguir grandes indenizações e, conseqüentemente, complicaria ainda mais o Poder Judiciário que já possui inúmeros processos para serem julgados (NANNI, 2012, p. 155)

E em vista desse problema, deveria entender que o punitive damage somente poderia ser aplicado em certas situações, como em hipóteses de dolo ou grave culpa e taxativas, que estejam previstas em lei. Assim, entende Raul Araújo Filho (2014, p. 339-340):

Nesse contexto, a reparação punitiva deverá ser aplicada quando a conduta do agente que ocasionou o dano for considerada extremamente reprovável, caracterizando-se como dolosa ou praticada com culpa grave, o que exclui sua aplicação para os casos em que, embora configurado o dano moral, a conduta do agente não tiver tal gravidade ou reprovabilidade.

Dessa forma, percebe-se que a Teoria do Valor do Desestímulo possui argumentos contra a sua aplicação no ordenamento brasileiro. Contudo, existem doutrinadores que refutam tais posicionamentos com os dispositivos das normas brasileiras.

### **2.3. Possíveis requisitos da aplicação do Punitive Damage**

A aplicação da função punitiva da responsabilidade civil seria empregue após a análise de três requisitos: a extensão da lesão, grau da culpa do ofensor e a condição patrimonial do autor do ilícito. A primeira seria necessária para verificar quão grave foi o comportamento antijurídico realizado pelo ofensor, e conseqüente o quanto de reprovação social abarca, e a partir disso aplicaria atividades de desestímulo adequadas a ela; já a segunda seria o reconhecimento do grau de culpa, se o agente agiu com dolo ou com imperícia, negligência ou imprudência, observando, assim, qual a pena civil deveria ser destinada ao causador do dano; por fim, examinar a condição patrimonial do ofensor é importante para

aplicação, porque, por vezes, aqueles que possuem uma maior capacidade econômica tendem olhar uma situação através do custo/benefício, e por isso acreditam que o cometimento do ato ilícito e de sua possível sanção vão ser mais favoráveis do que cumprir com a lei, e praticar todos os atos lícitos (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p.386-390).

Tais requisitos, além de alguns outros, podem ser vistos aplicados nos julgamentos do Supremo Tribunal de Justiça que nesses casos decidiram por adotar a Teoria do Valor do Desestímulo, como no caso do Recurso Especial 210.101/PR da Quarta Turma:

O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Um outro exemplo de julgamento do Supremo Tribunal de Justiça que adotou a doutrina do punitive damage é Recurso Especial 839.923/MG da Quarta Turma, que fundamenta tal adoção por meio dos requisitos para aplicar a doutrina:

Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e gravidade do ato ilícito.

Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima.

Portanto, os possíveis requisitos que deverão ser observados em uma eventual aplicação do punitiva damage são: a observância do princípio da proporcionalidade e razoabilidade; o bem jurídico lesado e a extensão do dano; a condição econômica das partes; e por fim o grau de reprovabilidade da conduta.

### **3. A RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

O direito do consumidor nasceu com o intuito de possibilitar um tratamento desigual para aqueles desiguais dentro de um contrato, isto é, garantir que em uma relação contratual haja um equilíbrio, ainda que uma das partes esteja em desvantagem, no caso o consumidor, perante a outra, que seria o fornecedor. E por isso que o direito do consumidor regula a relação de consumo, buscando sempre uma maior proteção a parte vulnerável desse vínculo (MIRAGEM, 2016, p. 47-50).

Ademais, sua função é tão imprescindível que o direito do consumidor é um direito fundamental da sociedade brasileira, consequentemente está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Além disso, devido a finalidade do direito do consumidor, ou seja, da regulação da relação do fornecedor e consumidor de forma a se ter um equilíbrio, que esse direito adota a responsabilidade objetiva para os contratos que se regem por suas normas, logo ele não analisa a culpa (MIRAGEM, 2016, p. 51). E tal fato ocorre porque o fornecedor, que possui todos os conhecimentos sobre a sua atividade profissional, é o motivo do risco que dá causa ao dano devido a sua atividade profissional que exerce, em face de uma consumidor vulnerável e que não tem conhecimento quanto aos serviços e produtos, devendo, assim, responder pelos prejuízos causados (MIRAGEM, 2016, p. 51).

#### **3.1. O Punitive Damage no Direito do Consumidor**

Frequentemente, os fornecedores, com a intenção de obter cada vez mais lucro, vem cometendo um crescente de ilícitos, e em muitos casos não observam os cuidados para prevenir que danos sejam causados aos consumidores, sendo que tal fato acontece porque os fornecedores entendem que o melhor resultado de custo/benefício seria pagar por indenizações reparatórias dos prejuízos ocorridos, do que o investimento que teriam que fazer para que a lesão não ocorresse. Soma-se a isso ainda o fato de que o consumidor lesado não busca reparar o dano que lhe foi causado, deixando muitas vezes de ir ao juízo. Além disso, os fornecedores

devido aos constantes problemas judiciais já possuem advogados especializados sobre o assunto e que conseguem minorar os valores das indenizações (ANDRADE, 2008, p. 17).

Visto isso, percebe-se que o punitive damage viria para quebrar essa relação abusiva do fornecedor para com o consumidor. E serviria como um encorajamento para que aquelas pessoas lesadas reivindicuem seus direitos e não sofram pelos danos. Além de obrigar aos fornecedores que tomem mais cuidado com seus produtos/serviços, buscando prevenir de possíveis danos ao consumidor (ANDRADE, 2008, p. 18).

Ou seja, a aplicação do punitive damage nas relações de consumo em que houve atos ilícitos possibilitaria o reequilíbrio que o direito do consumidor tanto estima. Sendo assim, o punitive damage reduziria a vantagem dos fornecedores e a vulnerabilidade do consumidor, alcançando por fim um equilíbrio contratual.

Tal situação pode ser vislumbrada no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor: “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”. Sendo assim, para reequilibrar a relação de consumo que sofreu um ato ilícito, o código pune o ofensor, o obrigando ao pagamento em dobro da cobrança indevida, com o intuito reparar o dano causado e o desestimular para que não repita o ilícito.

### **3.2. A adoção do Punitive Damage nos Tribunais de Direito do Consumidor**

Alguns tribunais brasileiros têm adotado a aplicação do punitive damage nos processos em que julgam, ainda que não se tenha uma previsão legal nem um entendimento majoritário da doutrina. Tal fato pode ser visto no Recurso Inominado n. 8000214-41.2018.8.05.0119 da 6ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na qual houve a condenação por dano moral punitivo pelo não cumprimento do serviço contratado, com o intuito de desestimular o réu a não mais cometer o ilícito e devido ao seu grau de culpa:



Na situação dos autos, a condenação em dano moral punitivo se mostra justificada, visto que o requerido agiu com desídia e descaso ao receber o pagamento do cliente e não realizar a prestação do serviço adquirido.

No que tange à valorização dos danos morais, entendo como devido o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) tendo em vista a gravidade da conduta ilícita do réu e os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que com tal condenação o acionado se iniba de reiterar na prática lesiva, sem que o autor se enriqueça ilicitamente.

Um outro exemplo da aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo é a Apelação Cível do Juizado Especial n. 0000647-51.2014.8.05.0240 da 3ª Câmara Cível do mesmo tribunal citado anteriormente, na qual a Apelante suspendeu indevidamente o fornecimento de energia elétrica ao Apelado, lhe causando danos. Devido a isso, deverá pagar uma indenização de caráter punitivo.

Além desses julgados, também é possível observar a adoção do punitive damage nos tribunais superiores, como no Recurso Especial n. 1.724.171/DF do Superior Tribunal de Justiça, em que a Recorrente cancelou o plano de saúde do Recorrido indevidamente, levando a suspensão do tratamento de saúde desse lhe causando danos morais e materiais. Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça julgou pela condenação de indenização moral:

No caso em tela, depois de sopesados os critérios necessários para o estabelecimento do “quantum” indenizatório pelo dano moral, tem-se que o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) fixado na sentença se mostra proporcional ao dano sofrido e em harmonia com princípio da razoabilidade, uma vez que em conformidade para atender os efeitos compensatórios e preventivos que a condenação em dano moral possui, bem como seu caráter punitivo (punitive damage), servindo de advertência e fator inibitório.

Sendo assim, embora o punitive damage não esteja de fato acolhido pelo ordenamento brasileiro, esse já foi utilizado nos tribunais brasileiros como uma forma de evitar que determinadas condutas sejam reiteradas e para proteger o consumidor, que é uma parte vulnerável na relação consumerista.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo desse artigo, é notável que o punitive damage ou Teoria do Valor do Desestímulo possui como finalidade inibir que condutas ilícitas sejam reiteradamente praticadas, alcançado esse objetivo através de uma majoração das indenizações.

Ademais, também pode-se observar que o punitive damage possui algumas questões que não se adequam ao ordenamento brasileiro, sendo a principal delas a imprevisibilidade da teoria nas leis brasileiras. Além da violação do princípio do enriquecimento sem causa, e mais inúmeros processos para sobrecarregar um judiciário, já abarrotado.

Contudo, ainda que se tenha esses problemas, existem doutrinadores que acreditam possuir soluções para eles dentro do próprio ordenamento, a exemplo da utilização do princípio da razoabilidade e proporcionalidade para evitar o enriquecimento sem causa, que o Código Civil proíbe.

E além desses dilemas, existem tribunais que optam por adotar a Teoria do Valor do Desestímulo em algumas situações. Sendo tal fato muito visualizado na área do direito do consumidor, com intenção de que haja redução nos inúmeros atos ilícitos que acontecem nesse setor, devido a vulnerabilidade dos consumidores, e consequentemente a vantagem que os fornecedores possuem, tanto economicamente quanto de conhecimento sobre os produtos ou serviços. Ademais, a um reequilíbrio que o punitive damage consegue impor a relação de consumo.

Portanto, observa-se que o punitive damage ainda possui muitas questões a serem resolvidas para que haja uma consolidação pela maioria da doutrina e dos tribunais de uma viabilidade de aplicação no direito brasileiro, e mais especificamente no direito do consumidor. Porém, isso não retira a real possibilidade de utilização desse, principalmente nas relações de consumo, como forma de obrigar ao fornecedor a se prevenir de possíveis danos que venha causar ao consumidor, bem como de o inibir a praticar conduta ilícita.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Indenização Punitiva*. Banco do Conhecimento, 2008. Disponível em: [https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phoca-download/indenizacao\\_punitiva.pdf](https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phoca-download/indenizacao_punitiva.pdf). Acesso em 23 de jun. 2020.
- ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive Damage e sua aplicabilidade no Brasil*. Doutrina: edição comemorativa, n. 25, p 327-346, abr., 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/70/3811>. Acesso em 17 jun. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Enunciado n. 379, de 2007. *IV Jornada de Direito Civil, v. 1*. Organização do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, 2007. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Acesso em 23 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF: Senado, 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.724.171 – DF* (2018/0034505-2), Recorrente: GEAP – Autogestão em Saúde, Recorrido: Kennedy Vinicius Aguiar Reis. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti, Brasília, D.J 01 de ago. de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/610373510/recurso=-especial-resp1724171--df2018-0034505-2-?ref-juris-tabs>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 210.101 – PR* (1999/0031519-7), Recorrente: Laura Nunes Pereira e outros, Recorrido: Antônio Luiz Magalhães Borges Alexandrino e Real Seguradora S/A. Relator Min. Carlos Fernando Mathias, Brasília, D.J 20 de nov. de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=199900315197&dt\\_publicacao=09/12/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900315197&dt_publicacao=09/12/2008). Acesso em 22 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 839923 – MG* (2006/0038486-2), Recorrente: Edésio Moreira da Silva, Recorrido: João Cardoso Neto e outro. Relator Min. Raul Araújo, Brasília, D.J 15 de maio de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600384862&dt\\_publicacao=21/05/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600384862&dt_publicacao=21/05/2012). Acesso em 23 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Apelação Cível n. 0000647-51.2014.8.05.0240*, Apelante: Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia, Apelado: Raimundo dos Santos. Relator Maria do Socorro Barreto Santiago, Salvador, D.J 18 de nov. de 2015. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364213213/apelacao-apl-6475120148050240?ref=juris-tabs>. Acesso em 24 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Recurso Inominado n. 80002144-41.2018.8.05.0119*, Recorrente: Wender Cidreira da Silva, Recorrido: Car System Alarmes LTDA. Relator Paulo César Bandeira de Melo Jorge, Salvador, D.J 20 de fev. de 2019. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/691363773/80002144120188050119/inteiro-teor-691363805?ref=juris-tabs>. Acesso em 24 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012 (Coleção professor Agostinho Alvim).

# Capítulo VIII

A (in)compatibilidade da coexistência de unidades de conservação e terras indígenas sobrepostas: um estudo de caso da sobreposição do Parque Nacional do Monte Pascoal com a terra indígena Barra Velha

**Mariana Alves de Jesus**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.



# A (in)compatibilidade da coexistência de unidades de conservação e terras indígenas sobrepostas: um estudo de caso da sobreposição do Parque Nacional do Monte Pascoal com a terra indígena Barra Velha

**RESUMO:** Esse artigo tem o objetivo de refletir sobre os casos de sobreposição que acontecem no Brasil, onde Unidades de Conservação foram criadas no mesmo território de Terras Indígenas, travando uma luta entre os direitos originários desses povos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata de explicar sobre a luta entre esses direitos e descobrir se existe compatibilidade ou não na coexistência deles, dando um foco maior no caso do Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal. Assim, busca-se uma solução para esses conflitos tão presentes no território brasileiro, em especial para os problemas específicos do caso do Monte Pascoal.

**Palavras-chave:** DIREITO; SOBREPOSIÇÕES; UNIDADES DE CONSERVAÇÃO; TERRAS INDÍGENAS; MONTE PASCOAL.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 O TERRITÓRIO COMO UM RECURSO NATURAL OU COMO FONTE DE CULTURA E ANCESTRALIDADE? 2.1 AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E A LUTA PELA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE FRENTE**

ÀS SOBREPOSIÇÕES 2.2 TERRITÓRIOS INDÍGENAS E A LUTA PELO DIREITO DE (R)EXISTIR **2.2.1 A demarcação na atualidade e na realidade** **3 SOBREPOSIÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS** 3.1 O SURGIMENTO DAS SOBREPOSIÇÕES E DOS SEUS PROBLEMAS 3.2 O CASO DO PARQUE NACIONAL E HISTÓRICO DO MONTE PASCOAL COM OS PATAXÓS DA BARRA VELHA NA BAHIA **4 TERRITÓRIOS SOBREPOSTOS: CONFLITOS JURÍDICOS E SOCIOAMBIENTAIS** 4.1 QUESTÃO DA (IN)COMPATIBILIDADE JURÍDICA DA SOBREPOSIÇÃO 4.2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA TERRITÓRIOS COMPARTILHADOS **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS**

---

## 1. INTRODUÇÃO

É cada vez mais perceptível que a visão jurídica acerca das questões indígenas ainda é muito fechada e conservadora, não conseguindo compreender suas especificidades e lutas, por se tratar de um direito muito particular, pouco estudado e disseminado em comparação às outras áreas do direito, além de se misturar muito com questões antropológicas, o que o difere ainda mais das outras áreas mais concretas.

As leis ambientais também não são muito conhecidas pela população, e em sua grande maioria, não são respeitadas pelos entes governamentais e por muitas pessoas da área jurídica. Ao tratar sobre Unidades de Conservação (UCs), pode-se trazer mais visibilidade para sua existência e para os problemas que a envolvem, além de relembrar a importância da preservação do meio ambiente brasileiro, que possui uma das maiores biodiversidades do mundo, e que se encontra atualmente em grande risco.

Estão relacionados a esse tema a questão dos direitos fundamentais dos índios, sendo originários à Constituição Federal (CF) e à criação das unidades de conservação, além de que nessa área específica, a criação do Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal (PNHMP) foi feita de modo excludente às Terras Indígenas pataxós, não considerando os direitos indígenas de posse da terra e seu direito fundamental a ela, garantidos no art. 231 da Constituição Federal e no art. 25 do Estatuto do Índio, que os dão o direito sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, cabendo à União demarcar e proteger essas terras.

Isso se mistura ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever do poder público de proteger e



preservá-lo, presente no art. 225 da CF, o qual também prevê a criação de espaços territoriais especialmente protegidos (ETEP), sendo utilizado o termo Unidades de Conservação (UCs), definidas pela Resolução Conama 11/ 1997. Percebe-se aqui que tanto os direitos indígenas às suas terras quanto o direito à criação das UCs são direitos fundamentais que devem ser respeitados em igual importância e prevalescência.

O problema é que a partir do momento em que existe o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, o ato de criação de UCs nesses locais é nulo ou extinto, não podendo produzir efeitos jurídicos, conforme artigo 231, § 6 da CF. Ademais, segundo a Lei do Sistema Nacional de Unidade de Conservação (SNUC), a existência de UCs de Proteção Integral, como o Parque Nacional, é incompatível com a presença humana, como acontece em sobreposições com Terras Indígenas (TIs).

Assim, existe esse grande problema de compatibilidade das jurisdições ambientais que regulam as UCs e o Estatuto de Índio, que muitas vezes acreditam ser incompatível com a existência e bom funcionamento de um deles, se a mesma terra também tiver sido destinada para a existência e funcionamento do outro. Contudo, essa realidade já é existente em grande parte do território brasileiro, que possui diversos casos dessas sobreposições. Esse é um tema que aborda uma realidade que vêm acontecendo há tempos no Brasil, e que o direito ainda não conseguiu regular, resolver e/ou se atualizar.

Há compatibilidade com a existência de Unidades de Conservação que se sobrepõem a Terras Indígenas? O que fazer com as UCs que coexistem com TIs? Elas devem ser extintas para proteger o direito do índio à sua terra ou elas devem continuar existindo para proteger os direitos ambientais? No caso do Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal (PNHMP), o que deveria ser feito para melhorar os problemas advindos da sobreposição?

A pretensão dessa pesquisa é avaliar se a sobreposição de Unidades de Conservação e Terras Indígenas são compatíveis ou incompatíveis de coexistirem e analisar como o direito poderia regular essas sobreposições; analisar se no caso da sobreposição do Parque Nacional e Histórico de Monte Pascoal e a Terra Indígena de Barra Velha ocorrem problemas em decorrência da sobreposição, analisar a viabilidade da existência dos dois no mesmo

território e se sim, buscar soluções em como o direito poderia garantir uma utilização boa e consciente do território para o uso das duas destinações.

O artigo é um estudo de caso, visto que a questão tratada se relaciona ao caso da Terra Indígena Barra Velha, no sul da Bahia, tendo suas terras sobrepostas ao Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal. É uma pesquisa qualitativa, pois está sendo colocado meu ponto de visto de acordo com minha interpretação e avaliação do caso e das jurisdições existentes sobre o tema. Utilizei o método dedutivo, onde foram feitas deduções acerca do material analisado sobre as Unidades de Conservação e territórios indígenas e como ocorre essa sobreposição e expus minhas opiniões através de hipóteses sobre o tema, tentando achar uma solução prática para as questões trazidas. Apesar de ser um estudo de caso, é importante ressaltar que é uma pesquisa teórica, baseada em estudos já existentes e também em entrevista realizada com o cacique de uma das aldeias da Barra Velha.

## **2. O TERRITÓRIO COMO UM RECURSO NATURAL OU COMO FONTE DE CULTURA E ANCESTRALIDADE?**

Nas sobreposições, o território é utilizado para mais de uma finalidade, e quando se trata sobre a coexistência de Unidades de Conservação e Terras Indígenas, a maior dúvida é qual dessas finalidades deve prevalecer. As UCs promovem uma proteção essencial para o território brasileiro, preservando uma área de extrema importância para a biodiversidade da país e para a conservação de diversas espécies únicas que são relevantes para mundo todo. Em contrapartida, os territórios utilizados como TI não são apenas um local de moradia para esses povos, pois fazem parte das suas histórias, sendo a fonte de suas ancestralidades, capaz de conectá-los com seu próprio povo. Para os povos indígenas, o território tradicionalmente ocupado por eles representa uma luta das suas existências, e são de extrema importância para a cultura do país e do mundo.

### **2.1. As unidades de conservação e a luta pela preservação do meio ambiente frente às sobreposições**

Há um grande questionamento sobre se há legalidade na criação de Unidades de Conservação de proteção integral em áreas

ocupadas por populações indígenas, e tenta-se entender como conciliar os art. 215, 216 e 225 da Constituição Federal de 1988.

Primeiro, é importante entender que o art. 225 da CF versa sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como sendo fundamental para a vida, devendo, portanto, ser protegido por todos e garantido para o uso coletivo. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito constitucional, que foi positivado com a Lei 6.938 de 1981 que criou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), tendo como objetivos principais, a preservação ambiental visando uma melhoria da qualidade de vida no país e o seu desenvolvimento, garantindo assim, a segurança nacional e a dignidade da pessoa humana (LEUZINGER, 2008, p. 539).

Esse art. 225 prevê a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, em todas as unidades da federação, e é com a Res. Conama 10/1986 que se instituiu a criação de uma comissão para formular leis acerca das Unidades de Conservação (LEUZINGER, 2008, p. 542/543). Posteriormente, com a Lei 9.985/2000, mais conhecida como Lei do SNUC, foi criado o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, dispondo sobre as 12 categorias de manejo, sendo separadas em 2 grupos: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável. Nas de proteção integral estão as estações ecológicas, reservas biológicas, parques nacionais, monumentos nacionais e refúgios da vida silvestre, enquanto nas unidades de uso sustentável estão presentes as áreas de ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, florestas nacionais, reservas extrativistas, reservas de desenvolvimento sustentável, reservas de fauna e reservas particulares do patrimônio natural. Essas duas categorias se diferenciam pelo fato de que as unidades de proteção integral não admitem utilização direta dos recursos naturais existentes nela, não tendo então, compatibilidade com a presença humana, enquanto nas unidades de uso sustentável é permitido o uso direto de seus recursos naturais, desde que de modo sustentável e de acordo com a lei (SNUC, Lei 9.985/2000).

Ao analisar o território para definir qual seria o seu subgrupo e manejo, se a intenção for transformá-lo em uma unidade de proteção integral, deve-se analisar se ali existe alguma população tradicional, como populações indígenas, não podendo haver

omissão dessa existência, com o risco de haver ilegalidade no ato de criação da UC por vício de forma (vício formal). Isso ocorreria porque a criação de uma Unidade de Conservação é feita através de ato administrativa, e nesse caso, o ato não estaria sendo realizado do modo que a lei determina, podendo haver nulidade ou anulabilidade (LEUZINGER, 2008, p. 244-550).

Assim, poderá ocorrer vício de objeto se houver a criação de uma unidade de proteção sem a observância da existência de populações tradicionais no local ou se mesmo se tiver sido realizada a avaliação, não tiver sido verificada a possibilidade da destinação do território para os dois fins, ou seja, havendo capacidade de suporte ecossistêmico para os dois. Nesse último caso, deveria haver nulidade absoluta do ato de criação da UC, podendo haver conversão da categoria de manejo para uma compatível com a existência da população. Também pode ocorrer um vício de objeto, havendo ilegalidade material, quando há a criação de uma UC de proteção integral mesmo após confirmação da presença de populações tradicionais no local e da incapacidade de suporte ecossistêmico para as duas destinações (LEUZINGER, 2008, p. 244/245).

O Brasil possui uma das maiores biodiversidades do mundo, contendo diversas espécies de fauna e flora, distribuídas em vários biomas diferentes e seus ecossistemas únicos. A ideia de criar Unidades de Conservação veio do art. 8 da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), que, de modo amplo, pretende regular e proteger os recursos biológicos importantes na proteção da biodiversidade, promovendo a conservação e uso sustentável dessas áreas. Ao criar UCs, possibilitando a preservação da natureza, também é possível conservar recursos hídricos, proteger monumentos históricos, paisagens cênicas, territórios de relevância histórica e cultural, proteção da fauna silvestre, preservar a qualidade do ar e da água e promover o crescimento econômico local e a fomentação do turismo (HASSLER, 2005, p. 87).

Assim, a criação de Unidades de Conservação é extremamente importante para vários aspectos ambientais e humanísticos, influenciando positivamente em diversas áreas, como a social, econômica e cultural, e precisam ser devidamente respeitadas e protegidas com o intuito de manter a biodiversidade brasileira, visto que os maiores problemas enfrentados pelas UCs no Brasil são o desmat-

amento, caça, regularização fundiária e incêndios (CELENTANO, D. et al, 2018).

## **2.2. Territórios indígenas e a luta pelo direito de (r)existir**

Os índios têm o direito constitucionalmente garantido à suas terras tradicionais, assegurado pela Constituição Federal de 1988, art. 231, que garante “direitos originários” às terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, e determina que a União tem o dever de demarcá-las. Essa demarcação é meramente um procedimento formal, visto que os direitos dos índios às suas terras tradicionais já são garantidos pela constituição. Isso se dá, porque os índios são os primeiros e naturais donos das suas terras, o que foi consagrado como *indigenato* no texto constitucional, assim, seus direitos à terra ocupada tradicionalmente é muito anterior à própria criação do Estado Brasileiro, sendo direitos legítimos por si, não precisando de reconhecimento formal pelo Estado (SANTILLI, 1998, p. 464).

Assim, os direitos das comunidades indígenas sobre seus territórios tradicionalmente ocupados não precisam de ato de reconhecimento formal, como sua demarcação territorial, para que exista, sendo também reforçado pelo art. 25 do Estatuto do Índio. A demarcação é um ato de oficialização para o reconhecimento meramente formal e declaratório dessas terras, pois ela sempre foi indígena, tendo assim, a função de evidenciar os limites desses territórios, para melhor defini-los, podendo assim, garantir uma melhor efetivação da proteção dos seus direitos (SANTILLI, 1998, p. 464/465).

Para os índios, não existe o sentimento de propriedade individual da terra, ela não é vista como uma bem material. Ela é usada para o bem e subsistência coletiva, podendo ser usufruída por todos, pois a ninguém pertence, como pode ser observado no art. 24 do Estatuto do Índio. Para eles, a posse da terra é considerada um recurso natural, e é tida como sagrada, pois representa a vida e ancestralidade. As terras são usadas para garantir a sobrevivência desses povos e de suas respectivas culturas, e por isso, levam a questão do meio ambiente muito a sério, conduzindo seus atos e preceitos à preservação do meio ambiente, para garantir que seu

povo e sua cultura possa sobreviver e perpetuar (PIAZZAROLI, 2007, p. 23/24).

O art. 20 da CF afirma que as Terras Indígenas são propriedade da União, sendo bens públicos federais, inalienáveis, indisponíveis e tendo seus direitos sobre ela imprescritíveis, como os direitos indígenas à terra (art. 231, § 4º, CF/88). Assim, a administração pública não pode destinar uma terra indígena a outra finalidade, por ser um território público com uma finalidade específica (SANTILLI, 1998, p. 464). Sendo propriedade pública, aos índios, é reconhecido o direito à posse permanente dessas terras e o usufruto exclusivo das riquezas existentes em sua natureza, cabendo à União a promoção de tal reconhecimento (ISA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020). A posse indígena é diferente da posse civil, tendo natureza *sui generis* e especial, pois a ocupação indígena é moldada pela sua própria cultura, como se pode perceber através da definição da CF do que é considerado Terras Indígena, não sendo apenas o território permanentemente habitado por eles, como também as terras que usam para produzir e tirar sua subsistência, as fundamentais para a preservação do meio ambiente e para a sua reprodução física e cultural (SANTILLI, 1998, p. 466/467).

### *2.2.1. A demarcação na atualidade e na realidade*

Entretanto, apesar do prazo para a demarcação dos TIs ter sido datado para o ano de 1993, essas terras encontram-se, em sua maioria, não demarcadas e em constante luta para garantir seus direitos originários, enfrentando, na maioria das vezes, posseiros, o extrativismo e mineração ilegais ou a destinação dessas terras para outras finalidades pela própria União, indo de encontro não apenas com os direitos dos índios às suas terras tradicionais, mas também contra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (ISA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020).

Apesar dos índios terem os direitos originários às terras tradicionalmente ocupadas garantidos não só por leis infraconstitucionais, como também pela própria Constituição Federal, ainda se faz extremamente necessário realizar o processo de demarcação, visto que é o modo mais efetivo de proteger essas áreas, que se encontram atualmente na mira do licenciamento ambiental realizado

de modo ilegal e errôneo, gerando grandes ameaças por parte da proposta ruralista, visto que há mais de 223 TIs que não têm o processo de demarcação concluído e podem sofrer com mudanças na legislação propostas pela bancada ruralista (ROMAN, 2018).

Em junção à essa ameaça, também existe a constante invasão das terras por posseiros, grileiros, fazendeiros e garimpeiros com o objetivo de explorar a terra para a obtenção de vantagens econômicas, como é o caso do extrativismo ilegal, com a exploração da madeira, e a destruição da biodiversidade local para a criação de gado, abrindo picadas e estabelecendo lotes para a ocupação ilegal desses territórios tradicionais (MIOTTO, 2019).

Desse modo, a demarcação de terras passa a ser essencial para a garantia dos direitos indígenas, que não são benéficos somente para eles, como também para toda a humanidade, que pode desfrutar de uma diversidade étnica e cultural muito grande. As populações tradicionais possuem muitos ensinamentos milenares que foram essenciais para várias descobertas científicas, e estão em constante aprendizagem com a natureza. Além disso, ao conservar seus territórios, eles estão conservando uma biodiversidade genética enorme, contribuindo assim, em várias áreas importantes para o mundo, como a saúde, cultura e lazer.

Em entrevista feita para o site da Universidade Guarulhos, o índio Witxô Fulni-ô explica que ao demarcar os territórios indígenas, se estabelece uma garantia da sobrevivência cultural desses povos e de sua autonomia étnica, pois eles estarão protegidos pela Constituição. Segundo ele, a homologação e a comprovação legal que aquelas terras realmente pertencem aos povos tradicionais que ali vivem, dão uma proteção constitucional para que eles possam usufruir delas (GUIMARÃES, 2019).

Para a Funai (Fundação Nacional do Índio), a demarcação auxilia na organização da política de ordenamento fundiário do Governo Federal e seus entes, contribuindo para a diminuição dos conflitos de terra e para a melhoria do cumprimento das atividades realizadas pelo Estado (FUNAI – Fundação Nacional do Índio, 2014). Todavia, mesmo em terras demarcadas, os conflitos de terra continuam ocorrendo nas TIs brasileiras, e por isso é necessário garantir de fato a presença e controle estatal nas áreas de fronteira

mais vulneráveis, o que já deveria estar sendo realizado após as demarcações das terras.

### **3. SOBREPOSIÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS**

Sobreposição de territórios é quando um ocupa o mesmo espaço, total ou parcialmente, do outro. As sobreposições entre UCs e TIs é uma realidade no Brasil, e têm causados muitos conflitos, levantando questões em relação à compatibilidade e legalidade do uso do mesmo território para esses dois fins, e qual deles teria o direito de fato à terra. As sobreposições entre UCs de proteção integral com TIs trazem ainda mais conflitos, pois de acordo com a Lei do SNUC, a finalidade dessas unidades não tem compatibilidade com a presença humana, enquanto o art. 231 da CF afirma que as terras ocupadas pelos índios são de sua posse antes mesmo da criação das UCs (PIAZZAROLI, 2007, p.87). Entretanto, essas sobreposições já são uma realidade recorrente no território brasileiro, que possui 77 casos de sobreposições, somando aproximadamente 11,4 milhões de hectares, correspondendo a 9,7% dos territórios indígenas do Brasil (RICARDO; FUTADA, 2018).

#### **3.1. O surgimento das sobreposições e dos seus problemas**

As décadas de 1960 e 1970 remetem ao início dos conflitos das sobreposições, sendo a época em que a política de demarcação das Terras Indígenas no Brasil e a política de destinação de áreas para a preservação do meio ambiente começaram a se estruturar (SANTILLI, 2004). Até a publicação do SNUC em 2000 o modelo brasileiro de conservação ambiental não versava sobre a importância das populações tradicionais para o meio ambiente e as desconsiderava completamente, e apesar de já ter se passado alguns anos, esse tipo de pensamento ainda é muito comum entre os posseiros, fazendeiros e outras categorias de pessoas que invadem ilegalmente as Terras Indígenas. As comunidades que moravam dentro das áreas protegidas antes do início da aplicação do SNUC, eram expulsas ou confinadas em áreas próximas da UC, sendo realizado com muita repressão e força, não levando em conta os direitos e as necessidades dos povos que ali viviam há séculos. E foi a partir



dessa política de exclusão que se deu início aos conflitos entre as comunidades locais e as autoridades que fiscalizavam e controlavam os parques (RICARDO, 2004, p. 82).

Desse modo, é através da implementação de Unidades de Conservação em territórios indígenas, que surgem as sobreposições, e cria-se um grande conflito socioambiental que ainda possui pouca visibilidade no cenário político atual e que urge por uma resolução.

Existem vários casos de UCs de proteção integral sobrepostas à TIs, como a Reserva Biológica Morro dos Seis Lagos com o território indígena do Balaio, no Amazonas; o Refúgio da Vida Silvestre Quelônios do Araguaia e o território Wedezé, no Mato Grosso; a Estação Ecológica Guaraqueçaba e o território Cerco Grande, no Paraná; o Parque Nacional de Monte Roraima e a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima; e o Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal e o território Barra Velha, na Bahia (ISA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020).

### **3.2 O caso do Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal com os Pataxós da Barra Velha na Bahia**

O Parque Nacional e Histórico do Monte Pascoal (PNHMP) foi criado em Porto Seguro (BA) pelo Decreto-Lei 12.729 de 1943 desconsiderando a presença dos pataxós que habitavam a região e já exerciam sua territorialidade, e assim, o procedimento a ser seguido era o de desapropriação em caso de posse ou propriedade presentes na região. Desse modo, após episódios de massacres dos indígenas, as famílias que não fugiram, lutaram muito para se manter no território, sendo muitas vezes considerados posseiros de um território que é deles por direito (SILVA, 2018, p. 59-63).

O Decreto nº 396 de 1991 finalizou a luta dos pataxós pelo reconhecimento legal e a delimitação de suas terras no território da Barra Velha, que apesar de não terem conseguido a garantia do direito ao seu território em toda totalidade, conseguiu que uma área parcial fosse homologada e demarcada, havendo também uma cessão por parte do território que havia sido estabelecido para o parque, mas ainda há parte da terra tradicionalmente ocupada pelos pataxós que não foi reconhecida como terra indígena (SILVA, 2018, p. 59-63).

Atualmente, há muitos conflitos entre as questões fundiárias e preservacionistas, que vão de encontro com o direito do índio ao seu território, à sua autonomia, identidade e cultura. Existem muitas questões sociais envolvidas nesse caso em específico, como exploração madeireira, desmatamento, queimadas e invasão do Parque para outras atividades ilegais e que depreciam a região. Isso ainda se junta com a questão do sucateamento da Funai, que acaba deixando os pataxós sem apoio, resultando em um problema complexo e que envolve muitas questões sociais e ambientais. Por consequência, de acordo com entrevista feita por Roberta Neri a Fábio Kirchpffenning, o chefe do Parque na época, não existem condições de fato para cumprir com o objetivo do SNUC e nem de preservar essas terras. (SILVA, 2018, p. 59-64).

Muitas vezes impedidos pela gestão do Parque de manter muitas das atividades importantes para manter uma boa qualidade de vida, como construção de casas para moradia, saneamento, instalação de energia elétrica e busca de alimentos na própria terra, os índios da Barra Velha buscam se manter de outros modos, como pela pesca e pelo turismo. O objetivo do Parque em proibir essas atividades se funda em cumprir com a legislação do SNUC, evitando a degradação da unidade e a sua alteração pela presença humana, porém os pataxós mesmo afirmam que a busca por alimento e sobrevivência baseada na subsistência, como é a pesca, não vai destruir o meio ambiente e degradar o Parque, porque são práticas sustentáveis, praticadas por eles há muitos anos (SILVA, 2018, p. 66).

Em conversa<sup>1</sup> com o cacique Guaru Pataxó da Aldeia Pé do Monte, localizada da Barra Velha, ele diz que em 1999 se iniciou uma gestão do Parque feita pelo IBAMA e que a situação melhorou. Com o tempo, a responsabilidade da UC foi transferida para o ICM-Bio, e após alguns anos, as fiscalizações das fronteiras e controle sobre o território pararam de ser realizados de modo efetivo.

Atualmente, a região vem sofrendo muito com os incêndios florestais e com a extração ilegal de madeira. Ele fala que isso

---

1 Conversa realizada como entrevista ao cacique Guaru Pataxó, da Aldeia Pé do Monte, no dia 25 de junho de 2020 pelo telefone, pois devido à pandemia e à falta de disponibilidade de equipamentos tecnológicos, não pudemos fazer uma entrevista presencialmente ou através de questionário.

ocorre pela falta de fiscalização em volta do Parque, que acaba sendo alvo de muitos caçadores e madeireiros, e também informa que eles tentam manter a brigada de prevenção ao combate de incêndios, mas que atualmente se encontra com pouquíssimos voluntários atuando.

Guaru diz que para sobreviver eles trabalham com o turismo, que é a principal fonte de renda da comunidade, e que está muito difícil manter o Parque, pois o órgão responsável não está desempenhando sua direção de fato, visto que assim como a Funai, o ICMBio depende de decisões governamentais e políticas para conseguir exercer seu trabalho.

Por fim, ele reforça que o PNMP está sofrendo muito e que a gestão não está funcionando. Segundo Guaru Pataxó (2020) “se subir em cima do Monte, dá para ver o desmatamento ao redor do parque todo. Ele precisa ser preservado, pois faz parte da vida do índio e do não índio. É necessário cuidar da mãe natureza”.

#### **4. TERRITÓRIOS SOBREPOSTOS: CONFLITOS JURÍDICOS E SOCIOAMBIENTAIS**

As sobreposições apresentam vários conflitos jurídicos e sociais, levantando a questão de sua (in)compatibilidade no sistema normativo brasileiro, pois apesar de parecerem juridicamente impossíveis, os territórios sobrepostos já são uma realidade no país, representando uma disputa entre território e poder. Esse grande problema ainda não foi resolvido pela lei, mas é necessário ir além de uma visão puramente jurídica, e visualizar essa questão de modo amplo, considerando suas especificidades e visando tanto a preservação ambiental quanto a proteção do patrimônio indígena (LEITÃO, 2004, p. 17-20).

##### **4.1. Questão da (in)compatibilidade jurídica da sobreposição**

Como já foi dito, ambos os direitos que envolvem a questão indígena e a questão ambiental são igualmente fundamentais, de acordo com a Constituição Federal. As sobreposições afetam principalmente os povos indígenas, que precisam lutar contra leis de um Direito que ainda não compreende todas as especificidades dos povos tradicionais do Brasil e toda a multiculturalidade pre-

sente no país. Com isso, as populações tradicionais precisam constantemente resistir à tentativa de extinção de suas culturas e povos, lutando pela sobrevivência e pelo reconhecimento de suas culturas e cidadanias (RODRIGUES, 2013, p. 10).

Em estudo feito pela Larissa MCOWEV, com dados do GTI (Grupo de Trabalho Interinstitucional) Funai-ICMBio, as sobreposições no território brasileiro envolvem em maioria, as unidades de proteção integral, com destaque para os Parques Nacionais. A pesquisa aponta que a área total de Parques sobrepostos a Terras Indígenas era em cerca de 4.7 milhões de hectares, na época, equivalendo a aproximadamente 64% do total de áreas sobrepostas., enquanto as sobreposições feitas em unidades de proteção integral correspondem a 73% no total (GODOY, 2016, p. 15).

Vimos que as UCs de proteção integral são legalmente incompatíveis com a presença humana, como a dos povos indígenas, enquanto as de uso sustentável permitem essa compatibilidade, de acordo com o SNUC. Contudo, apesar da lei permitir a presença humana, ao estabelecer uma UC em um território indígena, diversos problemas socioambientais podem surgir, como se pode observar no caso do PNHMP, já que esse sistema de leis não se apresenta completamente preparado para as questões que podem surgir com a vivência dos povos indígenas coexistindo com a funcionalidade de uma UC, posto que a cultura de cada população indígena é diferente da outra, e que as pessoas responsáveis pelas áreas de conservação podem não saber como gerir uma unidade que coexiste com uma terra indígena.

No caso do PNHMP, pode-se entender que a unidade foi criada por um ato inconstitucional, já que os Parques não podem ser criados em um território indígena. Os direitos indígenas são originários e precedem as leis para criação de UCs, a qual não poderia existir dentro dos limites da Barra Velha (MOREIRA, 2007, p. 62). Porém, o Parque do Monte Pascoal já existe há muito tempo, sendo inviável desfazê-lo após tanto tempo em funcionamento e com projetos já estabelecidos, visto que o principal objetivo de uma UC é a conservação e preservação do meio ambiente e da biodiversidade local. Assim, se faz necessário encontrar uma solução que possa abarcar esses dois vieses.

## 4.2. Possíveis soluções para territórios compartilhados

a sobreposição das terras, causa o chamado “dupla afetação”, que é justamente quando um mesmo bem é destinado para mais de uma finalidade de interesse público de modo legal. Apesar dos conflitos e da incompatibilidade da maioria das sobreposições, elas podem se tornar um modo de conciliar e compatibilizar os diferentes fins destinados àquele território, visando principalmente, a proteção e efetivação dos direitos constitucionais dos povos de comunidades tradicionais, como os indígenas, a conservação do patrimônio cultural e histórico, e a preservação do meio ambiente (GRABNER, 2015, p. 17). Essa seria a melhor solução, visto que retirar os indígenas do local é completamente inviável e inconstitucional, ferindo direitos fundamentais, e que a anulação do ato de criação da UC traria um grande prejuízo ao meio ambiente, pois deixaria de contar com essa proteção legal extra (LEUZINGER, 2007, p. 245). Assim, esses locais podem deixar de ser considerados terras sobrepostas, passando a ser territórios compartilhados, que coexistem em harmonia.

Um dos casos mais polêmicos e que melhor serve como guia para a resolução dos conflitos das sobreposições é o caso do Parque Nacional de Monte Roraima e a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. *A priori*, não existe hierarquia nos direitos fundamentais, como no caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do direito originário dos índios à sua terra tradicionalmente ocupada. Assim, deve-se recorrer à Constituição ou legislações infraconstitucionais, sempre utilizando a proporcionalidade, e em último caso, cabe ao Poder Judiciário resolver, em caso concreto, a problemática discutida (LEUZINGER, 2008, p. 534).

O caso Raposa Serra do Sol consolidou a “dupla afetação” aplicada em sobreposições territoriais, com o decreto presidencial que demarcou essa TI e instituiu que o Parque Nacional seria submetido a esse regime jurídico, tendo sua destinação à garantia dos direitos constitucionais aos índios e à preservação do meio ambiente e da biodiversidade. Como reafirmação dessa possibilidade de mediação do conflito das sobreposições, ainda há o voto do ministro Carlos Ayres do STF na relatoria da PET. 3.388, reafirmando que há compatibilidade para uma “dupla afetação” territorial, se

forem destinadas para a proteção ambiental e indígena (SILVA, 2018, p. 154).

O julgamento desse caso trouxe outras decisões sobre o assunto, como a decisão de que a administração da área seria responsabilidade do ICMBio com a participação das comunidades indígenas e com ajuda da FUNAI, e estabeleceu gestão compartilhada sem hierarquia entre as instituições (GRABNER, 2015, p. 17).

Internacionalmente, alguns documentos expressam essa vontade de juntar o reconhecimento das populações tradicionais e de suas terras enquanto se promove a conservação do meio ambiente. A União Internacional da Conservação da Natureza (UICN) desenvolveu normas para uma conservação estratégica pelo mundo em 1980, revelando também a posição de muitas outras organizações não governamentais de fortalecer os vínculos entre os planos de manejo dos Parques com as atividades realizadas pelos povos tradicionais, trazendo uma legitimidade social para a criação dos Parques Nacionais (RICARDO, 2004, p. 82).

Essa preocupação em incluir as populações locais no Plano de Manejo das UCs como um modo de preservação da cultura tradicional e do reconhecimento de seus direitos, também foi incentivado pelo Congresso Mundial de Parques em 1982 e 1992, pelo I Congresso Latino-Americano de Parques Nacionais e Áreas Protegidas em 1997, chegando até a criar a Declaração de Santa Marta, que estabeleceu que em caso de criação de UCs criadas dentro de territórios indígenas deveriam respeitar seus direitos ao território, sua autonomia e o uso e manejo dos seus recursos naturais (RICARDO, 2004, p. 83).

Para solucionar esse conflito entre princípios constitucionais, é importante ressaltar que a análise jurídica dos problemas da sobreposição de UCs com TIs deve sempre garantir a dignidade humana dos povos indígenas, sendo qualquer outro tipo de solução considerada inconstitucional. E visto que se for necessário para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, o uso dos recursos naturais, como a caça, pesca e coleta, mesmo que dentro da Unidade de Conservação, será um ato constitucional *a priori*, e será considerado inconstitucional todos os atos que tentem sancionar ou restringir essas práticas (RODRIGUES, 2013, p. 12/13).

Assim, a UC atuaria de modo a proteger a área, respeitando os direitos indígenas, e se necessário, os ajudando a realizar um consumo consciente, o que não costuma ser necessário, já que as tradições indígenas se baseiam na cultura de subsistência e de sustentabilidade. Para realizar isso, podem ser realizados Acordos de Convivência, que foram idealizados pelo GTI Funai-ICMBio, ou Planos de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas e Planos de Administração Conjunta, previstos na Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI) (GODOY, 2016, p. 24-29).

Em relação às possíveis soluções para os problemas do PNHMP e da Barra Velha, o cacique Guarú Pataxó fala que a região do Monte Pascoal urge por mais fiscalização, para impedir a entrada e exploração ilegal das terras. É necessário contratar mais funcionários para trabalharem no Parque, cobrindo as fronteiras do território de modo amplo. Ele ainda diz que acontecem muitos incêndios, causados pelo homem ou pela seca, e que é preciso de voluntários para compor a brigada de combate aos incêndios, o que também poderia ser suprido com a contratação de mais funcionários no Parque.

Guarú chama atenção para a necessidade do Parque de trabalhar mais com as comunidades indígenas da Barra Velha, diz que eles se dão bem com os representantes do ICMBio e que estão sempre abertos a trabalhar com as autoridades. Outra coisa que ele mostra ser importante, é a conscientização da população para essas questões, e diz que estão sempre recebendo estudantes e pesquisadores que vão estudar o Parque e sua biodiversidade, e que essa é uma grande forma de levar a luta deles para fora da unidade, mas que é necessário que mais pessoas tomem consciência e os ajudem nessa luta que vêm acontecendo há gerações.

## 5. CONCLUSÃO

As sobreposições causam conflitos socioambientais de grandes proporções e se encontram na maior parte dos territórios protegidos do Brasil. Apesar disso, essa questão ainda é um grande desafio da gestão pública, e um dos fatores contribuintes para a sua não resolução até os dias atuais, é o fato de que tanto a luta pelos direitos indígenas quanto a luta pela proteção do meio ambiente

são temas com pouca visibilidade no direito e na sociedade. Sendo assim, eles não se encontram como prioridades na agenda do Estado, fazendo com que os problemas das sobreposições continuem existindo, causando cada vez mais prejuízos às Unidades de Conservação e às Terras Indígenas.

Existem alguns estudos e planejamentos teorizando sobre como conciliar essas duas destinações para a mesma terra, e existem até exemplos práticos, como o caso Raposa Serra do Sol, contudo, muitos lugares ainda se encontram sem a aplicação de nenhum desses projetos, que ainda não saíram do papel, e nos locais que houve alguma aplicação, muitos problemas continuam acontecendo, como a falta de inclusão dos povos indígenas nas decisões da unidade, a má gestão das terras, e as invasões de posseiros e madeireiros.

Antes de tudo, é preciso estabelecer que Unidades de Conservação sobrepostas a Terras Indígenas não são juridicamente compatíveis, visto que o texto legal do SNUC proíbe a criação de UC em um território tradicionalmente indígena, e que ao realizar esse ato, ocorre uma clara violação aos direitos fundamentais dos índios de posse dessas terras e seus direitos de usufruir dela. Além disso, se a situação ocorrer em Casos de UC's de proteção integral, há um impedimento a mais, visto que essas unidades são incompatíveis com a presença humana, tornando ilegal a moradia de povos indígenas no local.

Saindo do plano jurídico, e vendo a situação de um modo mais prático, as UCs e TIs podem sim coexistir, visto que essas sobreposições já são uma realidade no país, sendo inviável retirar os povos indígenas de suas terras tradicionais ou de retirar a proteção extra sobre áreas que têm sua biodiversidade em risco, precisando desenvolver uma mútua dependência entre eles, pois os dois tem o objetivo de conservar a natureza, e aplicando realizando uma ecologia social.

Esse é um dos cenários em que o direito precisa acompanhar a realidade, fazendo modificações normativas para que um problema tão presente no país possa ser finalmente solucionado. Com isso, a melhor solução para essa situação é a permissão da coexistência desses territórios para as duas destinações, pois mesmo nos locais onde ainda não há uma sobreposição, não se pode



esquecer que os locais que mais precisam ser conservados e que estão em risco de perder a sua diversidade biológica são os territórios ocupados por populações tradicionais. Essas populações sempre conviveram com o meio ambiente, pois aprendem a como manter um ambiente ecologicamente equilibrado, não causando danos ao território.

Para isso dar certo, é necessário implementar um plano de gestão compartilhada com uma administração conjunta da região que tenha a representação dos povos indígenas, observando os direitos fundamentais envolvidos e se baseando na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Além disso, todos os atos realizados na UC terão que ser discutidos em conjunto pelos representantes indígenas junto com a Funai, ICMBio e os respectivos responsáveis pelas unidades nos âmbitos estaduais e municipais.

É importante salientar que cada Unidade de Conservação e cada Terra Indígena é diferente das outras, portanto, cada sobreposição tem seus problemas específicos, devendo assim, ter soluções específicas para cada uma. No caso do PNHMP, além de implementar a gestão compartilhada e garantir a participação dos povos indígenas em todas as decisões sobre o Parque, ainda será preciso realizar outras deliberações, como aumento da fiscalização, a contratação de mais funcionários para atuarem na proteção do território, evitando a exploração ilegal e atuando como brigadistas quando houver incêndios.

Acima de tudo, deve-se buscar ao máximo a conscientização da população para essas questões, para que se consiga atualizar as leis de acordo com as necessidades do mundo real e as colocar em prática, conseguindo assim, proteger o meio ambiente e preservar a cultura tradicional, evitando os grandes problemas socioambientais gerados com a questão das sobreposições.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza: Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000; Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002; Decreto nº 5.746, de 5 de abril de 2006. Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas: Decreto nº 5.758, de 13 de abril de 2006. Brasília: MMA, 2011.

CELENTANO, D. et al. *Desmatamento, degradação e violência no “Mosaico Gurupi” – A região mais ameaçada da Amazônia*. Scielo, 2018. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340142018000100315&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142018000100315&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Fundação Nacional do Índio – FUNAI. *Serviço de Proteção aos Índios – SPI*. Disponível: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014=0207132520-#:~:text=A%20demarca%C3%A7%C3%A3o%20de%20terras%20ind%C3%ADgenas,-suas%20atribui%C3%A7%C3%B5es%20constitucionais%20de%20atendimento>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

GODOY, L. C. R. C. *Composição de conflitos entre políticas públicas no contexto das sobreposições territoriais entre unidades de conservação federais e terras indígenas*. 2016. 45 f. Trabalho de conclusão de curso apresentado na Escola Nacional de Administração Pública, Brasília – DF.

GRABNER, M.L. Seminário “Aspectos jurídicos da convergência entre a garantia de direitos fundamentais e a conservação ambiental”. Belo Horizonte, 2015.

GUIMARÃES, Elaine. *Dia do Índio: por que a demarcação de terra é importante?* 18/04/2019. Disponível: <<http://www.ung.br/noticias/dia-do-indio-por-que-demarcacao-de-terra-e-importante>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

HASSLER, Márcio Luís. *A importância das unidades de conservação no Brasil*. Sociedade & Natureza, Uberlândia, 17, dez. 2005.

ISA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Unidades de conservação no Brasil*. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org/territ%C3%B3rios-de-ocupa%C3%A7%C3%A3o-tradicional/terras-ind%C3%ADgenas-0#outras-reas-protegidas>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

LEITÃO, Sérgio. *Superposição de leis e de vontades: Por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação?*. In: Ricardo, Fany (org.). *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e Cultura: criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais*. Revista de Direito Ambiental, RDA 52/101, out.-dez./2008.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e Cultura: Direito ao meio ambiente equilibrado e direitos culturais diante da criação de Unidades de Conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais*. 2007. 357 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, DF, 2007.

- MIOTTO, Tiago. *Pelo menos seis terras indígenas sofrem com invasões e ameaças de invasão no início de 2019*. 23/01/2019. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2019/01/pelo-menos-seis-terras-indigenas-sofrem-com-invasoes-e-ameacas-no-inicio-de-2019/>>. Acesso em: 06 jun. 2020.
- MOREIRA, Adil Santos. *Comparação do manejo dos recursos naturais efetuado pelos índios pataxó em Terra Indígena e em Unidade de Conservação de proteção integral*. 2007. 150 f. Tese de Mestrado (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente) – Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus, 2007.
- PIAZZAROLI, P. *O conflito das sobreposições: terras indígenas e unidades de conservação*. 2007. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.
- RICARDO, Fany. *Terras Indígenas & Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- RICARDO, F.P., FUTADA, S. M. Brasil: *Sobreposições em números*. Disponível Povos indígenas no Brasil. Disponível em: <[https://pib.socioambiental.org/pt/Sobreposi%C3%A7%C3%B5es\\_em\\_n%C3%BAmeros](https://pib.socioambiental.org/pt/Sobreposi%C3%A7%C3%B5es_em_n%C3%BAmeros)>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- RODRIGUES, Priscila C; FERREIRA, Rafael R. *Sobreposição de unidades de conservação em terras indígenas no estado de Roraima*, 2013. Disponível em: <[publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6be4c22a5963ab0](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6be4c22a5963ab0)>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- ROMAN, Clara. *Terras Indígenas na mira do licenciamento*. 26/04/2018. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/terras-indigenas-na-mira-do-licenciamento>>. Acesso em: 06 jun. 2020.
- SANTILLI, Juliana. *Aplicação das normas ambientais às terras indígenas e superposição de unidades de conservação com terras indígenas*. Revista de Direito Ambiental, RDA 12/68, out.-dez./1998.
- SANTILLI, Márcio. *A cilada corporativa*. In: Ricardo, Fany (org.). *Terras Indígenas e Unidades de Conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- SILVA, R.N. *Ambientalismo e soluções mágicas: a sobreposição de territórios, conceitos e normas no conflito entre a terra indígena Comexatibá e o Parque Nacional do Descobrimento*. 2018. 204 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Instituto de Geociências, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.



# Capítulo IX

Um panorama sobre o acesso  
à saúde dos presos em meio a  
pandemia causada pela covid-19:  
invisibilidade da pessoa presa

**Michaela Nicole Santos**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

**Mércia Guimarães Reis dos Santos**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito



# Um panorama sobre o acesso à saúde dos presos em meio a pandemia causada pela covid-19: invisibilidade da pessoa presa

**RESUMO:** O presente artigo visa mostrar o funcionamento do acesso à saúde nos estabelecimentos prisionais, evidenciando as mazelas existentes nesses ambientes que se intensificaram no atual cenário de pandemia causada pela Covid-19. Também vão ser analisadas algumas medidas já tomadas pelo Estado e quais fatores dificultam a prevenção da disseminação em massa nesses locais que carecem de infraestrutura, segurança, acesso à saúde, higiene, etc. Buscamos aqui discutir a existência de falhas bruscas nos sistemas prisionais na medida em que adotam e estimulam políticas de encarceramento em massa, gerando, portanto, superlotações e violações de diversos direitos essenciais à pessoa presa, principalmente no que se refere ao acesso à saúde, o que evidencia ainda mais a invisibilidade dos encarcerados.

**Palavras-chave:** Pandemia, Invisibilidade, Presos, Saúde, Covid-19, Direitos.

**SÚMARIO:** 1. Introdução; - 2. Invisibilidade da pessoa presa; - 3. COVID-19: Uma crise sanitária; 3.1. Recomendações do CNJ 62/2020; - 4. Acesso à saúde da pessoa presa; 4.1. Superlotação dos sistemas prisionais e suas consequências no cenário de pandemia; - 5. Considerações finais.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Com o fim da primeira Guerra Mundial, o mundo passou por algumas transformações e uma delas foi a política do *Welfare State* (Bem-Estar Social), em que o Estado seria responsável por promover serviços básicos para a sobrevivência da população. De acordo com Harold Wilensky:

A essência do Estado do Bem-Estar Social reside na proteção oferecida pelo governo na forma de padrões mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados a todos os cidadãos como um direito político, não como caridade<sup>1</sup>.

A política supracitada se consolidou no Brasil com a implantação da Constituição Federal de 1988, a qual é caracterizada por ser uma constituição social em que os direitos fundamentais dos cidadãos portam grande relevância e essencialidade. Singrando esses mares, tal Constituição dispõe, em seu artigo 196, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>2</sup>.

Todavia, ao passar do tempo, torna-se mais contundente a dificuldade em garantir a sociedade brasileira um acesso efetivo a esse direito fundamental, o qual está longe de alcançar efetivamente a totalidade do país, tampouco a população carcerária brasileira.

O sistema carcerário brasileiro possui inúmeros problemas que contrariam não só o direito à saúde dos presos, mas demais direitos garantidos no nosso ordenamento jurídico. Não faltam dispositivos jurídicos para assegurar esse direito tão essencial à manutenção da vida de qualquer indivíduo. Internamente, o artigo 14 da LEP (Lei de Execução Penal) garante o direito de assistência à saúde do preso<sup>3</sup>. Internacionalmente, a ONU (Organização das

1 PIMENTA DE FARIA, Carlos Aurélio. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n° 46, 1998, pág. 39.

2 JURISDIÇÃO. 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 10 de Junho de 2020.

3 JURISDIÇÃO. Lei N° 7.210, de 11 de julho de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> Acesso em 10 de Junho de 2020.



Nações Unidas) preconiza que cada estabelecimento penitenciário deve ter, pelo menos, um médico, dentre outras medidas em prol da saúde dos encarcerados.

A pandemia causada pelo vírus Covid-19 trouxe consigo uma notória discussão nos meios de comunicação sobre a acessibilidade da comunidade aos hospitais públicos, aos leitos emergenciais, ao Sistema Único de Saúde, etc. Entretanto, pouco se discute sobre o acesso a saúde da pessoa presa, o que demonstra uma invisibilidade dos encarcerados perante a sociedade. Assim, perante um cenário de pandemia, é peremptório a relevância da discussão sobre as medidas de acesso a saúde dos encarcerados, visto que a sociedade não consegue (ou não quer) enxergar a situação precária na qual vive a população carcerária.

O livro, “Ensaio Sobre a Cegueira”, de José Saramago, traz uma alegoria para a cegueira social, em que é preciso todas as pessoas cegarem para que uns entendessem a essência dos outros. Saramago consegue mostrar na sua obra o quão as pessoas só veem as coisas pela sua própria perspectiva, isto é, somente pelo seu olhar. Isso é muito perceptível no seguinte trecho: “Penso que não cegámos, penso que estamos cegos, cegos que veem, cegos que, vendo, não veem”<sup>4</sup>.

Nesse sentido, tal cegueira também pode ser contemplada na sociedade brasileira, em que a precariedade das celas e corredores sujos estão longe de serem notabilizados, seja porque muitos fecham os olhos por não querer enxergar a realidade, seja porque muitos não conseguem notá-la. Dessa forma, através de uma pesquisa qualitativa, o presente artigo demonstrará a pouca visibilidade da sociedade em relação à pessoa presa e quais impactos decorrem disso, especialmente no que concerne ao acesso à saúde.

## **2. INVISIBILIDADE DA PESSOA PRESA**

A sociedade possui uma tendência de tratar os presos como seres invisíveis, isto é, aqueles que não precisam que seus direitos sejam assegurados. Isso configura-se por ser um reflexo da figura punitiva do Estado, a qual é exercida através das penas privativas de liberdade. O vocábulo “pena” vem do latim que significa inflação

---

4 SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. Companhia das Letras, 25 de outubro de 1995, p. 183.

de dor física. De acordo com o autor Enrique Pessina, citado por Rogério Greco, a pena é “um sofrimento que recai, por obra da sociedade humana, sobre aquele que foi declarado autor do delito”<sup>5</sup>. Assim, como é inconstitucional a aplicação de penas cruéis, ou seja, aquelas que causem diretamente dores físicas, a sociedade e o Estado encontram uma brecha ao desrespeitarem os direitos dos presos. A violação desses direitos vai desde o inconsequente encarceramento em massa dos presídios brasileiros até a falta de um dos direitos mais básicos e essenciais que é a saúde.

Ainda nessa linha de intelecção, existe um agravo sobre a forma como a sociedade busca ver a população carcerária, os enxergando como inimigos. Greco aduz que o conceito inimigo é tratado pelo movimento do Direito Penal do Inimigo desenvolvido pelo professor alemão Günter Jakobs, que seria um direito penal despreocupado em cumprir os direitos fundamentais, pois estaríamos diante de inimigos, os quais retiram a paz social. Isso decorre de uma alta taxa de criminalidade no Brasil, como destaca Leonardo Sica, citado por Rogério Greco, “o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência”<sup>6</sup>.

Ademais, existem outros motivos que acarretam a falta de co-moção social diante da situação desumana dos encarcerados, que não serão enumerados aqui. Juarez Cirino distingue os objetivos declarados da pena dos objetivos velados, os quais apontam para uma desigualdade. Afirma Cirino:

O significado político do controle social realizado pelo Direito Penal e pelo sistema de Justiça Criminal aparece nas funções reais desse setor do Direito- encobertas pelas funções declaradas do discurso oficial: a criminalização primária realizada pelo Direito Penal (definição legal de crimes e penas) e a criminalização secundária realizada pelo Sistema de Justiça Criminal constituído pela política, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais) garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas<sup>7</sup>.

5 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. Edição 21ª. Impetus, p. 16.

6 GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo*. Jusbrasil, 2012. Disponível em <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 20/06/2020.

7 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Edição 6. ICPC, 2014, p. 10.

Entretanto, a pena privativa de liberdade deveria apenas retirar a liberdade do preso que está sob custódia do Estado e, portanto, os demais direitos deveriam ser assegurados. Porém, já não basta a invisibilidade vivenciada pela maioria carcerária em um ambiente externo e anterior a prisão, tal problema também é trazido internamente, uma vez que os presos vivenciam cotidianamente situações que desrespeitam seus direitos essenciais.

### 3. COVID-19: UMA CRISE SANITÁRIA

O coronavírus (COVID-19) é uma família de vírus que pode causar infecções respiratórias, teve origem no mercado de peixes da cidade de Wuhan na China, sendo que os primeiros casos foram relatados em 31/12/2019, e, posteriormente, os casos foram aumentando exponencialmente.<sup>8</sup> Ademais, mais de 27 países confirmaram casos, dentre eles o Brasil, o que fez a OMS declarar uma pandemia, tornando-se um grande desafio sanitário mundial<sup>9</sup>.

De acordo com a OMS, desde o início da pandemia até 10 junho de 2020, já foram registrados 411.879 mortes e 7264.866 casos de pessoas infectadas pelo mundo. O insuficiente conhecimento da doença e sua alta taxa de disseminação vem provocando mortes em populações vulneráveis, gerando incertezas sobre as melhores estratégias a serem utilizadas para o enfrentamento da pandemia<sup>10</sup>.

Esse vírus faz parte de uma família de vírus que causa infecções respiratórias, existindo um espectro clínico muito grande que pode causar desde um simples resfriado até uma pneumonia grave. Destaca-se ainda, que essa doença atinge mais a população que possui acima de 60 anos e algumas comorbidades. Diversos estudos internacionais revelam que as comorbidades mais prevalentes são diabetes e hipertensão<sup>11</sup>.

---

8 BRASIL. Ministério da Saúde. O que o Coronavírus? Disponível em <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

9 SANARMED. Coronavírus (covid19): origem, sinais, sintomas, achados, tratamento e mais. Publicado em 17/03/2020. Disponível em <<https://www.sanarmed.com/coronavirus-origem-sinais-sintomas-achados-tratamentos>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

10 GUILHERME, Loureiro Werneck. CARVALHO, Marília Sá. *A pandemia de Covid-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada*. Publicado em Cadernos de Saúde Pública 2020, p. 1.

11 AMARAL, Márcio Claudio. *Informações sobre o novo coronavírus (COVID19)*. Publicado em Radio Brasil, 03/2020.

É notório que, por se tratar de uma doença nova, o seu tratamento se tornou mais difícil e desafiador. Diante dessa problemática, a OMS fez algumas recomendações a fim de atenuar o crescente contágio que assola o mundo inteiro, dentre elas estão: o isolamento social, a testagem da população, o uso de máscara, algumas medidas de higiene, como lavar as mãos e utilizar álcool em gel, etc<sup>12</sup>.

Todavia, o Brasil possui maiores desafios pela enorme desigualdade social e pelas condições precárias de habitação nas periferias e estabelecimentos prisionais. Boa parte da população brasileira não tem acesso ao saneamento básico, possuindo pouco acesso à água e vivendo aglomerada em casas pequenas, sem ter sequer dinheiro para comprar álcool em gel, e dependendo do SUS (Sistema Único de Saúde) para ter acesso ao tratamento<sup>13</sup>. Assim, este vírus, ao chegar no Brasil, encontrou um país cheio de vulnerabilidades, e nestes momentos de crise a sociedade percebe a importância da intervenção do Estado para diminuir o estrago que o Coronavírus vem causando.

### 3.1. Recomendações do CNJ 62/2020

Diante da instável situação de calamidade que o Brasil passou a vivenciar, o Conselho Nacional de Justiça sentiu a necessidade de interferir no Judiciário, emitindo no dia 17/03/2020, uma recomendação para adoção de medidas preventivas à propagação do Covid-19 no sistema prisional e socioeducativo do país, com o intuito de que os tribunais e magistrados aderissem a ela para que esse novo vírus fosse prevenido ou, até mesmo, atenuado no âmbito carcerário. Algumas das medidas aconselhadas foi a soltura de detentos condenados por dívidas de pensão alimentícia, a reavaliação de prisões provisórias, dando prioridade à liberação das pessoas que se enquadram no grupo de risco, detentos em estabelecimentos superlotados e pessoas presas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça<sup>14</sup>.

12 SBPT- Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia. Orientações da OMS para prevenção da COVID-19. Disponível em <<https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

13 GUILHERME, Loureiro Werneck. CARVALHO, Marília Sá. *A pandemia de Covid- 19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada*. Publicado em Cadernos de Saúde Pública, 2020, p. 3-4.

14 AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *COVID-19: CNJ emite recomendação sobre sistema penal e socioeducativo*, 17 de março de 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/covi->

Tal recomendação é um reflexo da carência de infraestrutura e segurança no sistema prisional do país, uma vez que o mesmo, em termos gerais, não possui capacidade para suportar todo o contingente carcerário, impossibilitando um acesso efetivo à saúde da pessoa presa. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 773 mil presos. Entretanto, os dados mostram que apenas possuem 461.026 vagas disponíveis, gerando um déficit preocupante de vagas nas unidades carcerárias, e refletindo uma política de encarceramento em massa do Estado brasileiro. O próprio diretor-geral do Depen, Fabiano Bordignon, alega que não temos muitos presos no Brasil, mas sim poucas vagas<sup>15</sup>.

A recomendação 62/2020 foi vista por muitos como incabível, uma vez que algumas das suas orientações trazidas ao Judiciário foram idealizadas por alguns como contrária a política de distanciamento social, além de conceder impunidade àqueles que infringiram a lei. Entretanto, segundo uma estimativa divulgada pela Depen, nem 4% da população carcerária brasileira foi solta, mas apenas 30 mil presos, os quais irão continuar cumprindo sua pena privativa de liberdade, porém, em prisão domiciliar<sup>16</sup>. Irã, por exemplo, possui menos de 1/3 do número da população carcerária brasileira, mas foram soltos cerca de 85.000 presos, ou seja, 55.000 presos a mais do que foi computado no Brasil<sup>17</sup>.

Não faltaram tentativas para suspender o ato, a exemplo do Partido Brasileiro Podemos, o qual ajuizou um mandado de segurança para suspender a resolução, alegando que a crise sanitária não pode ser justificativa para a impunidade<sup>18</sup>. Isso ocorre porque

---

d-19-cnj-emite-recomendacao-sobre-sistema-penal-e-socioeducativo/>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

- 15 GRILLOO, Marco. Número de presos no Brasil chega a 773 mil, alta de 3,89% em relação ao semestre anterior. 14/02/2020. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-presos-no-brasil-chega-773-mil-alta-de-389-em-relacao-ao-semester-anterior-1-24248887>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.
- 16 Folha de S.Paulo. 06/04/2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/04/depen-estima-que-30-mil-presos-tenham-sido-liberados-por-decisoes-judiciais-durante-pandemia.shtml>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.
- 17 REUTERS. Exame. *Irã liberta 85 mil presos em reação ao Coronavírus*. 17/03/2020. Disponível em <<https://exame.com/mundo/ira-liberta-85-mil-prisoneiros-em-reacao-ao-coronavirus/>>. Acesso em 13 de Junho de 2020.
- 18 Revista Consultor Júnior. *Medidas cautelares: Marco Aurélio nega pedido de suspensão da Recomendação 62 do CNJ*. 30/04/2020. Disponível em <<https://www.conjur.com>>.

o sistema prisional não atua efetivamente para cumprir a ressocialização e a prevenção de novos delitos, mas para fortalecer o anseio social através da figura da punição. Todavia, essa punição não pode se transformar em instrumento de violação dos direitos fundamentais da pessoa presa. No estado de calamidade pública, a omissão dos juízes e tribunais quanto ao relaxamento das penas privativas de liberdade repercute na violação dos direitos daqueles que por muitos são esquecidos, mas que são amparados constitucionalmente e infraconstitucionalmente.

#### 4. ACESSO À SAÚDE DA PESSOA PRESA

Não é novidade que a supressão dos direitos dos presos ocorre constantemente, e, na maioria das vezes, muitos agem com indiferença e fecham os olhos para essa realidade. Foi de fundamental importância o julgamento da ADPF 347, em que o STF reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, fazendo-se presente, diante da violação dos direitos fundamentais dos presos, a urgência na adoção de providências na gestão prisional do país<sup>19</sup>.

Além da Lei de Execução Penal assegurar aos presos o direito de assistência à saúde<sup>20</sup>, o direito a saúde, como já dito anteriormente, é previsto pela Constituição como fundamental a todo cidadão, devendo o Estado agir de modo efetivo para que todos usufruam de tal garantia. Destaca-se, então, por ser um direito básico e, conseqüentemente, muito sensível, justamente por haver uma precariedade das condições estruturais dos estabelecimentos penais, tornando-se, na prática, um direito difícil de ser alcançado.

Segundo as regras mínimas das Nações Unidas para tratamento de reclusos (regras de Mandela), a prestação de serviços médicos aos reclusos é da responsabilidade do Estado<sup>21</sup>, além do

---

br/2020-abr-30/ministro-nega-pedido-suspensao-recomendacao-62-cnj>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

19 MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 34*. 2015. Disponível em <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

20 **Art. 14:** A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

21 Regra 24: 1. O provimento de serviços médicos para os presos é uma responsabilidade do Estado. Os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde dis-

que todas as prisões devem possuir serviço à saúde<sup>22</sup>. Porém, segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, de todas as unidades prisionais do país, 31% não oferecem assistência médica aos detentos. Conforme dados do Infopen de junho de 2019, dos 1.412 estabelecimentos penais, 856 possuem consultório médico, 785 possuem estabelecimentos com sala de curativos, suturas, vacinas e posto de enfermagem<sup>23</sup>. Diante desse cenário, percebe-se uma precária acessibilidade à saúde nesses ambientes, o que só acentua no cenário atual de pandemia.

Evidente que cada Estado Federativo está tomando as medidas necessárias para a enfrentamento da propagação decorrente do Covid-19. Foi editada algumas portarias a fim de minimizar e prevenir a disseminação do Covid-19, trazendo recomendações para os sistemas prisionais no combate à pandemia, como a Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020 e a portaria nº 135, de 18 de março de 2020<sup>24</sup>. No Governo Federal e nos Estados foi supresso o direito à visita dos detentos, a fim de reduzir o contágio do Coronavírus. Apesar disso, no dia 03/07/2020, o Depen, através do Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais, já tinha atualizado o número de presos infectados, suspeitos e mortos pelo Covid-19 no Brasil, contabilizando 4.739 presos infectados, 1086 suspeitos e 62 mortos, o que o torna, dos 49 países mencionados, o 3º país com mais presos infectados e mais presos mortos pelo Covid-19<sup>25</sup>.

A situação torna-se ainda mais preocupante quando estamos falando dos presos que se enquadram no grupo de risco e que não

---

poníveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada pela sua situação jurídica.

- 22 Regra 25: 1. Toda unidade prisional deve contar com um serviço de saúde incumbido de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos presos, prestando particular atenção aos presos com necessidades especiais ou problemas de saúde que dificultam sua reabilitação.
- 23 Departamento Penitenciário Nacional. *Depen divulga nota técnica sobre acesso à saúde no sistema prisional*. 07/04/2020. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen-divulga-nota-tecnica-sobre-acesso-a-saude-no-sistema-prisional>>. Acesso em 11 de junho de 2020.
- 24 BRASIL. Diário Oficial da União. Portaria Interministerial Nº 7, de 18 de março de 2020 e Portaria Nº 135, de 18 de março de 2020. Brasília - DF, quarta-feira, 18 de março de 2020. Disponível em <[http://depen.gov.br/DEPEN/copy\\_of\\_PortariaMJSP135.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/copy_of_PortariaMJSP135.pdf)>. Acesso em 11 de Junho de 2020.
- 25 MATIAS, Tatiane Leite Lima. *COVID-19 Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais*. 19/03/2020. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/covid-19-painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

foram deslocados para outras prisões mais seguras ou até mesmo para regime domiciliar. Não está fora de cogitação a questão da subnotificação do número de mortes dos presos infectados, e diante disso, faz-se necessário a atuação efetiva do governo e de toda a sociedade. A baixa quantidade de exame pode evidenciar a subnotificação, sendo que depois de 3 meses de quarentena, alguns Estados, como São Paulo, não divulgaram a quantidade de presos que já foram testados<sup>26</sup>. Inexistindo a atualização constante de dados verídicos sobre o alcance desse vírus nos estabelecimentos prisionais, a situação pandêmica se agrava ainda mais, justamente porque os registros oficiais não indicam a realidade caótica que o país vem enfrentando.

Um significativo percentual da população carcerária não está sendo testada, com isso, muitos estão sendo expostos à doença devido aos ambientes contaminados e carecedores de materiais de limpeza, de espaço adequado, de utensílios preventivos, etc. A vivência em um local em que não oferece recursos necessários para manutenção da vida e da saúde é uma situação que afronta os Direitos Humanos e, conseqüentemente, a própria Constituição, visto que os tratados de direitos humanos são equiparados à norma constitucional.

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno<sup>27</sup>.

A dignidade humana é o direito mais basilar de todo cidadão, e esta não pode ser alcançada caso estejam em jogo os direitos fundamentais que o Estado apregoa como perpétuos. O fundamento de violação dos direitos basilares da pessoa presa não pode ser

26 ESTEVES, Eduarda. Último segundo. *Após denúncia, 221 mil presos e 35 mil servidores serão testados, diz secretário*. 09/06/2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2020-06-09/apos-denuncia-221-mil-presos-e-35-mil-servidores-serao-testados-diz-secretario.html>. Acesso em: 11 de junho de 2020.

27 PIOVENSAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. e atual. São Paulo. Saraiva, 2013, p.128.



aquele que remete à quebra normativa no ato delitivo, caso contrário, representaria uma afronta, da mesma forma, do dispositivo jurídico que garante ao apenado seus respectivos direitos.

#### **4.1. Superlotação dos sistemas prisionais e suas consequências no cenário de pandemia**

Como já supracitado na obra de José Saramago, os indivíduos de uma cidade são tomados por uma cegueira branca, e uma das formas de conter que essa cegueira se espalhe é o aprisionamento dos infectados em um manicômio. O número de pessoas infectadas vai aumentando e novas pessoas vão entrando no manicômio. Contudo, as condições do manicômio continuam as mesmas e as pessoas passam a viver em condições subumanas<sup>28</sup>. Aristóteles diz que a arte imita a vida, e assim como ocorreu no clássico livro de Saramago, acontece também na nossa sociedade em relação à situação da superlotação dos presídios.

Segundo dados do Infopen, em 2016, a população carcerária aumentou 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Entretanto, as condições dos estabelecimentos carcerários não acompanharam esse fluxo crescente, acarretando em superlotações que desrespeitam os direitos dos presos. Apenas 21% dos estabelecimentos prisionais estão com a quantidade de presos de acordo com a capacidade. Dentre os demais, 41% apresentam índices de ocupação entre 101% e 200%; outros 20% apresentam taxas de ocupação que representam entre 201% e 300% de sua capacidade total; 5% das instituições prisionais acomodam efetivo que equivale entre 301% e 400% de sua capacidade; enquanto 11% (leia-se, 155 unidades prisionais) apresentam índice de ocupação superior a 401% de sua capacidade total<sup>29</sup>. O art.88 da LEP assegura cela individual ao condenado, com aparelho sanitário e lavatório<sup>30</sup>. Porém, não há dúvidas de que isso está longe de ser aplicável concretamente.

---

28 SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. Companhia das Letras, 25 de outubro de 1995.

29 INFOPEN, 2017, p. 9 e 27.

30 JURISDIÇÃO. Lei N° 7.210, de 11 de julho de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em 10 de Junho de 2020.

Todos esses dados supracitados demonstram que não existe, no Brasil, uma estrutura digna que suporte o tamanho do contingente de presos. Para Virginia Camargo:

A superlotação devido ao número elevado de presos, é talvez o mais grave problema envolvendo o sistema penal hoje. Prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso um mínimo de dignidade. Todos os esforços feitos para a diminuição do problema, não chegaram a nenhum resultado positivo, pois a disparidade entre a capacidade instalada e o número total de presos tem apenas piorado. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo ao buraco do esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grandes celas ou pendurados em rede. (...) Os estabelecimentos penitenciários brasileiro, variam quanto a tamanho, forma e desenho. O problema é que assim como nos estabelecimentos penais ou em celas de cadeias o número de detentos que ocupam seus lugares chega a ser de cinco vezes mais a capacidade<sup>31</sup>.

Não há dúvidas de que a superlotação dos presídios brasileiros favorece a rápida disseminação de doenças infecciosas, seja pelo descumprimento da distância necessária para evitar o contágio, seja pela insuficiência dos recursos médicos e higiênicos. Segundo a Penal Reform International, Organização não governamental:

Anos de sentença punitiva resultaram em superlotação severa, com prisões em mais de 124 países excedendo a taxa máxima de ocupação, 23 das quais contendo prisões com mais de 200% da capacidade. Essas condições tornam quase impossível manter diretrizes de distanciamento social<sup>32</sup>.

O risco de contaminação é presente não apenas nos estabelecimentos carcerários, mas também pode impactar toda a saúde coletiva do país, visto que os servidores, ao adentrar os estabelecimentos carcerários, poderão estar infectando os internos ou poderão se infectar internamente e propagar o vírus externamente

31 CAMARGO, Virginia. *Realidade do Sistema Prisional do Brasil*. In: Âmbito jurídico. Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em <<http://www.ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-33/realidade-do-sistema-prisional-no-brasil/>>. Acesso em 11 de junho de 2020.

32 Penal Reform International. Disponível em <<https://www.penalreform.org/covid-19/covid-19-the-risk-to-places-of-detention/>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

quando retornarem as suas casas. No dia 16/05/2020, a coluna Painel, do jornal da folha de São Paulo, já tinha publicado que mais de 1.000 servidores do sistema prisional já tinham sido infectados<sup>33</sup>. Vê-se, dessa forma, que a proteção da saúde dos encarcerados é um sério problema de saúde pública. A maioria dos presos retornará à comunidade e, com a ausência de cuidados de alta qualidade, pode representar um risco para toda a população.

No início do julgamento do STF de ação que pede providências para crise prisional (ADPF-347), o ministro Marco Aurélio relata que a maioria dos presos está submetida a condições como superlotação, torturas, comida imprestável, doenças infectocontagiosas, ausência de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à saúde, etc. Segundo ele, ‘a situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos;

fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”<sup>34</sup>. Nesse cenário degradante, a proliferação em massa do Covid-19 nas prisões não está longe de ser possível, visto que os sistemas prisionais brasileiros não oferecem a estrutura necessária para suportar a 3ª maior população carcerária do mundo.

Outro aspecto que cabe destacar é o potencial risco de rebelião nos presídios, já que as informações negativas acerca da disseminação do novo vírus podem estimular fugas, brigas e outras formas de oposição a gestão prisional. De acordo com o painel de monitoramento dos sistemas prisionais, até o dia 10/06/2020, já se tinha 2 presos mortos decorrentes de Motins e 1346 fugas<sup>35</sup>, sendo que foram investidos mais de 18 milhões com materiais não letais, a fim de evitar tumultos nas prisões no período da pandemia<sup>36</sup>. Porém, não é o intuito desse presente trabalho se aprofundar nes-

33 Folha de S.Paulo. 16/05/2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/05/mais-de-mil-servidores-do-sistema-prisional-pegaram-covid-19-e-17-morreram.shtml>>. Acesso em 13 de Junho de 2020.

34 JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. 27 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

35 MATIAS, Tatiane Leite Lima. *COVID-19 Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais*. 19/03/2020. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/covid-19-painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>>. Acesso em 16 de junho de 2020.

36 Departamento Penitenciária Nacional. 29/05/2020. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/nota-a-imprensa-5>>. Acesso em 16 de junho de 2020.

se tipo de problema. O que se quer demonstrar é que está sendo colocado em risco não só a saúde dos detentos, mas toda a sua integridade física e psicológica diante de uma situação excepcional, a qual urge medidas excepcionais diante do cenário preocupante que, infelizmente, emergiu no sistema prisional.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto isso, evidencia-se que o sistema carcerário brasileiro possui muitas falhas, principalmente no que concerne à saúde, visto que os seus presídios não oferecem condições alguma para corroborar com a forte política de encarceramento exacerbado que tem alimentado não só os nossos governantes, mas a grande maioria da sociedade. A superlotação é um fator contribuinte em problemas de saúde nas prisões, principalmente quando se trata das doenças infecciosas. Uma vez enraizada a figura da punição através da privação de liberdade, deve-se discutir as consequências que emergem disso no contexto de pandemia, afetando, especialmente, a pessoa presa e, por tabela, toda a população.

Como já defendido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), medidas alternativas à prisão devem ser efetivamente concretizadas nos presídios brasileiros<sup>37</sup>, visto que os mesmos possuem alto déficit de vagas e infraestrutura, o que intensifica a alta disseminação do Covid-19 dentro desses ambientes. No presente cenário de emergência sanitária, sucatear os presos em um ambiente fechado que não oferece todas as medidas sanitárias necessárias para o combate desse vírus é a concretização indireta de vedações trazidas pela Lei maior.

Ademais, é necessário um maior investimento do Governo na saúde, a fim de assegurar a todos os presos, sem exceção, acesso a esse direito basilar e essencial através de um número maior de clínicas e médicos especializados, água potável, exames periódicos, menor exposição a trabalhos insalubres, e uma série de medidas sanitárias necessárias à manutenção da saúde da pessoa

---

37 MELLO, Daniel. Agência Brasil. *COVID-19: Comissão Internacional defende medidas alternativas à prisão*. 22/04/2020. São Paulo. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/covid-19-comissao-internacional-defende-medidas-alternativas-prisao>>. Acesso em 17 de Junho de 2020.

presa, as quais se fazem escassas nos últimos tempos. Caso contrário, a possibilidade de um surto em massa nas prisões brasileiras se faz mais presente, provocando, dessa forma, um crescente índice de mortes de presos que não tiveram o amparo necessário à manutenção da sua vida, e, portanto, não tiveram seus direitos básicos efetivados, o que coloca o país, mais uma vez, na mira da Justiça Internacional<sup>38</sup>.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *COVID-19: CNJ emite recomendação sobre sistema penal e socioeducativo*, 17 de março de 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/covid-19-cnj-emite-recomendacao-sobre-sistema-penal-e-socioeducativo/>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

AMARAL, Márcio Claudio. Informações sobre o novo coronavírus (COVID19), publicado em Radio Brasil, 03/2020.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*. 1. Ed, Brasília, 2016. Disponível em <<https://www.penalreform.org/resource/standard-minimum-rules-treatment-prisoners-smr/>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

BRASIL. Diário Oficial da União. Portaria Interministerial Nº 7, de 18 de março de 2020 e Portaria Nº 135, de 18 de março de 2020. Brasília - DF, quarta-feira, 18 de março de 2020. Disponível em <[http://depen.gov.br/DEPEN/copy\\_of\\_PortariaMJSP135.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/copy_of_PortariaMJSP135.pdf)>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *O que o Coronavírus?* Disponível em <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

CAMARGO, Virginia. *Realidade do Sistema Prisional do Brasil*. In: Âmbito jurídico. Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em <<http://www.ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-33/realidade-do-sistema-prisional-no-brasil/>>. Acesso em 11 de junho de 2020. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Edição 6. ICPC, 2014, p. 10.

---

38 DALBONI, Sara Posses; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. *A violação dos Direitos Humanos no sistema prisional brasileiro e o supercaso da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 01/10/2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/a-violacao-de-direitos-humanos-no-sistema-prisional-brasileiro-e-o-superCASO-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/1>>. Acesso em 14 de Junho de 2020.

Departamento Penitenciário Nacional. *Depen divulga nota técnica sobre acesso à saúde no sistema prisional*. 07/04/2020. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen-divulga-nota-tecnica-sobre-acesso-a-saude-no-sistema-prisional>>. Acesso em 11 de junho de 2020.

Departamento Penitenciário Nacional. 29/05/2020. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/nota-a-imprensa-5>>. Acesso em 16 de junho de 2020.

ESTEVES, Eduarda. Último segundo. *Após denúncia, 221 mil presos e 35 mil servidores serão testados, diz secretário*. 09/06/2020. Disponível em <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2020-06-09/apos-denuncia-221-mil-presos-e-35-mil-servidores-serao-testados-diz-secretario.html>>. Acesso em 11 de junho de 2020.

Folha de S.Paulo. 06/04/2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/04/depen-estima-que-30-mil-presos-tenham-sido-liberados-por-decisoes-judiciais-durante-pandemia.shtml>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

Folha de S.Paulo. 16/05/2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/05/mais-de-mil-servidores-do-sistema-prisional-pegaram-covid-19-e-17-morreram.shtml>>. Acesso em 13 de Junho de 2020.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral, edição 21<sup>a</sup>, editora Impetus, p. 16.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo*. Jusbrasil, 2012. Disponível em <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 20/06/2020.

GRILLOO, Marco. *Número de presos no Brasil chega a 773 mil, alta de 3,89% em relação ao semestre anterior*. 14/02/2020. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-presos-no-brasil-chega-773-mil-alta-de-389-em-relacao-ao-semester-anterior-1-24248887>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

GUILHERME, Loureiro Werneck. CARVALHO, Marília Sá. *A pandemia de Covid-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada*. Publicado em CADERNOS de Saúde Pública 2020, p.1; 3-4.

INFOPEN, 2017, p. 9 e 27.

JURISDIÇÃO. 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 10 de Junho de 2020.

JURISDIÇÃO. Lei N<sup>o</sup> 7.210, de 11 de julho de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em 10 de Junho de 2020.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. 27 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

MATIAS, Tatiane Leite Lima. *COVID-19 Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais*. 19/03/2020. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/covid-19-painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais>>. Acesso em 16 de junho de 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 34*. 2015. Disponível em <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

Penal Reform International. Disponível em <<https://www.penalreform.org/covid-19/covid-19-the-risk-to-places-of-detention/>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

PIMENTA DE FARIA, Carlos Aurélio. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n° 46, 1998, pág. 39.

PIOVENSAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. e atual. São Paulo. Saraiva. 2013, p.128.

Revista Consultor Júnior. *Medidas cautelares: Marco Aurélio nega pedido de suspensão da Recomendação 62 do CNJ*. 30/04/2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/ministro-nega-pedido-suspensao-recomendacao-62-cnj>>. Acesso em 11 de Junho de 2020.

REUTERS. Exame. *Irã liberta 85 mil presos em reação ao Coronavírus*. 17/03/2020. Disponível em <<https://exame.com/mundo/ira-liberta-85-mil-prisoneiros-em-reacao-ao-coronavirus/>>. Acesso em 13 de Junho de 2020

SANARMED. Coronavírus (covid19): origem, sinais, sintomas, achados, tratamento e mais. Publicado em 17/03/2020. Disponível em <<https://www.sanarmed.com/coronavirus-origem-sinais-sintomas-achados-tratamentos>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. Companhia das Letras, 25 de outubro de 1995, p. 183.

SBPT- Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia. *Orientações da OMS para prevenção da COVID-19*. Disponível em <<https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/>>. Acesso em 15 de Junho de 2020.





# Capítulo

# X

O Covid-19 e refugiados: uma análise de como a pandemia vem afetando a vida dos que vivem em situação de refúgio

**Milena Cotrim Novaes Rodrigues Silva**

Graduanda da Faculdade Baiana de Direito. Team  
Member da Stetson Moot Court Competition 2019-2020



# O Covid-19 e refugiados: uma análise de como a pandemia vem afetando a vida dos que vivem em situação de refúgio

**RESUMO:** O artigo propõe analisar os Direitos Humanos ao longo do tempo abordando sua evolução e seu desenvolvimento reconhecendo a situação dos refugiados. Busca discutir também a atual pandemia de SARS-CoV-2 e suas implicações na sociedade trazendo como foco uma análise de como essa pandemia vem afetando os refugiados no mundo.

**Palavras-chave:** direitos humanos, refugiados, pandemia, COVID-19

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DIREITO INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS 2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA EVOLUÇÃO 3 CONCEITO DE REFUGIADO 3.1 PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS 4 O QUE É UMA PANDEMIA E AS PANDEMIAS EXISTENTES AO LONGO DO TEMPO 4.1 O SARS-CoV-2 E A PANDEMIA DO COVID-19 5 COMO O COVID-19 VEM AFETANDO A POPULAÇÃO 5.1 COMO A PANDEMIA DO COVID-19 VEM AFETANDO A POPULAÇÃO REFUGIADA 5.2 COMO OS CAMPOS DE REFÚGIO VEM SENDO AFETADOS E VEM RESPONDENDO A PANDEMIA DO COVID-19 6 CONCLUSÃO REFERENCIAS**

---

## INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos podem ser conceituados através da ideia de proteção e promoção de direitos considerados intrínsecos e necessários para o desenvolvimento dos seres humanos. Esses direitos devem ser assegurados à todos indivíduos sem haver qualquer

forma de discriminação. Esses direitos são reconhecidos tanto na seara nacional quanto na internacional. Na análise do Direito Internacional, existe um ideal de proteção desses indivíduos independente de sua nacionalidade e onde o indivíduo se encontra.

Ao longo dos anos, os Direitos Humanos foram se desenhando no contexto jurídico. Inicialmente, esses direitos considerados essenciais para a dignidade da pessoa humana eram apresentados de forma natural como na Grécia Antiga e passando por ampliações e alterações no Direito Romano. Seu formato atual começou a se desenhar com a criação da Organização das Nações Unidas e Declaração Universal dos Direitos Humanos. Inúmeros tratados e convenções foram criadas para concretizar a proteção desses direitos.

Em um contexto em que uma pandemia global assola e vem modificando a realidade dos indivíduos, é necessário uma atenção ainda maior para esses direitos. A situação vem afetando todos independente da idade, raça, gênero ou classe. Nesse contexto, cabe uma reflexão acerca da igualdade e empatia com o próximo.

Nesse tópico, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados surge para garantir a proteção desses que estão em uma situação vulnerável. A Convenção irá caracterizar os refugiado como sendo qualquer pessoa que por causa de fundados temores de perseguições devido à raça, religião, nacionalidade, associação à um determinado grupo social ou à opinião política se encontra fora de seu país de origem. É importante reconhecer a situação de vulnerabilidade que esses indivíduos vivem e como a pandemia do novo coronavírus pode implicar em sua vida. Nesse ponto, é necessário vermos como isso vem afetando a vida das pessoas. Como isso vem afetando a vida dos refugiados e como vem afetando os que vivem em campos de refúgio.

Dessa forma, através do artigo pretendo analisar os Direitos Humanos e reconhecer um refugiado. É necessário entender o contexto atual de pandemia e no que consiste. Como essa situação vem afetando a população e, principalmente, aqueles que vivem em refúgio. É necessário, ainda, uma análise dos que vivem em campos de refúgio e como o cenário de pandemia está afetando a vida. No aspecto jurídico, será analisado os Direitos Humanos e como a situação dos refugiados envolvendo, principalmente, o contexto atual. Quanto a análise do aspecto social, haverá uma

análise de como a população está sendo afetada pelo novo coronavírus e como os campos de refúgio estão enfrentando a situação.

Para a elaboração do artigo, o método utilizado será o dedutivo. Através dele serão analisados o como se caracteriza um refugiado e uma pandemia. Será analisado como esse contexto novo, está afetando a população e, principalmente, os que vivem em refúgio e em campos de refúgio.

Portanto, no primeiro capítulo irei falar um pouco acerca do Direito Internacional e dos Direitos Humanos. No mesmo capítulo, irei falar acerca do seu surgimento e da sua evolução. No segundo capítulo, irei conceituar refugiado e como ocorre sua proteção. Através do terceiro capítulo, irei explicar no que consiste uma pandemia e apresentar algumas que existiram. Nesse mesmo capítulo, irei tratar do vírus SARS-Cov-2 e a pandemia atual. No quarto capítulo vamos analisar como o novo coronavírus está afetando a população. Nesse mesmo capítulo, irei analisar como vem afetando os refugiados e os que vivem em campos de refúgio. Finalizando, assim, com uma conclusão acerca do tema.

## 2. DIREITO INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS

Desde o início do tempo, o indivíduo encontrava formas de se organizar e aprender a viver em sociedade. Diversos teóricos surgiram com reflexões acerca de sua organização. Com isso em mente, o Direito surge como uma forma de organizar e regulamentar a sociedade. Nesse ponto, é importante trazer o conceito jurídico de “*Ibi Societas, Ibi Ius*”, onde existe sociedade, existe o Direito. O autor Valerio Mazzuoli<sup>1</sup> afirma que “desde o momento em que o homem passou a conviver em sociedade, com todas as implicações que esta lhe impõe, tornou-se necessária a criação de determinadas normas de conduta a fim de reger a vida em grupo.”

Através do avanço das relações internacionais, torna-se necessária uma regulamentação que as compreenda. Dessa forma, o autor Hildebrando Accioly<sup>2</sup> define o Direito Internacional como

---

1 MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Método, 2015, p.62

2 ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 15

“o conjunto de normas jurídicas que rege a comunidade internacional, determina direitos e obrigações dos sujeitos, especialmente nas relações mútuas entre os estados e destes com os demais sujeitos do direito internacional - como determinadas organizações internacionais e os indivíduos.”

Complementando a definição, Valerio Mazzuoli<sup>3</sup> reconhece que “o Direito Internacional Público pode ser conceituado como o conjunto de princípios e regras jurídicas (costumeiras e convencionais) que disciplinam e regem a atuação e conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais.”

Ao tratar da análise dos Direitos Humanos, o autor afirma que “É a imensa a parte das normas internacionais contemporâneas que dizem respeito à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, sendo inúmeros os tratados de direitos humanos conhecidos atualmente.”<sup>4</sup>

## 2.1. Surgimento dos direitos humanos e sua evolução

É evidente que os Direitos Humanos passaram a possuir uma maior presença após a Segunda Guerra Mundial mas questões envolvendo a proteção de alguns direitos reconhecidos como essenciais ao ser humano existem à algum tempo. O autor Hildebrando<sup>5</sup> afirma que “Dentre os documentos anteriores à Segunda Guerra Mundial, três se destacam: a Declaração Inglesa (Bill of Rights) (1689), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração do Homem e do Cidadão (1789 e 1793), cuja influência nos movimentos de independência dos países da América Latina não pode ser ignorada.” Como visto nos documentos apresentados, que constituem normas internas, no século XIX, os direitos individuais eram protegidos por normas internas.

3 MAZZUOLI, Valerio. *Op. cit.*, 2015, p.80

4 MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Método, 2015, p.895

5 ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 188

Dessa forma, costuma-se dividir os direitos humanos em gerações que são caracterizadas com base em movimentos históricos que foram essenciais para sua criação. O autor Karel Vasak apresenta a evolução dos Direitos Humanos ao longo do tempo. O autor<sup>6</sup> reconhece que “Para alguns autores, as origens dos direitos humanos remete a Grécia Antiga. Eles consideram que os direitos humanos podem vir direito natural.” Nesse ponto podemos trazer a mitologia grega de Antígona relatada por Sófocles. Nela, Antígona é repreendida por Creonte por ter enterrado seu irmão mesmo estando proibida. Como justificativa, Antígona afirma que atuou com base em leis não-escritas e universais que não podem ser modificadas. Portanto, a filosofia apresenta uma ideia de direitos humanos naturais.

Os Direitos Humanos da primeira geração são caracterizados como os Direitos à Liberdade. Nessa geração se destacam os direitos civis e políticos por estar em um contexto de início do constitucionalismo. Na segunda geração, são considerados os direitos da igualdade. Esses direitos surgem em um contexto de Estado social que prevê a existência de direitos econômicos, sociais e culturais reconhecendo direitos coletivos. A terceira geração é a dos direitos da fraternidade. Esses direitos remetem à paz, ao direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, comunicação. Alguns autores reconhecem a possível existência de uma quarta geração. De acordo com esses autores, essa geração trataria dos direitos humanos.

### 3. CONCEITO DE REFUGIADO

Adquirindo reconhecimento através da Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951<sup>7</sup>, o refugiado pode ser caracterizado como “qualquer pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de

---

6 VASAK, Karel. **The International Dimensions of Human Rights**. United Nations Educational, scientific, and cultural Organization, 1979, p. 9

7 GENEBRA, Convenção do Estatuto dos Refugiados, 28 de julho de 1951.

tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.”

Dessa forma, devemos estabelecer que existe uma diferença entre migrante e refugiado. Apesar da Organização das Nações Unidas não especificarem e reconhecerem exatamente um migrante, o refugiado se mudou de seu país por temores de perseguição enquanto que o migrante pode se mudar do país por diversos motivos.

De acordo com documentos apresentados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados<sup>8</sup>, até o final de 2019 haviam 79,5 milhões de refugiados no mundo. Esse número, é hoje o equivalente à 1% da população mundial. É importante reconhecer que muitas delas ainda vivem em campos de refúgio. Esses campos são extremamente importantes para o acolhimento das pessoas que fogem de seus lares em busca de um lugar mais seguro. Contudo, é muito importante reconhecer que alguns desses campos vivem situação de super lotação implicando no acesso à questões básicas aos seres humanos.

### **3.1. Proteção dos refugiados**

A proteção dos refugiados está reconhecida pela Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951 e é assegurada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Seus direitos estão reconhecidos na Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo do Estatuto dos Refugiados de 1967 que apresenta uma ampliação à anterior.

Como dito anteriormente, o conceito de refugiado foi reconhecido através pela Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951 mas apresentava uma limitação em que seriam reconhecidos como refugiados apenas aqueles provenientes da Europa. Cabe reconhecer que a Convenção do Estatuto dos Refugiados estava inserida em contexto de Pós Segunda Guerra Mundial momento em que a Europa foi completamente destruída e enfrentava em enorme crise.

Contudo, o Protocolo do Estatuto dos Refugiados de 1967 amplia essa limitação para que seu conceito seja aplicado à qualquer pessoa que saia de seu país por fundados temores de perseguição.

---

8 Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Dados sobre Refúgio. 18 de junho 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>. Acesso em: 25 de Agosto de 2020



#### 4. O QUE É UMA PANDEMIA E AS PANDEMIAS EXISTENTES AO LONGO DO TEMPO

Os termos de epidemia e pandemia são facilmente confundidos e durante os séculos XVII e XVIII eram utilizados de forma vaga e confundidas em diversos momentos. Os autores David M. Morens, Gregory K. Folkers e Anthony S. Fauci<sup>9</sup> reconhecem que “a pandemia de Cólera de 1831 até 1832 representou a primeira vez que a propagação global de uma doença infecciosa foi apresentada na imprensa popular, dia a dia, por mais de um ano, à medida que progredia inexoravelmente da Ásia para a Europa por meio de viagens e rotas comerciais.” Tendo isso em mente, quando a pandemia influenza surgiu o conceito já existia e através dela o termo veio à tona passando a ter uso geral em 1918.

Após a ocorrência dessas pandemias em conjunto com o avanço científico, as pandemias passaram a ser relacionadas à momentos históricos não sendo algo comum na sociedade contemporânea. Quanto à sua definição David M. Morens<sup>10</sup> reconhece que “Mesmo que não haja uma definição única aceita do termo pandemia, ainda pode ser proveitoso considerar as doenças comumente ditas como pandêmicas e tentar entendê-las melhor examinando semelhanças e diferenças entre elas.”

Nesse ponto, o autor analisa que as pandemias apresentam ampla extensão geográfica. O mesmo<sup>11</sup> afirma que “Quase todos os usos do termo pandemia referem-se a doenças que se estendem por grandes áreas geográficas.” Ao analisar o movimento das pandemias, as doenças pandêmicas implicam em uma propagação por transmissão que podem ser rastreadas de alguma forma. Quanto as altas taxas de ataque, o autor<sup>12</sup> analisa que “Pandemias tendem a exibir não apenas altas taxas de ataque, mas também disseminação “explosiva” - ou seja, vários casos aparecendo em um curto período de tempo.”

Outra característica à ser analisada é a mínima imunidade populacional. Quando a população apresenta imunidade à doen-

9 MORENS, David M.; FOLKERS, Gregory K.; FAUCI, Anthony S.. **What Is A Pandemic?**. The Journal of Infectious Diseases. Oxford, V. 200, Outubro 2009, p. 1018

10 *Ibidem*, p. 1019

11 MORENS, David M.; FOLKERS, Gregory K.; FAUCI, Anthony S.. **What Is A Pandemic?**. The Journal of Infectious Diseases. Oxford, V. 200, Outubro 2009, p. 1019

12 *Ibidem*, p. 1018

ça, a possibilidade dela se propagar e se tornar pandêmica reduz muito. Portanto, as doenças pandêmicas apresentam uma baixa taxa de imunidade populacional se propagando de maneira mais rápida e fácil. A novidade é, também, algo a ser analisado acerca dessas doenças. O termo é utilizado para doenças novas ou para mutações envolvendo algum organismo já existente.

Um ponto extremamente importante a ser analisado esta relacionado à infecciosidade. O termo foi utilizado poucas vezes fazendo referência à doenças não infecciosas sendo normalmente de maneira coloquial e não científica. Cabe trazer, também, a contagiosidade. A maioria das doenças pandêmicas são contagiosas podendo ser de pessoa para pessoa ou transmitida por outros vetores como a peste e a cólera. O último importante a ser analisado trata da severidade. O autor<sup>13</sup> afirma que “Embora a gravidade da doença não tenha sido um critério convencional de pandemia, o termo pandemia foi aplicado a doenças graves ou fatais”.

#### 4.1. O SARS-CoV-2 e a pandemia do Covid-19

O ano de 2020 tem sido desafiador em muitos aspectos. Desde o início o ano vem sendo marcado por notícias envolvendo o aumento na queimada da Amazônia, os conflitos e possibilidade do surgimento de uma Terceira Guerra Mundial e agora a existência de uma pandemia.

O coronavírus são vírus que causam uma infecção respiratória que pode se espalhar por diversas espécies sendo possível falar em sete reagentes ao seres humanos. Através de publicações realizadas pela Organização Mundial da Saúde<sup>14</sup> no dia 26 de Março de 2020 foi apresentada a origem do novo coronavírus. A publicação reconheceu que a pandemia é causada pelo coronavírus denominado SARS-CoV-2 que é proveniente de uma grande família de vírus que causam doenças respiratórias entre elas a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS) e a síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS), que apresentaram alta taxa de mortalidade. A publicação<sup>15</sup> também afirma que “O SARS-CoV-2 não está genética-

13 *Ibidem*, p. 1020

14 World Health Organization. (2020, 26 de março). **Origin of SARS-CoV-2**.

15 *Ibidem*, *loc. cit.*

mente relacionado a outros coronavírus conhecidos encontrados em animais domésticos ou de criação. A análise das sequências do genoma do vírus também indica que o SARS-CoV-2 é muito bem adaptado aos receptores de células humanas, o que lhe permite invadir células humanas e infectar pessoas facilmente.”

Em outra publicação, a OMS<sup>16</sup> reconhece que “A origem zoonótica (animal) precisa do 2019 - nCoV ainda é incerta. O vírus foi identificado em amostras ambientais de um mercado de animais vivos em Wuhan, e alguns casos humanos foram epidemiologicamente relacionados a esse mercado. Outros coronavírus, como SARS e MERS, também são zoonóticos e podem ser transmitidos de animais (civetas e camelos dromedários, respectivamente) para humanos.”

O autor Stanley Perlman<sup>17</sup> afirma que “O genoma viral foi sequenciado e esses resultados, em conjunto com outros relatórios, mostram que ele é 75 a 80% idêntico ao SARS-CoV e ainda mais relacionado a vários coronavírus de morcego. Ele pode ser propagado nas mesmas células que são úteis para o crescimento de SARS-CoV e MERS-CoV, mas notavelmente, 2019-nCoV cresce melhor em células epiteliais primárias das vias aéreas humanas do que em células de cultura de tecidos padrão, ao contrário de SARS-CoV ou MERS- CoV.”

A Organização Mundial da Saúde reconhece, ainda, a rápida propagação e seu impacto na saúde humana. Nesses aspectos, o documento criado no início do surto do novo coronavírus pela OMS<sup>18</sup> reconhece através da situação apresentada em Wuhan que “A transmissão de pessoa para pessoa, incluindo transmissão dentro de famílias e ambientes de saúde, foi confirmada em Wuhan e em várias cidades fora da China. O surto continua crescer na China em um ritmo rápido.” A presença desse vírus afetou contexto social e mundial que muitas vezes pode resultar em níveis mais graves e em muitas mortes.

---

16 World Health Organization. (2020, 3 de fevereiro). **2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): STRATEGIC PREPAREDNESS AND RESPONSE PLAN.**

17 PERLMAN, Stanley. **Another Decade, Another Coronavirus.** The New England Journal of Medicine. Fevereiro 2020, p. 760

18 World Health Organization. (2020, 3 de fevereiro). **2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): STRATEGIC PREPAREDNESS AND RESPONSE PLAN.**

## 5. COMO O COVID-19 VEM AFETANDO A POPULAÇÃO

O surgimento de uma pandemia modificou completamente o contexto mundial afetando a população de diversas formas. A alta taxa de letalidade do coronavírus e a ausência de uma resposta concreta fez com que a sociedade criasse novas formas de lidar com o problema incluindo a utilização de mascarar, álcool gel e, quando possível, ficar em casa. O objetivo é reduzir o contato com o vírus e assim diminuir sua propagação. Em situações em que a presença do vírus foi mais intensa, como na Itália e na Espanha, os governos decretaram o fechamento do espaço aéreo, das fronteiras, shopping e bares. Os governos determinaram uma quarentena para que a população permanecesse em casa, sem contato e dessa forma diminuísse a propagação do vírus.

Dessa forma, a Organização Mundial da Saúde estabeleceu diretrizes com medidas sociais e pessoais que reduzam a propagação do coronavírus. O documento<sup>19</sup> reconhece que “Medidas de saúde pública e sociais contribuem para interromper cadeias individuais de transmissão e prevenir surtos e, portanto, são essenciais para limitar a disseminação de COVID-19, particularmente enquanto vacinas e medicamentos ainda não estão disponíveis.”

Com isso em mente, o documento apresenta medidas para reduzir a propagação. As medidas sociais apresentadas pela OMS trazem a importância das medidas sociais que tem como objetivo diminuir a propagação de pessoa para pessoa. Nesse ponto, o documento<sup>20</sup> assegura que “As medidas pessoais incluem higienização frequente das mãos, distanciamento físico, etiqueta respiratória, uso de máscaras em caso de doença ou atendimento a alguém doente e limpeza e desinfecção do ambiente em casa.”

Ao analisar a importância de medidas de distancia física e social, a Organização<sup>21</sup> assegura que “em espaços públicos prevenir a transmissão entre indivíduos infectados e aqueles que não estão infectados e proteger aqueles em risco de desenvolver doenças graves. Essas medidas incluem o distanciamento físico, redução ou

19 World Health Organization. (2020, 18 de Maio). **Overview of public health and social measures in the context of COVID-19.**

20 World Health Organization. (2020, 18 de Maio). **Overview of public health and social measures in the context of COVID-19.**

21 *Ibidem, loc. cit.*

cancelamento de reuniões em massa e evitar espaços lotados em diferentes ambientes.”

É evidente o quanto essa pandemia vem afetando a sociedade incluindo seus hábitos e a economia. Nesse ponto, o documento<sup>22</sup> reconhece que “as medidas de movimento visam prevenir a introdução e limitar o movimento do vírus de uma área para outra. As medidas incluem limitar o movimento de pessoas local ou nacionalmente, oferecer orientação sobre viagens, providenciar viagens ordenadas com antecedência para evitar congestionamentos em centros de viagens, incluindo estações de trem, terminais de ônibus e aeroportos, e considerar um cordão sanitário ou outras medidas selecionadas quando justificadas pelo local epidemiologia de COVID-19.”

### **5.1. Como a pandemia do Covid-19 vem afetando a população refugiada**

Como visto, a pandemia vem exigindo novos hábitos e novas respostas da população. O novo coronavírus afetou de diversas formas com a alta da ocupação de hospitais e a economia implicando no aumento da desigualdade. É preciso reconhecer e discutir o quanto essa situação está afetando as pessoas que vivem em situação de refúgio.

Com o crescimento no número de pessoas que fugindo de guerras e conflitos no Oriente Médio e na África inúmeras rotas de fuga foram criadas. Muitas pessoas acabam arriscando suas vidas em busca de um futuro melhor e de um lar em que possam viver em paz. Essas rotas incluem caminhadas exaustivas cruzando inúmeros países, o pagamento de botes ou vans clandestinas para que possam chegar em outro país. Uma rota muito utilizada ultimamente tem sido a travessia do mar Mediterrâneo, inúmeras pessoas gastam seus últimos bens e economias para tentar a travessia em busca de uma vida melhor. Através de uma análise dos campos de refugiados na Grécia, a Organização Médicos sem Fronteiras<sup>23</sup> reconheceu que “Em algumas partes do campo de

---

22 *Ibidem, loc. cit.*

23 Médicos Sem Fronteiras. (20 de Março de 2020). **MSF alerta para uma catástrofe se COVID-19 atingir campos de refugiados na Grécia.** Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/msf-alerta-para-uma-catastrofe-se-covid-19-atingir-campos-de-refugiados-na-grecia>. Acessado em 27 de Agosto de 2020

Moria, há apenas uma torneira de água para cada 1.300 pessoas e não há produtos disponíveis para a higiene das mãos. Famílias de cinco ou seis pessoas precisam dormir em um espaço de 3m<sup>2</sup>. Em caso de transmissão generalizada, a capacidade de resposta das estruturas de saúde locais pode ser limitada.”

Nesse ponto, o autor Thiago Lima<sup>24</sup> afirma que “ Estas pessoas não possuem um lar para onde retornar. Tampouco encontraram um novo lugar para chamar de lar. Com as grandes restrições e os períodos de *lockdown* adotados em diversas regiões da Europa, sua presença é ainda menos desejável. No entanto, estas pessoas, de diferentes nacionalidades, enfrentam um novo desafio diante da possibilidade de contágio em campos de refugiados(as).”

Analisando essas circunstâncias, o autor<sup>25</sup> “O isolamento é social entre indivíduos, mas não como nações e povos. O fechamento de fronteiras não é a solução para todos os problemas, se a solidariedade e a cooperação não forem o novo marco das relações internacionais”.

## 5.2. Como os campos de refúgio vem sendo afetados e vem respondendo a pandemia do Covid-19

Em um documento realizados pelo Médico Sem Fronteiras, o refugiado e promotor de saúde do MSF em Kirkuk, no Iraque, Hameed Hilal<sup>26</sup> afirma que “Agora, com a pandemia, morar no campo se tornou mais estressante do que antes para a maioria de nós, residentes. Viver em um acampamento apresenta muitas dificuldades, mas por causa da COVID-19 agora há situação ficou ainda pior. O governo estabeleceu bloqueios e restrições frequentes sobre os locais para onde as pessoas podem viajar, o que dificulta demais encontrar empregos regulares ou mesmo apenas o trabalho

24 LIMA, Thiago. **Crise humanitária contemporânea como crise migratória: a situação dos campos de refugiados na pandemia de COVID-19**. Núcleo de Estudos e Análises Internacionais. Junho 2020. Disponível em: <https://neai-unesp.org/crise-humanitaria-contemporanea-como-crise-migratoria-a-situacao-dos-campos-de-refugiados-na-pandemia-de-covid-19/>. Acessado em: 27 de Agosto 2020

25 *Ibidem*, loc. cit.

26 Médicos Sem Fronteiras. (19 de Agosto de 2020). **Promotor de saúde relata que COVID-19 é desafio a mais em campo de refugiados no Iraque**. Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/promotor-de-saude-relata-que-covid-19-e-desafio-mais-em-campo-de-refugiados-no-iraque>. Acessado em 27 de Agosto de 2020

diário. Mesmo com o fechamento do bloqueio, encontrar empregos é muito mais difícil do que antes, devido à crise econômica - os negócios em todos os lugares estão muito mais lentos e os trabalhadores estão com menos demanda. A maioria dos residentes dependia do trabalho diário para garantir suas necessidades básicas - isso significa que são pagos por dia e não têm renda garantida. Agora que as coisas estão ficando mais difíceis em termos de trabalho e de dinheiro, as pessoas estão tendo que priorizar trabalhar para alimentar suas famílias em vez de ficarem seguras em casa.”

Em uma análise à situação dos rohingyas em Bangladesh, que há um dos maiores campos de refugiados do mundo, a líder da equipe de Médicos Sem Fronteiras no local, Tarikul Islam<sup>27</sup> reconheceu que “A maioria dos pacientes que atendemos, crianças e adultos, vem com infecções respiratórias e de pele e doenças diarreicas. Essas doenças estão principalmente relacionadas às más condições de vida.” A Organização analisa que “Há mais ordem agora nos acampamentos do que nos primeiros dias da emergência, com melhores estradas e mais latrinas e pontos de água potável, embora o acesso ainda seja extremamente limitado. Mas a vida no local é precária. Todos os anos, quando chega a estação das monções, o risco de inundações, deslizamentos de terra e de perda dos poucos bens que as pessoas possuem é muito real.”

É visível os inúmeros problemas que esse campo de refugiados enfrenta sem analisar, ainda, o atual contexto de Covid-19. A Organização<sup>28</sup> pontua, ainda, que “Compartilhar informações sobre a COVID-19 e aumentar a conscientização entre as comunidades foi crucial para a resposta de MSF, mas fazer isso usando a mídia social ou mensagens SMS foi prejudicado por restrições à disponibilidade de rede móvel dentro e ao redor dos campos. Para evitar reunir pessoas em grupos, nossas equipes de abordagem nos acampamentos e nos vilarejos vizinhos vão de casa em casa, falando com cada membro da família.”

27 Médicos Sem Fronteiras. (24 de Agosto de 2020). **Rohingyas ainda vivem incerteza em Bangladesh três anos após a maior onda de deslocamentos.** Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/rohingyas-ainda-vivem-incerteza-em-bangladesh-tres-anos-apos-maior-onda-de-deslocamentos>. Acessado em 28 de Agosto de 2020

28 Médicos Sem Fronteiras. (24 de Agosto de 2020). **Rohingyas ainda vivem incerteza em Bangladesh três anos após a maior onda de deslocamentos.** Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/rohingyas-ainda-vivem-incerteza-em-bangladesh-tres-anos-apos-maior-onda-de-deslocamentos>. Acessado em 28 de Agosto de 2020

## 6. CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos foram se desenvolvendo ao longo do tempo e desde cedo foram essenciais para que os indivíduos vissem com dignidade. Sua caracterização inicial como direito natural foram essenciais para que os indivíduos possuísem alguns direitos ao longo do tempo. Evoluindo da Grécia Antiga, passando pelo Direito Romano, pelo Direito Inglês, pela Revolução Francesa, as duas Grande Guerras e a criação da Organização das Nações Unidas, os Direitos Humanos sofreram diversas alterações. Através desses eventos, inúmeros tratados e convenções foram criados para garantir maior eficácia para esses direitos. O reconhecimento do refugiado através da Convenção do Estatuto do Refugiado foi essencial para que esse direito fosse reconhecido para todos os indivíduos no contexto internacional.

Nesse ponto, é necessário refletir como uma pandemia vem afetando o contexto mundial, principalmente, a população. Existe uma importância em reconhecer o quanto essa situação vem afetando os que deixam seus países em busca de uma vida melhor e digna. Reconhecer como esse contexto está afetando os que vivem em campo de refúgio. É importante que haja uma análise de que todos são seres humanos e estão sendo afetados pela existência da pandemia.

## REFERÊNCIAS

- MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Método, 2015
- ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- VASAK, Karel. **The International Dimensions of Human Rights**. United Nations Educational, scientific, and cultural Organization, 1979
- MORENS, David M.; FOLKERS, Gregory K.; FAUCI, Anthony S.. **What Is A Pandemic?**. The Journal of Infectious Diseases. Oxford, V. 200, Outubro 2009
- PERLMAN, Stanley. **Another Decade, Another Coronavirus**. The New England Journal of Medicine. Fevereiro 2020



LIMA, Thiago. **Crise humanitária contemporânea como crise migratória: a situação dos campos de refugiados na pandemia de COVID-19.** Núcleo de Estudos e Análises Internacionais. Junho 2020. Disponível em: <https://neai-unesp.org/crise-humanitaria-contemporanea-como-crise-migratoria-a-situacao-dos-campos-de-refugiados-na-pandemia-de-covid-19/>. Acessado em: 27 de Agosto 2020

GENEBRA, **Convenção do Estatuto dos Refugiados**, 28 de julho de 1951.

World Health Organization. (2020, 26 de março). **Origin of SARS-CoV-2.**

World Health Organization. (2020, 3 de fevereiro). **2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): STRATEGIC PREPAREDNESS AND RESPONSE PLAN.**

World Health Organization. (2020, 18 de Maio). **Overview of public health and social measures in the context of COVID-19.**

Médicos Sem Fronteiras. (20 de Março de 2020). **MSF alerta para uma catástrofe se COVID-19 atingir campos de refugiados na Grécia.** Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/msf-alerta-para-uma-catastrofe-se-covid-19-atingir-campos-de-refugiados-na-grecia>. Acessado em 27 de Agosto de 2020

Médicos Sem Fronteiras. (19 de Agosto de 2020). **Promotor de saúde relata que COVID-19 é desafio a mais em campo de refugiados no Iraque.** Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/promotor-de-saude-relata-que-covid-19-e-desafio-mais-em-campo-de-refugiados-no-iraque>. Acessado em 27 de Agosto de 2020

Médicos Sem Fronteiras. (24 de Agosto de 2020). **Rohingyas ainda vivem incerteza em Bangladesh três anos após a maior onda de deslocamentos.** Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/rohingyas-ainda-vivem-incerteza-em-bangladesh-tres-anos-apos-maior-onda-de-deslocamentos>. Acessado em 28 de Agosto de 2020



# Capítulo XI

## Tribunal de Júri em uma perspectiva comparativista lusó-brasileira

**Rafael Medeiros**

Bacharel em Direito. Advogado.

**Wictória Passos Alves**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.



# Tribunal de Júri em uma perspectiva comparativista luso-brasileira

**Resumo:** Trabalho destinado a fazer uma análise comparativa a respeito do instituto do Tribunal de Júri no Brasil e em Portugal. Busca-se fazer uma contraposição entre as diferenças e semelhanças que o Tribunal desenvolveu nesses dois países, marcando o seu desenvolvimento ao longo dos anos e das Constituições, que ora ampliou o instituto e ora o oprimiu, a depender do momento político que país vivenciou. Mesmo possuindo as mesmas origens por conta da colonização deste sobre aquele, o Tribunal de Júri, na atualidade, tem estruturas muito distintas.

**Palavra-chave:** Tribunal de Júri; Jurados; Competência do Júri; Estrutura do Tribunal de Júri.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 NOTAS HISTÓRICAS CONCEITUAIS 3 COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JÚRI 3.1 COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL NO BRASIL 3.2 COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL EM PORTUGAL 4 FORMAÇÃO DO TRIBUNAL 4.1 BRASIL 4.2 PORTUGAL 5 O TRIBUNAL DE JÚRI E A LEI 5.1 BRASIL 5.2 PORTUGAL 6 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS.**

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de pesquisa o instituto Processual Penal do Tribunal de Júri, no qual se faz presente em muitos países, principalmente países da Europa Central e, conse-

quentemente, foi levado também pelos países colonizadores a suas colônias na América e na África. O instituto se desenvolveu de diferentes maneiras, levando em conta o desenvolvimento histórico-político de cada país. Porém, o objeto do trabalho concentra-se em mostrar como se comporta o instituto supramencionado em apenas dois países: Brasil e Portugal.

A pretensão é contrapor as diferenças e comparar as semelhanças que existem na tutela jurídica do instituto desses dois países que, apesar de terem ordenamentos parecidos, no passado, ou até, utilizarem do mesmo ordenamento (Ordenações Filipinas), na atualidade, é certo dizer que há mais diferenças na tutela do Tribunal de Júri no Brasil e em Portugal do que semelhanças.

É, pois, um tema em que sua importância é analisar como o mesmo instituto possui, desde questões mais básicas até aquelas mais complexas, estruturas tão diversas e como, a sua importância no ordenamento e para a sociedade de cada país pode variar. Pois, para o ordenamento jurídico brasileiro, é um instituto de suma importância, que tem uma esfera de atuação muito usual, o contrário do que se vê em Portugal, em que o instituto está cada vez mais em desuso, desde que se tornou algo opcional.

Vale mencionar também que, o Tribunal de Júri foi criado e até os dias hodiernos se apresenta como um instituto símbolo da democracia, que possibilita as pessoas serem julgadas por seus iguais o que, teoricamente, possibilitaria um julgamento mais justo. Como se verá, apesar da ideia original da criação e do objetivo do Júri, ele desenvolve-se de maneira diversa, sendo, no passado, mais um instrumento de poder pertencente à elite e que, com o passar do tempo, apesar de não está livre de críticas, tende a abranger uma parte maior da população dos dois países, possibilitado que pessoas não pertencentes às classes sociais mais privilegiadas possam também participar de forma ativa a justiça do seu país.

Será utilizado no presente trabalho o método analítico, visto que, há uma proximidade muito grande entre o sistema jurídico de Portugal e do Brasil, mesmo esta realidade não se estendendo ao Direito Processual Penal como um todo, acentuando-se ainda mais no que diz respeito ao Júri. Tem como proposta analisar e comparar as estruturas e a sua esfera de abrangência, sendo feita uma espécie de microcomparação, comparando o processo de mudança do instituto ao decorrer das Constituições de cada país.

A priori, será verificada a origem do Tribunal de Júri no mundo, os sistemas possíveis e a sua expansão para os demais países, fazendo uma contextualização história do direito penal e da influência que, por exemplo, a Inglaterra exercia sobre Portugal e, conseqüentemente, sobre o Brasil. Será definido também o seu conceito e a sua importância para a sociedade e para o direito.

Depois serão analisados apenas os países propostos pelo tema do trabalho, analisando a sua esfera de abrangência, desde que foi instaurado o Tribunal de Júri até o momento atual, de forma a contextualizar sempre com o momento político de cada país. Em Portugal, o Júri era aplicado e em todas as esferas existente a época do direito, e tinha caráter obrigatório, ao passo que, no Brasil, o Júri só era instaurado apenas em matéria criminal e restrito a um único crime. Porém, a contrario sensu, na modernidade o Tribunal é pouco utilizado em Portugal, sendo que, uma das maiores diferenças entre a tutela do Júri em Portugal e no Brasil é quanto à faculdade/obrigatoriedade do instituto.

Depois serão mostradas as semelhanças e diferenças acerca da estrutura do Júri, isto é, como é instaurado o tribunal, quem pode ser jurado, os princípios que o norteiam, a responsabilidade dos jurados e a importância das decisões tomadas pelos mesmos.

Por fim, é feita uma análise de como o instituto foi delimitado em cada Constituição e como é tratado nas Constituições hoje vigentes, além é claro, dos dispositivos infraconstitucionais que visam também tutelar o Tribunal de Júri.

## 2. NOTAS HISTÓRICAS CONCEITUAIS

Há divergências doutrinárias em torno de onde foi originado o Tribunal de Júri, alguns acreditam que a ideia do Tribunal de Júri nasce na Grécia antiga, com as chamadas *diskastas*, denominados Heliéia e Aerópago que julgavam, basicamente, aqueles crimes considerados “crimes de sangue”. Outros acreditam que o tribunal é originário, na verdade, da Roma antiga, por meio do, *questiones perpetuae*<sup>1</sup>.

---

1 ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R.O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 4, nº 15, jul./set.,1966, p. 201-202.

Com efeito, há diversas teorias acerca de onde surgiu o supracitado Tribunal, mas, grande parte da doutrina acredita que o tribunal, tal qual se conhece na atualidade, é originário da Inglaterra, do ano de 1215, com o chamado *Jury of Presentment*, que tinha como objetivo, essencialmente, a entrega do acusado, cujo provimento jurisdicional já se encontrava devidamente fundamentado, com provas que o incriminassem<sup>2</sup>.

Após 1215, o *Jury of Presentment* foi substituído pelo *Trial Jury*, no qual os jurados detinham um maior poder de decisão, uma vez que já podia julgar o acusado conforme o seu conhecimento pessoal da causa. Somente a partir de 1670 que os jurados passaram a possuir a autorização de julgar os arguidos sem que estivessem, necessariamente, adstritos à lei, podendo, inclusive, apenas basear-se em suas opiniões pessoais<sup>3</sup>.

O Tribunal de Júri, então, surgiu pela necessidade de descentralizar o poder do magistrado, que era chefiado, por assim dizer, pelo déspota. Dessa forma, o Tribunal de Júri nasce como um instituto democrático, em que, teoricamente, permite que os suspeitos da prática de algum crime fossem julgados por seus iguais<sup>4</sup>. Após a Revolução Francesa em 1789, foi criado, na França, o Tribunal de Júri, que trazia como base fundamental os princípios da liberdade e democracia, influenciando, desta forma, uma grande parte dos países europeus<sup>5</sup>.

Ocorre que, nas então colônias europeias, a implementação se deu de forma diferente. No Brasil, como exemplo, só poderiam ser jurados aqueles que, entre outras exigências, pudessem ser eleitos (art. 23, Código de Processo Criminal do Império), em contrapartida, era definido pela Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, aqueles que podiam ser eleitos, na qual os foram reservado todo um capítulo em que compreendia dos requisitos que precisavam cumprir para que possuíssem tal direito, dentre eles, era

---

2 *Ibidem*, Cít. Loc.

3 CARVALHO, Iana Karine C. de. *Do Tribunal de Júri Luso-Brasileiro*. 1ª ed, Joinville: Clube de Autores, 2017, p. 27-28.

4 RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2018. p. 55.

5 NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução da Pena*. 13ª ed. ver., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.437.



obrigatório que o sujeito tivesse renda mínima de pelo menos 100 (cem) réis anuais<sup>6</sup>.

Isto é, aqueles indivíduos (que nem sempre eram considerados sequer cidadãos) que não tivesse renda mínima anual de 100 (cem) mil réis jamais seriam julgados por seus iguais, mas, sim, por pessoas pertencentes a uma classe social mais afortunada e que, na maior parte das vezes, não obtinha um conhecimento real de outras realidades sociais que não a sua. Dessa forma, o Tribunal de Júri originário brasileiro, como dito por Paulo Rangel “Faz estabelecer um preconceito social e, embora disfarçada, uma luta entre classes”<sup>7</sup>.

Deste modo e, tomando como parâmetro que o Tribunal de Júri surgiu na Inglaterra, este se espalhou para a maior parte dos países da Europa Continental e, conseqüentemente, o instituto acabou chegando às então colônias daqueles países colonizadores, de modo que o Tribunal de Júri chegou a América e alguns países africanos.

### **3. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JÚRI**

Apesar do Tribunal de Júri representar, em tese e a priori, um preceito democrático, o seu escopo ganha de formas diferentes nos diversos países que o adotam, variando em questões como estruturas e competências. Como exemplo, é sabido que os Estados Unidos da América é um dos países que possuem umas das competências mais abrangentes para o Tribunal de Júri, sendo parte de sua competência tanto matérias de Direito Civil como do Direito Penal.

Já no Brasil, o Tribunal de Júri, na atualidade, destina-se exclusivamente para crimes contra a vida (e seus conexos), sendo uma cláusula pétrea<sup>8</sup> implícita da Constituição Federal de 1988.

---

6 Não se sabe exatamente quanto seria 100 mil réis nos dias atuais, mas, é sabido que apenas uma pequena parcela da sociedade possuía esse rendimento anual.

7 RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2018. p. 55.

8 A Constituição Federal do Brasil de 1988 é considerada uma constituição rígida, visto que, seu processo de alteração é muito solene. Mas, possui também cláusulas imutáveis, que não podem ser restringidas nem através de ementas, essas cláusulas são chamadas de cláusulas pétreas.

Já em Portugal, o tribunal de júri tem pouca incidência prática, destinando-se a “crimes previstos no título II e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal”<sup>9-10</sup>.

### 3.1. Competência do Tribunal de Júri no Brasil

O tribunal de Júri no Brasil foi instaurado no ano de 1822, através de um decreto imperial, assinado pelo então príncipe regente D. Pedro I, destinado apenas para julgamento dos crimes de imprensa<sup>11</sup>.

Em 1824, com o surgimento da primeira constituição genuinamente brasileira, a competência do Tribunal de Júri foi expandida, podendo julgar tanto causas cíveis como causas criminais, sendo que, a decisão do júri só poderia ser reformada pelo poder moderador (ou seja, pelo Príncipe Regente)<sup>12</sup>.

Em 1890, o Brasil sofria forte influência dos Estados Unidos da América e, baseando-se na Constituição Americana, editou o decreto 848, que dispunha a inclusão do Tribunal de Júri como um direito e garantia individual da sociedade. Com o passar do tempo, e ao decorrer de 7 (sete) constituições já existentes no Brasil, o tribunal de Júri, por vezes, esteve presente, e por outras, ausente na constituição. Haja vista que, logrou soberania e já foi também um instituto com ineficácia prática<sup>13</sup>.

Contudo, com o advento da atual Constituição Brasileira, o Tribunal de Júri volta a ser considerado um direito e garantia individual, sendo, portanto, cláusula pétrea implícita, o que impede a sua limitação material<sup>14</sup>.

A Lei Maior do Brasil estabelece em seu artigo 5º XXXVIII, que será de competência do Tribunal do Júri todos os crimes dolosos

9 PORTUGAL. *Código de Processo Penal*, de 22 de janeiro de 1987. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em: 03 de maio de 2019

10 Art. 13 do Código de Processo Penal Português.

11 CARVALHO, Iana Karine C. de. *Do Tribunal de Júri Luso-Brasileiro*. 1ª ed, Joinville: Clube de Autores, 2017, p. 31.

12 BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Capítulo 6º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 03 de maio de 2019.

13 NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução da Pena*. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.437. p. 437-438.

14 *Ibidem*, Op. cit.

contra vida, previsto no título I, capítulo I do Código Penal Brasileiro<sup>15</sup>, quais são: o homicídio (art. 121) e suas hipóteses qualificadas, com exceção do homicídio culposo; o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122); o infanticídio (art. 123); bem como as quatro modalidades de aborto (arts. 124,125,126,127)<sup>16</sup>.

Em relação aos crimes comuns conexos aos crimes contra à vida, questão interessante se refere à competência conhecido *crime de latrocínio*, que, em verdade, é um delito de roubo, ou seja, de ordem patrimonial, do qual se resulta a morte do sujeito (art. 157 do CP), que não é pacífica na doutrina, apesar da Suprema Corte já ter editado súmula que dispõe que a competência para julgamento do referido delito é do juiz singular, afastando, portanto, a competência do Tribunal do Júri<sup>17</sup>.

No que concerne ao crime de genocídio (Lei nº 2.889/56) praticado por agente brasileiro ou domiciliado no Brasil (art. 7º, I, d, Lei nº 2.848/40), o STF firmou entendimento acerca de sua competência, estabelecendo que a sua análise caberá ao juiz singular, conforme se depreende do RE 351487 RR, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em 2006. Na hipótese, o Tribunal entendeu que o objeto de proteção da norma penal não é a vida individualmente considerada, mas sim um bem jurídico de ordem coletiva, levando-se em consideração a existência de grupo racial, étnico ou religioso a ser especialmente protegido.

O que se percebe é a inclinação do STF para o entendimento segundo o qual há de se analisar o bem jurídico pretensamente tutelado pela norma penal, para que se verifique a competência para seu julgamento, ainda que dele resulte a afetação à vida de um sujeito.

Nesse particular, interessante o entendimento do Professor Guilherme Souza Nucci, para quem o rol constitucional do Tribunal do Júri possui natureza meramente exemplificativa, de modo que não há um imperativo constitucional que vede a aplicação do

15 BRASIL. *Código de Direito Penal*, de dez. de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. 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: 03 de maio de 2019.

16 *Ibidem*

17 BRASIL. *Súmula 603 do STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2683>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

Tribunal do Júri aos demais crimes, mas apenas garante, ou seja, impõe a sua competência para os delitos contra a vida.<sup>18 19</sup>

### 3.2. Competência do Tribunal de Júri em Portugal

Em Portugal, o instituto do Tribunal de Júri foi instaurado em 1826, com entrada da segunda Constituição Portuguesa, originalmente, possuindo competências abrangentes, porquanto aplicável tanto para causas cíveis quanto para causas criminais (art. 118, Carta Constitucional Portuguesa 1826<sup>20</sup>). Em 1911, com a entrada em vigor da nova constituição lusófona, o Júri passou a ser de competência facultativa para as causas cíveis e comerciais, mas, continuava a ser de competência obrigatória para os feitos criminais, como dispunha o artigo 59:

#### Artigo 59

A intervenção do júri será facultativa às partes em matéria civil e comercial, e obrigatória em matéria criminal quando ao crime caiba pena mais grave do que prisão correccional e quando os delitos forem de origem ou de carácter político.

Porém, com a entrada da Constituição em vigor na atualidade, a competência do tribunal de Júri se manteve restrita aos processos criminais, especificamente para os delitos grave, com a exceção do crime de terrorismo e crime organizado (art. 207°, n1 da Lei nº 1/2005 de 12 de agosto).

Além disso, o tribunal de júri só pode ser invocado quando solicitado Ministério Público, ou pelo assistente ou pelo arguido e só para julgar os crimes previstos no Título III, Capítulo V, do Livro II do Código Penal Português (isto é, crimes contra a identidade cultural e/ou pessoal e, crimes contra a segurança do Estado) e também aqueles crimes que não tenham com pena máxima co-

18 NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução da Pena*. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.437. p. 439.

19 XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 de maio de 2019.

20 BRASIL. *Carta Constitucional*. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

minada superior a oito anos, caso não tenha a sua competência definida para o Tribunal Singular (art.13º do Código de Processo Penal Português) <sup>21</sup>.

O artigo 13º do CPPP, no nº3, designa também que o Tribunal de Júri, sempre que solicitado, decidirá acerca das questões de fato (culpabilidade do agente) e de direito (determinará a sentença)<sup>22</sup>.

#### **4. FORMAÇÃO DO TRIBUNAL DE JÚRI**

Como já mencionado em linhas pretéritas, o Tribunal de Júri se desenvolveu de maneiras diferentes em cada país que dele faz uso. Isso é claro, pois cada país adaptou a instituição de forma que mais coerente fosse com o seu ordenamento interno e seus preceitos de justiça.

Na Inglaterra, por exemplo, país onde se acredita que o Tribunal foi criado, a princípio, em sua formação, existiam dois grupos de jurados, o primeiro era composto por um total de 24 (vinte e quatro) homens, este decidia se havia fundamentos suficientes para iniciar um julgamento acusatório contra o suspeito, e se a resposta fosse positiva, instituía-se, depois, um segundo grupo de jurados, agora composto por 12 (doze) homens, os quais decidiram a respeito da culpabilidade do inquirido<sup>23</sup>.

Hodiernamente, na Inglaterra, o Júri já tem uma roupagem muito distinta da que teve no passado, havendo a formação de apenas um grupo de jurados, com um total de 12 (doze) pessoas, nas quais é necessário um total de pelo menos 10 (dez) votos para que se possa condenar um réu como culpado<sup>24</sup>.

O Tribunal de Júri possui estruturas completamente diferentes no Brasil e em Portugal, começando pela sua esfera de competência já mencionada no tópico anterior, e as diferenças prosseguem-se quando se trata também da formação do Tribunal de Júri, como será visto a seguir.

---

21 JÓLLUSKIN, Glória. O tribunal do júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009, p. 120.

22 *Ibidem*, p. 121.

23 RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2018, p.54-55.

24 *Ibidem*, p. 56-57.

#### 4.1. No Brasil

No Brasil, houve muitas mudanças no que diz respeito à estrutura do Tribunal de Júri no decorrer das suas 7 (sete) Constituições, variando conforme o teor democrático ou autoritário de cada constituição. Será tratado com mais cuidado o comportamento do Tribunal de Júri em cada constituição no tópico 5. Por ora, se verá apenas a formação do Júri a partir da Constituição de 1988.

O ordenamento pátrio adota uma estrutura bifásica do procedimento, estabelecendo que, depois de recebida pelo juiz a denúncia formulada pelo Ministério Público, será aberto um prazo de 10 (dez) dias para que o acusado possa apresentar a sua defesa prévia (art. 406 CPP) que consiste, basicamente, em apontar prováveis vícios processuais. Poderá apresentar também justificativas para o crime, isto é, excludentes de ilicitude. É nessa fase também que o réu poderá arrolar testemunhas para corroborar com a sua versão dos fatos (art. 406, §3 CPP). Será ouvido também, é claro, o Ministério Público, que fará a parte de acusação, mantendo-se assim, o princípio constitucional do contraditório.

Em seguida, o juiz, após analisar os autos, marcará a audiência de instrução e julgamento (art. 410, CPP). Nela serão ouvidas as testemunhas requeridas, tanto pelo MP, quanto pela defesa do réu. Eventualmente, será ouvido também os peritos solicitados por qualquer das partes, ou até pelo próprio juiz, e serão produzidas todas as provas orais cabíveis, tudo isso em apenas um dia.

Ao final da audiência, o juiz dará a sua decisão, podendo ser de quatro formas distintas: a) poderá *pronunciar* o réu, isto é, julgar caso entenda pela existência de indícios suficientes de autoria e materialidade imputável ao réu, remetendo-o ao conselho de sentença (art. 413. CPP); b) o juiz poderá também decidir pela *impronúncia*, ou seja, o juiz suspende o caso por falta de indícios suficientes que possam comprovar a materialidade do crime (art. 414, CPP), é importante destacar que a impronúncia não pode ser confundida com a absolvição, pois na impronúncia não existe trânsito em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer momento em que exista novas provas acerca da materialidade do crime.

Outra hipótese é a c) desclassificação da infração penal, que consiste no reconhecimento de que houve prática de delito que não

é de competência do júri, de modo que o juiz irá proferir a sentença condenatória (art. 419, CPP); e por último, poderá haver a d) absolvição do réu (art. 415, CPP).

Isso posto, observa-se que só será dado início a formação do Tribunal de Júri caso o juiz da audiência de instrução opte pela pronúncia do réu. Optando pela pronúncia, dar-se início a segunda fase do processo, denominada de “fase de preparação do plenário”, onde o caso será encaminhado ao juiz presidente do Tribunal de Júri, que abrirá um prazo de 5 (cinco) dias para que as partes apresentem um rol de até 5 (cinco) testemunhas cada (é claro que, caso se trate de um concurso de pessoas, cada réu terá o direito de arrolar cinco testemunhas)<sup>25</sup>.

O juiz tem a função também de preparar um relatório que será oferecido aos jurados contendo um resumo do caso, sem que nele haja suas impressões particulares sobre a culpabilidade ou não do sujeito.

O processo de alistamento dos jurados será feito anualmente pelo Presidente do Tribunal do Júri, definidos por lei a quantidade de pessoas alistada de forma proporcional à quantidade de habitantes de cada comarca, como dispõe no artigo 425 do CPP. Os jurados deverão preencher os requisitos do art. 436 do mesmo dispositivo penal, precisando ter idade entre 18 a 70 anos (requisito objetivo) e tendo que ter “notória idoneidade” (requisito subjetivo), é verdade que a lei não determina o que seria a notória idoneidade, dando margem a interpretações diversas<sup>26</sup>.

Dessa lista, serão sorteados 25 (vinte e cinco) jurados que serão devidamente instruídos a respeito dos seus direitos e deveres, sendo que a recusa imotivada será penalizada com multa de 1 (hum) a 10 (dez) salários mínimos (art. 436, §2º). Na etapa final, serão escolhidos dentre os 25 (vinte e cinco) apenas 7 (sete) jurados, sendo assim, a composição final do tribunal de júri se dá por 8 (oito) pessoas, no qual conta com a presença de um juiz de direito (este apenas encaminhará devidamente o processo e fará, após uma decisão condenatória do júri, a dosimetria da pena) e 7 (sete)

25 NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução da Pena*. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 451.

26 BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri do Inquérito ao Plenário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 204-205.

juízes leigos, no qual decidirá a certa da culpabilidade do réu, sem que, necessariamente, tenha que seguir a lei<sup>27</sup>.

Os jurados que farão parte do Conselho de Sentença (aqueles sete sorteados) têm o dever da incomunicabilidade, não podendo, desta forma, conversarem entre si, ou com as partes a respeito do julgamento, isto acontece para evitar que as partes ou os jurados influenciem na decisão de outro, visto que, devem agir com ampla liberdade de escolha (art. 466, §1º, CPP).

Isso posto, caso a incomunicabilidade seja rompida, promover-se-á a dissolução do Conselho de Sentença para a formação de um novo. Assim, enquanto a sessão não for findada, os jurados deverão permanecer incomunicáveis, o que os impedirá de ter qualquer tipo de acesso ao mundo externo. Isso evita também que os jurados não sofram pressões de qualquer das partes para que o seu voto seja em um determinado sentido, salvaguardando mais uma vez, o princípio do livre convencimento dos jurados<sup>28</sup>.

Vale mencionar que, as partes possuem direito de recusa, seja ela motivada, ou seja, caso qualquer daqueles jurados possuam causas de impedimentos elencados no artigo 448 e 449 do CPP, ou poderá também fazer até três recusas imotivadas (conhecidas como recusas peremptórias), como o próprio nome já sugere, essas recusas poderão ser feitas sem que para isso haja qualquer tipo de fundamentação. Isso porque:

É viável a manutenção da recusa imotivada, porque, no Brasil, ao contrário de outros países, onde há a instituição do júri, não pode a parte dirigir qualquer tipo de pergunta ao jurado, *antes* da formação do Conselho Julgador, justamente para tentar saber se há ou não preconceito ou inclinação ao prejulgamento no caso apresentado. (...) Poder-se-ia aperfeiçoar a instituição, permitindo que acusador e defensor fizessem algumas perguntas não relacionadas ao processo aos jurados presentes, antes do sorteio. Exemplo disso poderia ser, num julgamento de aborto, a pergunta dirigida a extrair do jurado a sua posição a respeito do assunto, em tese. Se ele for contundentemente contra o aborto, poderá ser levado a condenar a ré que o praticou, independentemente das provas apresentadas. Por outro lado, se for franca-

27 NUCCI, Guilherme Souza. *Op. Cit.*, 2016, p. 457.

28 NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução da Pena*. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 464.



mente a favor, terá a inclinação de votar pela absolvição. Haverá sempre aquele que ficará no meio-termo, dizendo que prefere cumprir a lei ou que não tem posição firme sobre o assunto. É o jurado mais indicado para esse julgamento(...) Enfim, torna-se um instrumento de proteção dos interesses tanto da acusação, quanto da defesa.<sup>29</sup>

Por fim, os jurados receberão um formulário no qual responderão de forma sucinta a cinco questões fundamentais, que deverão seguir sempre esta ordem: a) a materialidade do fato; b) a autoria e a participação; c) se o acusado deve ser absolvido; d) se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; e) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação<sup>30</sup>.

Para que se absolva o réu será necessário 4 (quatro) votos no sentido que neguem a materialidade do fato e/ou a autoria ou participação, e caso 4 (quatro) jurados ou mais acreditem que houve materialidade e autoria ou participação, poderá ainda, na próxima questão quer absolver o réu, mesmo ele sendo culpado. Essa faculdade se dá, pois no tribunal de júri os jurados não necessitam agir adstritos à lei, então, pode haver casos que mesmo o sujeito sendo culpado, o júri pode se sensibilizar com aquela causa. A seguir, caso mais de 4 jurados não queiram absolver o réu, votaram então sobre se há causas de diminuição e qualificadoras no crime (art. 483, CPP).

Observe que, diferente de outros países, no Brasil será necessário apenas maioria simples<sup>31</sup> para absolver ou para condenar um sujeito. O que há muitas críticas, pois, digamos que em uma situação hipotética, três dos jurados estão seguros em absolver o réu, e também três estão seguros em condenar o mesmo réu, porém, a um que ainda não está certo do seu voto e, consequen-

29 *Ibidem*, p. 464-465.

30 Art. 483, CPP. In: BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 3 de out. de 1941. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 05 de maio de 2019.

31 Art. 489, CPP, *in verbis*: “As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos”. In: BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 3 de out. de 1941. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 05 de maio de 2019.

temente, será ele quem decidirá pela condenação ou absolvição do sujeito e, mesmo na dúvida, optou por condenar. Este caso não feriria o princípio constitucional que rege todo o Direito Processual Penal Brasileiro do “in dubio pro réu”? É uma situação muito conflitante ainda na doutrina, que deveria ser foco de mais atenção, para que pudesse transformar o tribunal de Júri em uma instituição mais justa.

Após a decisão do júri, e caso a decisão tenha sido no sentido condenatório, caberá ao juiz togado fazer a dosimetria do condenado (art. 492, CPP). É importante mencionar também que, a decisão do mérito não é passível de reforma, só podendo as partes recorrer a respeito da dosimetria realizada pelo juiz togado. E, caso se observe algum motivo de invalidade ou nulidade processual ocorrida no júri, poderá então anular aquela decisão e convocar outro Conselho se Sentença para decidir a causa.

#### **4.2. Em Portugal**

Antes de começar a caracterizar a formação do júri português, há de se levar em conta que, na perspectiva ampla, há dois tipos fundamentais de Tribunal de Júri: o Júri Puro e o Júri Escabinado, é importante mencionar que, dentro desses dois modelos haverá distinções a depender do direito interno de cada país que o adote.

O primeiro é o utilizado no Brasil, que tem como jurados pessoas que não possuem a obrigação de possuir previamente conhecimentos técnicos do direito, ou um conhecimento especial da lei (o que não quer dizer que um advogado ou um estudante de direito não possa ser parte do jurado, apenas que não é um requisito para o ser), ou seja, nos Júri Puro, os jurados são “leigos”.

Já no Júri Escabinado, que é utilizado em Portugal, o Tribunal de Júri será composto por cidadãos (que podem ser leigos) e juizes de fato, que decidiram conjuntamente acerca da culpabilidade e do veredicto do réu <sup>32</sup>.

O Tribunal de Júri, em Portugal, é tutelado pelo Código de Processo Penal (que define a sua competência) e pela Lei nº387-A/87,

---

32 JÓLLUSKIN, Glória. O tribunal do júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009, p 120.

de 29 de dezembro. O artigo 3º do decreto, tutela aqueles que podem ser jurados que são, todos aqueles com idade inferior a 65 anos, alfabetizados, em plenas capacidades das suas faculdades mentais e em pleno gozo dos direitos civis e políticos.

Já no artigo 8º da supracitada lei, define-se como se dá a seleção dos jurados, que é realizado através de um duplo sorteio e, o artigo 9º do mesmo dispositivo legal especifica como se darão os sorteios: primeiro serão sorteados, em audiência pública, 100 (cem) cidadãos, para isso, serviram-se do ressecamento eleitoral correspondente a cada freguesia. Após sorteados os 100 (cem) cidadãos o serão enviados notificações para que, eles (os cem sorteados) respondam se preenchem todos os requisitos solicitados por lei para que possam vir a serem jurados, que terão que responder em 5 (cinco) dias, aqueles que, mentirem em sua resposta ou, sem justa causa, não a notificação, poderão ser punidos com prisão de até dois anos ou pena de multa de até 200 dias (art. 10º do aludido dispositivo).

Em seguinte, será feito outro sorteio, agora tendo como base aquelas pessoas que responderam que possuíam as exigências legais para ser jurados, esse sorteio também terá que ser em audiência pública, de onde sairão 18 (dezoito) possíveis jurados (art. 11º do mesmo dispositivo legal). Após o sorteio, o juiz enviará uma notificação para os sorteados, assim como para as partes, para que compareçam, também em um prazo de cinco dias, para uma audiência pública de apuramento, onde serão colhidos dados pessoais dos sorteados e, serão inquiridos individualmente pelo presidente para lhes serem informado das causas de impedimentos e de escusas que poderão invocar, caso sejam devidamente fundamentados (art. 12º e 13º).

Há previsão legal também, de recusas imotivadas por parte do Ministério Público e do Defensor do arguido, podendo cada um rejeitar até dois jurados e, caso haja um assistente esse poderá também recusar 1 (hum) jurado e o Ministério Público mais um (art. 12º n3).

Em fim, o juiz presidente elaborará uma ata contendo o nome dos que serão jurados (quatro cidadãos), informando-lhe o dia e hora em que será realizada a audiência. Os então jurados terão que fazer um juramento nos termos do artigo 13º n2 do supra-

mencionado dispositivo legal. A partir deste momento, os jurados farão parte da decisão acerca da culpabilidade, assim como, do veredicto final.

O Tribunal de Júri é composto “por 3 (três) juízes que constituem o tribunal coletivo e por quatro jurados efetivos e quatro suplentes” (art. 1º da Lei nº387-A/87, de 29 de dezembro). Os jurados suplentes apenas podem intervir se por algum motivo algum dos jurados selecionados não possa comparecer, e só poderá ser jurado substituto se tiver comparecido a todos a sessões de julgamento até a data a sua intervenção for solicitada.

Assim sendo e, de acordo com o artigo 365º do Código Processual Penal Português, as deliberações seguem-se após findada as discussões, dessa forma, cada jurado e cada juiz terá que expor suas opiniões e justificá-las, se possível, por meio de provas apresentadas no processo, após apresentadas as opiniões de cada um, dar-se início as votações de cada questão, começando pelo jurados, por ordem crescente de idade, e segue-se pelos juízes, começando por aquele que tenha menos tempo de carreira na magistratura, e finalizando pelo voto do juiz presidente. Os votos precisam ser pautados nas leis penais e processuais penais, estando assim, as escolhas dos jurados adstritas às leis.

As decisões se dão por maioria simples, isto é, serão necessários pelo menos quatro votos em um mesmo sentido, tanto para condenar, quando para absolver, assim como, para decidir as demais questões a respeito da culpabilidade e do veredicto final, não sendo permitida a abstenção de voto.

Faz-se necessário mencionar que, a decisão do Tribunal de Júri, em relação à matéria de direito, é apenas uma decisão de primeiro grau, cabendo reexame pelo Supremo Tribunal de Justiça, desde que seja aplicada pena de prisão superior a 5 (cinco) anos<sup>33</sup>.

## 5. O TRIBUNAL DE JÚRI E A LEI

Como já mencionado em linhas pretéritas, é normal que com o passar do tempo o Tribunal de Júri seja tutelado, em cada país, de forma diversa, acompanhando a evolução de suas leis, e também,

33 JÓLLUSKIN, Glória. O tribunal do júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009, p. 121.

é claro, acompanhando a evolução cultural de cada sociedade, pois como dito pelos neokantistas, o direito é fruto de um substrato social. Esse tópico destina-se, então, a mencionar de forma sucinta a evolução histórica do tribunal de júri no Brasil e em Portugal, até chegar aos dias atuais, mostrando também a importância que possui esse instituto em cada sociedade.

### 5.1. Brasil

O Brasil, como é sabido, foi por longos anos colônia de Portugal, teve a sua independência proclamada por Dom Pedro I (filho de Dom João IV, rei de Portugal) e, por isso, mesmo após a independência, o Brasil continuou a ter “laços estreitos” com Portugal. Isso se refletiu também no seu sistema jurídico, sendo que o primeiro diploma processual civil, penal e comercial, no Brasil, foram as Ordenações Filipinas.

O Tribunal de Júri surge em um período de conflitos entre o Imperador Dom Pedro I e a elite brasileira, influenciada pelo liberalismo inglês. A primeira regulação do Tribunal de Júri Brasileiro é dada pela Lei 18 de Julho de 1822 (portanto, entre a proclamação da independência do Brasil e a sua primeira Constituição). O Júri possuía competência estrita para crimes de imprensa, e só poderiam ser jurados aqueles que possuíssem abastada situação econômica<sup>34</sup>.

Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada. Nasce aí a distância entre os jurados e os réus. Os réus nem sempre eram eleitores, mas pessoas das camadas mais baixas da sociedade, muitas daquelas que depois se passaria a chamar de excluídos sociais ou, na linguagem de Dussel, *as vítima*<sup>35</sup>.

O Código Processual Criminal de Primeira Instância (CPPI) seguiu a estrutura do Tribunal de Júri inglês, desta forma, havia dois grupos de jurados, aqueles denominados “grande júri” (júri de acusação) e o “pequeno júri” (júri de sentença)<sup>36</sup>. Dispunha a Lei:

34 RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2018. P. 69-70.

35 *Ibidem*. p. 71.

36 ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 233.

Art. 270. Retirando-se os jurados a outra sala, conferenciarão sós, e a portas fechadas, sobre cada uma das questões propostas, e o que for julgado pela maioria absoluta de votos será escrito, e publicado como no júri deacussação<sup>37</sup>. (*siq*).

Isto é, para que o réu fosse condenado eram necessários de um total de doze jurados, pelo menos dez votos pela condenação. Esta situação só veio a mudar durante o Estado Novo (1930-1945) em que, em 1938, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 167, extinguindo o Grande Júri e diminuindo a quantidade de pessoas do pequeno júri, de doze para sete, sendo necessária apenas maioria simples para condenar (estrutura que se conserve até os dias hodiernos) e o foi retirado também a sua soberania.

Atualmente, o Tribunal de Júri está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, elencado como um direito fundamental da sociedade, o que implica que, é também uma cláusula pétrea (ou seja, não pode ser retirada da constituição ou sequer ter diminuída a sua esfera de proteção por nenhum meio de reforma a constituição).

Com isso, no momento presente, não se é solicitado renda mínima para poder ser parte do Conselho de Sentença do Tribunal de Júri, apenas se é exigido estar em gozo dos plenos direito políticos (ter idade superior a 18 anos e possuir plenas faculdades mentais), apenas se exclui os analfabetos (pois, este não consegue distinguir as cédulas de “sim” das de “não” e pelo voto ser secreto, não pode dispor de qualquer auxílio no momento do voto, além de não ter como consultar a peça dos autos) e os estrangeiros (visto que, não podem exercer parcela de soberania nacional)<sup>38</sup>.

Além disso, cabe mencionar que, como o Código de Processo Penal vigente é de 1941, o Tribunal de Júri deve ser tutelado pela Constituição em respeito ao princípio da Constitucionalização do Direito e pelos diversos direitos pessoais e sociais que foram alcançados desde 1941 até a constituição vigente que não se encontram previsto do CPP de 1941.

37 BRASIL. LIM-29-11-1832, de novembro de 1832. Promulga o Código de Processo Criminal. Rio de Janeiro, RJ, de 29 de nove. 1832. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm). Acesso em: 4 de maio de 2019.

38 RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2018, p. 256-257.

## 5.2. Portugal

Como já mencionado em linhas pretéritas, o Tribunal do Júri em Portugal foi instaurado pela primeira vez no ano de 1826, com o advento da segunda Constituição Portuguesa, era composta por juízes e jurados leigos e possuía competência ampla e obrigatória, aplicando-se o Tribunal tanto para causas penais, como cíveis e comerciais. Já em 1911, entra em vigor uma nova Constituição e torna optativa a formação de um Tribunal de Júri para as causas cíveis e comerciais, mas, mantém a obrigatoriedade quando se tratava de duas situações na matéria criminal: quando cabia pena mais grave que a prisão correcional e, quando o crime era de origem ou caráter político (art. 59 da CPRP de 1991)<sup>39</sup>.

O Estado Novo, em Portugal, iniciou-se em 1933, com a adoção da Constituição da República Portuguesa de 1933, esta constituição foi elaborada sob a supervisão do ditador António de Oliveira Salazar, o que, naturalmente, presume-se que foi uma constituição com um viés mais autoritário. Durante o período que a Constituição prevaleceu (de 1933 a 1976) o Tribunal de Júri foi extinto, afinal, o Tribunal de Júri é conhecido por ser um instrumento democrático que tira do juiz a responsabilidade e o poder de decidir sozinho sobre determinadas causas, ideia que, é claro, não agrada nenhum político que possua postura mais autoritária.

Em 25 de abril de 1974, com a Revolução dos Cravos, é findado o período da Ditadura Nacional, dois anos depois, entra em vigor a Constituição da República Portuguesa de 1976, na qual, está em vigor também nos dias atuais. Essa Constituição reintroduz o Tribunal de Júri no ordenamento Português, porém, com competência apenas para as matérias de Direito Penal previstas em lei.

## 6. CONCLUSÃO

A partir dessa análise percebe-se que, apesar de possuírem origens semelhantes e de, o ordenamento jurídico brasileiro por muito tempo ter sido calcado em ordenamentos portugueses, o Tribunal de Júri desenvolveu-se de formas diversas em cada país.

---

39 JÓLLUSKIN, Glória. O tribunal do júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009, p 118.

Por se tratar de um instituto de origem democrática que visava diminuir o poder do juiz ao decidir sobre a vida do povo, juiz esse que, muitas vezes esteve sob o controle de um Absolutista, é normal que, o instituto tenha mesclado muito a depender do momento político que cada país vivenciou, tendo a sua tutela algumas vezes fragilizada.

O Júri, na atualidade, possui graus de importâncias variados em Portugal e no Brasil, sendo que, em Portugal é um instituto não obrigatório, dependendo diretamente da vontade de uma das partes e, por isso, está cada vez mais em desuso. Já no Brasil, possui grau máximo de importância, sendo considerado um direito da sociedade e, conseqüentemente, uma cláusula pétrea da Constituição Brasileira, dessa forma, tem competência obrigatória para os crimes praticados contra o bem jurídico *vida*.

Apesar das divergências a respeito do Tribunal de Júri, no qual, alguns estudiosos acreditam ser uma instituição que gera uma grande insegurança jurídica e não cumpre com o objetivo esperado, e outros acreditam ser um Tribunal de suma importância para a sociedade, sendo um direito indispensável da mesma. O que não há dúvidas é que, o Tribunal, de fato, é um instituto pautado em preceitos democráticos que visa distribuir o poder que, originalmente, está concentrado “nas mãos” do juiz.

## REFERÊNCIAS:

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R.O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 4, nº 15, jul./set.,1966, p. 201-202.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri do Inquérito ao Plenário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Iana Karine C. de. *Do Tribunal de Júri Luso-Brasileiro*. 1ª ed, Joinville: Clube de Autores, 2017.



- JÓLLUSKIN, Glória. O tribunal do júri no ordenamento jurídico português: uma abordagem na perspectiva da psicologia. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas* 116-126.
- NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução da Pena*. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6ª ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2018.
- BRASIL. *Código Processual Criminal de Primeira Instância*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm). Acesso: 02 maio 2019.
- BRASIL. *Código Processual Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso: 02 maio 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 30 abril 2019.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso: 30 abril 2019.
- BRASIL. *Decreto-Lei n° 167*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0167.htm). Acesso: 02 maio 2019.
- BRASIL. *Súmula 603 STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2683>. Acesso: 03 maio 2019.
- PORTUGAL. *Lei Constitucional n.º 1/2005*, de 12 de Agosto de 2005. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=565&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=565&tabela=leis). Acesso: 05 de maio de 2019.
- PORTUGAL. *Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826*. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso: 04 maio 2019.
- PORTUGAL. *Código Processual Penal*. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em: 05 maio 2019.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>. Acesso: 04 maio 2019.

PORTUGAL. *Constituição Portuguesa de 1911*. Disponível em: <http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/10/constituicao-1911.pdf>. Acesso: 05 maio 2019.

PORTUGAL. *Lei n°387-A/87*, de 29 de Dezembro. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=315&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=315&tabela=leis&ficha=1&pagina=1). Acesso: 05 maio 2019.

# Capítulo XII

## A (in) constitucionalidade da legalização da caça profissional de animais silvestres no Brasil face ao princípio do não retrocesso ambiental: uma análise do Projeto de Lei 6.268/16

**Rafaella Soares Fontenele**

Graduanda em Direito na Faculdade Baiana de Direito  
e estagiária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.



# A (in) constitucionalidade da legalização da caça profissional de animais silvestres no Brasil face ao princípio do não retrocesso ambiental: uma análise do Projeto de Lei 6.268/16

**RESUMO:** O presente artigo procura analisar o Projeto de Lei 6.268/16, em tramitação no Congresso Nacional, explorando as disposições ao longo do Projeto face ao princípio do não retrocesso ambiental, mais especificamente em relação a caça. Para tanto, a pesquisa perpassou pela análise da visão ambiental presente no Direito Ambiental brasileiro, ressaltando a necessidade de harmonia de interesse entre homem e natureza, reconhecendo a existência de um viés antropocêntrico na tutela ambiental. Para mais, analisou-se os principais instrumentos normativos no que tange à proteção da fauna, com enfoque na Constituição Federal de 1988. Isto posto, analisou-se, a partir do princípio do não retrocesso, este como uma vedação ao retorno do estado de menor proteção ao meio ambiente, as principais alterações propostas pelo Projeto de Lei, o qual objetiva a regulamentação da caça profissional no Brasil.

**Palavras-chave:** Projeto de Lei 6.268/16; Proteção à fauna; Princípio do não retrocesso ambiental; Legalização da caça profissional; Alterações legislativas; (in) constitucionalidade.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO 2. DAS VISÕES AMBIENTAIS 2.1 Antropocentrismo e o interesse humano no crescimento econômico 2.2 Ecocentrismo e o olhar para o equilíbrio 2.3 Das visões ambientais nas principais normas brasileiras 3 PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO AMBIENTAL E BIODIVERSIDADE. 4 PROJETO DE LEI 6.268/16 FRENTE AO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO 4.1 Alterações nas normas vigentes que tutelam o direito ambiental/animal 4.2 Da biodiversidade brasileira e o risco de extinção 5 CONCLUSÃO

---

## 1. INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da humanidade, o homem sempre se colocou em posição de superioridade em relação aos demais seres, dispondo destes à satisfação de seus desejos e ambições. Este artigo surge a partir da reflexão sobre esse confronto de interesse entre o homem, a natureza e, conseqüentemente, os animais não humanos, principalmente no âmbito do Projeto de Lei 6.268/16 do Deputado Valdir Colatto, em trâmite no Congresso Nacional, que visa regulamentar uma nova política de proteção e manejo da fauna.

Ocorre que, apesar de uma aparente proteção à fauna, o Projeto de Lei (PL) dispõe de diversos dispositivos e objetivos que passam pela possível supressão de diversos direitos conferidos ao meio ambiente e principalmente à fauna.

Dito isso, a partir do momento que existe uma possibilidade de supressão de dispositivos que tutelam à fauna e a possível legalização de uma prática expressamente vedada pela legislação brasileira, nasce a análise acerca do Projeto de Lei em face do princípio do não retrocesso ambiental, dando rumo ao presente trabalho. Isto posto, a partir das disposições, busca-se identificar os possíveis retrocessos, principalmente no que tange à caça de animais silvestres no Brasil.

Para alcançar o objetivo do presente trabalho de forma satisfatória, será utilizado o método hipotético-dedutivo, a fim de reconhecer ou não a existência de um retrocesso ambiental. A pes-

quisa realizada será preponderantemente qualitativa. Ademais, a pesquisa acerca do princípio do não retrocesso ambiental e do PL 6.268/16 será bibliográfica, elaborada a partir da doutrina, jurisprudência e instrumentos internacionais na área ambiental.

No que concerne ao segundo capítulo, inicia-se a partir do conflito de interesses entre o homem e a natureza, apresentando as visões ambientais que representam cada interesse e vislumbram a posição do homem em relação aos demais seres. Outrossim, acerca da temática do presente estudo, apesar de trabalhar com um viés ecocêntrico, entendendo a relevância do equilíbrio e da necessidade de pretensões menos antropocentristas, não tem sentido falar do princípio da proibição do retrocesso ambiental sem se referir à humanidade.

No capítulo terceiro, que dispõe sobre o princípio do não retrocesso e biodiversidade, fora reservado um tópico para a análise conceitual do princípio do não retrocesso ambiental, adentrando também por uma análise sociojurídica do princípio, ressaltando também a biodiversidade presente no Brasil e a responsabilidade advinda desta riqueza.

Em seguida, no capítulo quarto, o qual dispõe do cerne do presente trabalho, fora analisado o PL 6.268/16 e suas disposições, ressaltando o parecer do Deputado Relator da Comissão do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Nilto Tatto.

Ademais, acerca do Projeto de Lei frente ao princípio do não retrocesso, ressalta-se as principais alterações legislativas nas normas de proteção ao meio ambiente e à fauna, destacando também a importância da biodiversidade brasileira e o risco de extinção das espécies a partir das disposições do Projeto de Lei 6.268/16, da liberação da caça profissional e do abrandamento de disposições, vigentes hoje, de suma importância para a preservação.

Por derradeiro, no quinto capítulo, que alude à conclusão, buscou-se ressaltar os principais pontos abordados ao longo do presente trabalho. Por fim, no sexto, apresentam-se as referências bibliográficas.

## **2. DAS VISÕES AMBIENTAIS**

Com o passar dos anos, diante da necessidade humana de se desenvolver e a preservação da natureza em contraposição a

esse desenvolvimento, surge um confronto direto de teoria e prática sobre quem deverá ser o centro das preocupações, buscando a sobrevivência e o equilíbrio (MILÁRE, 2018, p.112). Desse modo, há de se observar que o lado mais prejudicado na relação homem e natureza, em um efeito mais imediato, é a natureza, mas se trabalharmos ao longo prazo, com toda certeza será o homem.

A partir do conflito exposto, nascem visões distintas que buscam consolidar o interesse de cada posição. Assim, surge o questionamento sobre a visão que direciona a legislação e os institutos normativos brasileiros. Não há possibilidade de adentrar ao longo da análise do Projeto de Lei 6.268/16, ou de demais normas, trazendo a vertente ambiental, sem esclarecer qual a visão que orienta todo o sistema brasileiro em relação aos animais não humanos.

Antropocentrismo, ecocentrismo e biocentrismo são visões genéricas atribuídas em face da posição do homem no meio ambiente e na sua relação com esta natureza. Primeiramente surge o antropocentrismo, o qual coloca o homem no centro das preocupações ambientais, condicionando o mundo às vontades do homem. Ecocentrismo, por outro lado, posiciona o meio ambiente, o ecossistema, no centro do universo, ressaltando e reconhecendo todas as formas de vida e o equilíbrio que precisa existir no planeta. Biocentrismo, por sua vez, procura conciliar as duas posições antagônicas, colocando o meio ambiente e o homem no centro do universo (SIRVINSKAS, 2018, p.79), trazendo a vida para a posição mais central e destinatária de proteção.

## **2.1. Antropocentrismo e o interesse humano no crescimento econômico**

A terminologia antropocentrismo advém de um vocábulo híbrido de composição greco-latina: *anthropos*, o homem, e do latim, *centrum*, o centro. Desse modo, esta visão coloca a espécie humana como referência máxima e absoluta de valoração, em torno do qual gravitam os demais seres (MILARÉ, 2018, p.112).

A visão antropocêntrica ganha força com as posições racionalistas, provando que sua criação e seu termo advém da Filosofia. Os racionalistas acreditavam que a razão, *ratio*, é atribuída de forma exclusiva ao ser, homem, este, conforme afirma Êdis Milaré



(2018, p.112): “constituído de maior valor e determinante da finalidade das coisas”.

De acordo com esta visão, temos que o meio ambiente é voltado para a satisfação das necessidades humanas, ou seja, coloca o homem como sendo a referência extrema e absoluta de tudo. Faz do homem o centro onde orbitam, gravitam os demais seres, estes com papel de subordinação, onde o homem é considerado um eixo principal do sistema (MILARÉ; COIMBRA, 2004). No antropocentrismo, a proteção do meio ambiente é vinculada à aos benefícios trazidos à espécie humana, ou seja, uma tutela mediata e indireta, cujo foco principal era o homem e seus interesses (ABREU; BUS-SINGUER, 2013, p.2). Isto posto, não haveria proteção ambiental se não existisse benefício direto e imediato à espécie humana.

Identifica-se que a superioridade humana é exercida pela dominação das outras espécies, muitas vezes através da força, sendo usadas pelos humanos para atingir seus objetivos. São as diferenças naturais com os demais seres que resulta no homem um sentimento de superioridade, ocasionando um sentimento egocêntrico e inconsequente, onde a sociedade humana se utiliza dos demais recursos naturais e dos seres vivos sem critério (STROPPA; VIOTTO, 2014, p.4-5).

Isto posto, demonstra-se necessário ultrapassar as visões antropocêntricas, considerando os animais não humanos e meio ambiente, como seres individualmente considerados, com seu valor intrínseco, não mais considerados em decorrência apenas do homem, mas por causa de um sistema unitário que necessita equilíbrio, o qual o homem também faz parte.

## **2.2. Ecocentrismo e o olhar para o equilíbrio**

O pensamento sobre a necessidade de um ambiente em perfeito equilíbrio contribuiu para construção de outras visões ambientais, capazes de analisar não só a figura do animal humano, mas sim, de todo o sistema ao seu redor. Se opõe fortemente ao antropocentrismo, se preocupando com a vida de forma mais ampla, e com a ideia de todo (CHALFUN, 2010, p. 218). Este pensamento amplia a preocupação central da proteção ambiental, abrangendo, além dos seres vivos, os componentes abióticos presentes e necessários à sobrevivência.

Essa visão planeja uma ética ambiental que concilie o homem e a natureza que está ao seu redor, estabelecendo uma relação de harmonia entre ambos (D`ÁVILA; MOLINARO; NIENCHESKI, 2012, p.6). Segundo esse novo olhar para o ambiente, o mundo natural tem seu valor próprio, ou seja, tem um valor independente da experiência ou das preferências humanas, uma vez que ele é muito anterior ao aparecimento do homem sobre a Terra (ARANTES, 2012, p.15). O homem, ao interferir diretamente na natureza todos os dias, escolhe assumir riscos que agora tenta amenizar, entendendo que sua existência depende de outros fatores como uma natureza e um ambiente equilibrados. Nesta visão não existe hierarquia, mas sim, respeito mútuo entre todos os seres, defendendo o valor intrínseco (CHALFUN, 2010, p.219).

A discussão entre a visão antropocêntrica e ecocêntrica não resulta em uma ideia unânime, o qual denota um caminho certo a se escolher. Existem caminhos distintos, deslumbrados de ideias e mentalidades distintas, sendo que a sua escolha depende do ponto de vista pessoal, bem como do ponto de referência entre homem e os demais seres existentes.

Desse modo, por um lado o antropocentrismo é válido, pois ressalta e ratifica os direitos humanos, ou seja, sendo o ambiente ecologicamente saudável um direito humano, automaticamente protege o ambiente. De outro lado o ecocentrismo, visão essa que tem como objetivo proteger todas as formas de vida, incluindo a vida humana e a natureza, tendo em vista que objetiva uma ideia de sistema em equilíbrio (D`ÁVILA; MOLINARO; NIENCHESKI, 2012, p.5).

A visão ecocêntrica para a defesa ambiental e uma política pública voltada para a ética ambiental é a solução para a preservação dos recursos naturais destinados às gerações futuras, tendo em vista que o antropocentrismo reflete uma visão instrumentalista do meio ambiente. Segundo Maria de Fátima Alves São Pedro (2015, p.85), o antropocentrismo reflete uma visão antagônica, mas presente no atual momento do nosso planeta, posto a finitude dos recursos, a necessidade de equilíbrio e a necessidade de desenvolvimento.

### 2.3. Das visões ambientais nas principais normas brasileiras

A partir da discussão sobre as visões ambientais apresentadas, surge o debate sobre qual visão representa o sistema normativo brasileiro. Antes de adentrar no debate, entende-se que, as normas, leis e outros instrumentos normativos foram criados pelo homem, assim, todas as preocupações, de certa forma, acabam por colocar no homem o principal sujeito de incidência.

Um dos principais instrumentos de proteção é a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que estabelece princípios basilares e fundamentais, bem como à proteção ambiental. Apesar de inovadora, a CF/88 não supera totalmente a ideia antropocêntrica, mas o seu artigo art.225 apresenta direitos e princípios importantes para avanço da tutela dos seres não humanos e do meio ambiente como um todo. Antônio Herman Benjamin (2007, p.110), acredita que a CF/88 abarca noções amparadas e visões distintas, trazendo tanto a visão do homem como centro, antropocentrismo, mas também a visão da vida como um sistema que necessita de equilíbrio, biocentrismo e ecocentrismo. A proteção constitucional demonstra uma visão mitigada do antropocentrismo, ao proteger o ecossistema em conjunto com o homem, mas sabe-se que objetivo central permeia pelo bem-estar do homem.

Desse modo, a ampliação da ideia de proteção, abrangendo as demais espécies, trabalhando com o ideário de sistema, é expressa na redação do art.225, §1º, inciso I da CF/88:

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.

Ratifica-se que, apesar de apresentar ideários ecocêntricos, o viés antropocêntrico se faz presente ao propor a proteção ambiental em favor das presentes e futuras gerações, conforme o *caput* do art.225. Observa-se assim que, apesar de expressar uma proteção

aos seres não humanos e ao meio ambiente, objetivam a tutela do ser humano, buscando meios adequados para encontrar melhor qualidade de vida e satisfazer suas vontades (BENJAMIN, 2007, p.90-91). Então, apesar de expressar uma conduta antropocêntrica em determinadas passagens, a CF/88, por outro lado, determina proteções que vão além da ideia de proteção do homem, trazendo o ideário de manutenção do equilíbrio ecológico, dando a natureza e aos demais seres um valor intrínseco (BENJAMIN, 2007, p.91).

Outrossim, no que tange à fauna, a Constituição Federal de 1988, no art.225, §1º, inciso VII, veda expressamente a crueldade com os animais, mas como retratado anteriormente sobre o *caput* do art.225, a preocupação principal continua sendo o homem, porém, nota-se uma visão mais mitigada do antropocentrismo, abarcando a ideia de equilíbrio e de atenção aos demais seres. Ratifica-se que, ao expressar uma posição mitigada, almejando o equilíbrio, não significa colocar a animais acima do homem, mas sim no patamar de igualdade, no que diz respeito à vida digna e sadia (CHALFUN, 2010, p.217). Não adianta apenas proteger objetivando a harmonia como forma de bem-estar da vida humana, mas proteger percebendo a condição de ser vivo sensível e que merece respeito.

Os animais não foram criados visando servir ao homem, bem como, a flora não pode ser comparada com a vida humana ou animal, apesar de sua suma importância para a existência de ambos, mas, indubitavelmente, todos possuem valores próprios, detentores de funções essenciais dentro um sistema interligado (CHALFUN, 2010, p.221), ou seja, não podemos menosprezar um em detrimento do outro.

A Lei 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que fora recepcionada pela CF/88, ao abordar do seu art.3º, inciso I, a expressão, todas as formas de vida, apresenta uma visão biocêntrica, distanciando-se na visão antropocêntrica. O mesmo diploma normativo trouxe a tutela do meio natural e de seus componentes vivos ou não, tendo assim, uma imagem de conjunto, de equilíbrio de todas as formas de vida e do meio em que vivem, ideia defendida pelo ecocentrismo (ABREU; BUSSINGUER, 2013, p.5-6). A Lei 6.938/81 fora aprovada em um contexto que a Constitui-

ção vigente no Brasil nem sequer fazia referência ao meio ambiente, conseqüentemente, não previa sua tutela. Outros instrumentos normativos, de forma pontual, tratavam do meio ambiente, como a Lei 5.197/67 referente à fauna, Lei 4.771/65 referente ao Código Florestal, mas estes não levavam em consideração o ambiente como um todo, como um sistema (SILVA, 2015, p.221), tutelando de forma isolada os componentes.

Carlos Sérgio Gurgel Silva (2015, p.222) ressalta que, o objetivo desses instrumentos normativos não eram a tutela da qualidade do bem ambiental. A preocupação estava rodeada na disponibilidade de recursos para fins econômicos. Desse modo, ratifica-se a importância da Política Nacional do Meio Ambiente, como a primeira que abordou uma visão sistemática das questões ambientais.

Desse modo, importante ratificar que, hoje em 2020, existem diversos instrumentos legislativos que objetivam um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista que a legislação ambiental brasileira é vasta e abrange diversos aspectos ambientais. O problema surge com a tendência a considerar a perspectiva utilitarista dos recursos naturais, eliminando, por sua vez, a perspectiva intrínseca do meio ambiente quando esta vai de encontro ao desenvolvimento e ao crescimento econômico almejado pelos governantes (SILVA, 2015, p.226).

Segundo Antônio Herman Benjamin (2007, p.122) é dever do Estado, abarcando todos os governantes em suas múltiplas esferas, criar mecanismos para efetivar os valores já vigentes na CF/88 e nas demais normas de proteção ambiental. A visão antropocêntrica, segundo o autor, não pode gerir todas as políticas públicas que objetivam o desenvolvimento econômico e o vínculo destas com a proteção ambiental, devendo, a partir do princípio da proporcionalidade, controlar o desenvolvimento (BENJAMIN, 2007, p.122).

Isto posto, a proporcionalidade entra como forma de analisar a necessidade do desenvolvimento e os meios adequados para a proteção da esfera natural. Os princípios inseridos no ordenamento jurídico brasileiro com a CF/88, como o desenvolvimento sustentável, a preocupação com as demais gerações, impõe às atividades econômicas limites, considerando também as necessidades de preservação (SÃO PEDRO, 2015, p. 83).

Destarte, apesar das discussões e controvérsias que envolvem o tema sobre a visão ambiental que engloba o sistema normativo brasileiro, entende-se que a CF/88 adotou o antropocentrismo, mitigado por passagens de visões biocêntricas e ecocêntricas. Retomando a análise acerca do art.225 da CF/88, percebe-se uma carga antropocêntrica, posto que, institui como direito fundamental coletivo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado (AMADO, 2018, p.35). Por outro lado, conforme a redação do inciso VII, §1º do art.225: “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”.

Assim, ao determinar que o Poder Público proceda pela proteção da fauna e da flora, vedando assim práticas que coloquem em risco as espécies ou submetam os animais à crueldade, demonstra visões diferentes da linha antropocêntrica, criando passagens de outras visões ambientais que objetivam a análise da vida como um todo, englobando o sistema que vive e principalmente no equilíbrio para a coexistência.

Atualmente, a relação entre o homem e a natureza está sendo completamente repensada, tendo em vista que uma relação harmoniosa é fundamental para um ambiente sadio. Com o passar do tempo, o ser humano se convence de que cada planta depende de determinado animal e vice-versa, mas a humanidade depende de todos eles (BORTOLOZI, 2018, p.5)

Outrossim, acerca da temática do presente trabalho, apesar de trabalhar com um viés ecocêntrico, não tem sentido falar do princípio da proibição do retrocesso ambiental sem se referir à humanidade, tendo em vista que só existe ambiente protegido desde uma razão humana. Ratifica-se a crença ao longo do estudo de um ambiente ecologicamente equilibrado, não só por fatores humanos, mas dispendo da qualidade da vida humana como consequência da proteção ambiental, inibindo ações, projetos legislativos, leis, julgados, práticas, que distanciem o ser humano do seu objetivo maior, que é preservar a natureza, considerando que esta já existia, com perfeição, antes de sua chegada, destituída de hierarquias utilitaristas, onde o homem é o ser superior e os demais seres e elementos estão no meio ambiente como forma de servir este homem.

### **3. PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO AMBIENTAL E BIODIVERSIDADE**

Com o passar do tempo, a evolução da sociedade humana, cada vez mais, vem interferindo diretamente no meio ambiente. A necessidade de evoluir progressivamente, criou no homem uma cegueira aos limites e à finitude dos recursos provindos da natureza. Com isso, fora necessário criar um conjunto de instrumentos normativos para, de alguma forma, tentar amenizar as consequências sofridas por todo o ecossistema. O Direito Ambiental, nasce para aprimorar e dar especificidade a esses instrumentos norteadores da tutela ambiental e de todos os seres envolvidos.

Com o advindo da Constituição Federal de 1988, fora consolidado um grande avanço no que concerne à legislação ambiental e, conseqüentemente, ao direito dos animais. O artigo 225 da CF/88, veda na forma da lei as práticas que coloquem em risco ou submetam os animais à crueldade. No mesmo sentido, a Lei de Crimes Ambientais, o qual a partir dos preceitos fundamentais da Constituição Federal, deu suporte e tipificou punições para aqueles que insistem em cometer abusos contra os animais, bem como, tipificou sanções para outras ações degradantes ao meio ambiente, consolidando mais um passo na escalada pela proteção ambiental efetiva.

Dentre os princípios fundamentais previstos na Constituição, o princípio dignidade da pessoa humana mostra-se como fundamento de interpretação de todo o sistema jurídico. Esta visão antropocêntrica explícita, conforma analisado em tópico próprio, atribui aos seres humanos uma posição de centralidade. Desse modo, tanto o meio ambiente, como os animais não humanos abarcados nele, estão voltados para a satisfação das necessidades humanas, de forma que se pode considerar que a proteção atribuída aos animais, nada mais é que um amparo decorrente do direito humano (AMADO, 2018, p.187).

Outrossim, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o alcançar de uma vida digna, necessita-se que valores mínimos sejam satisfeitos, sendo esses valores direitos básicos indispensáveis. Não se trata, assim, de garantir o que se apresenta possível, e sim, de estabelecer um mínimo vital

de direitos que devem ser assegurados para uma sadia qualidade de vida. “Logo, a proteção ambiental não deve resguardar a sobrevivência do meio ambiente e dos animais não humanos, mas garantir a plena existência natural e digna” (AMADO, 2018, p.188). Além disso, entende-se que “a dignidade animal é derivada do fato biológico da senciência, ou seja, da capacidade de sentir dor e experimentar sofrimentos, físicos e/ou psíquicos” (JÚNIOR, 2018, p.50).

A dignidade dos animais não humanos é tema de suma relevância, posto que, decorre do reconhecimento do valor intrínseco à vida animal, devendo o princípio da igualdade ser invocado para conferir tratamento equânime a interesses substancialmente iguais compartilhados por todos os seres vivos, como o direito à vida, vedação ao sofrimento, afigurando-se como uma nova ética a balizar a relação entre homens e animais

Antes de adentrar ao estudo do princípio, torna-se importante fazer uma reflexão. O Direito é feito e estruturado pelos homens, sendo resultado da vida em sociedade e da necessidade de se organizar, por isso, está refém de recorrentes modificações ao longo do tempo, devendo o Direito refletir a verdadeira necessidade de uma coletividade. Ao longo dessa organização, posta em diversos instrumentos normativos, nasce a pretensão de proteção de diversos direitos, não só individuais, mas também coletivos. Apesar das últimas décadas mostrarem uma constante evolução da proteção ambiental, o Direito Ambiental, tendo em vista os interesses meramente econômicos, vem sofrendo pressão para que ocorra mitigações de alguns dos seus instrumentos protetores.

Júlio César Garcia (2016, p.4), acerca do tema, entende que “o retorno sadio a uma situação anterior pode ser denominado de restauração, porém o retorno em sentido pejorativo, uma regressão, é o que caracteriza o retrocesso que se visa evitar ou impedir a partir da construção deste princípio jurídico”.

O princípio em análise não está de forma expressa na Constituição Federal, mas se apresenta na forma implícita, resultado de uma análise conjunta entre os princípios constitucionais que estabelecem garantias de proteção aos direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (ARRUDA, 2014, p.101).



Segundo José Rubens Morato Leite (2015, p.112), a construção de uma definição jurídica para o princípio do não retrocesso socioambiental no Brasil precisar iniciar-se a partir de premissas importantes: “proporcionar bem-estar por meio de prestações existenciais exige esforços progressivos, permanentes e ininterruptos do Estado”. Acrescenta ainda que “esses níveis de bem-estar nunca poderão ignorar ou desconsiderar padrões mínimos, porque estão vinculados a um imperativo de proteção coletiva dos direitos de tal natureza” (LEITE, 2015, p.112).

Este princípio, pressupõe que a salvaguarda do meio ambiente tem caráter irretroativo. Desse modo, não pode admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados, a menos que as circunstâncias de fato sejam significativamente alteradas. Essa argumentação busca estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental, objetivando orientar as futuras medidas normativas de tutela, impondo limites a impulsos revisionistas da legislação.

Diante disso, o princípio do não retrocesso ambiental, tem como objeto o aprimoramento dos instrumentos legislativos vigentes que tutelam o direito ambiental e veda o retrocesso jurídico. Assim, entende-se que a vedação ao retrocesso jurídico não abrange apenas a atividade legislador, abrangendo também a atividade de aplicação da lei exercida pelo magistrado. Ambos, a partir do princípio, estão obrigados a proteger as condições ambientais existentes e impedidos de aplicar medidas que possam diminuir ou restringir as garantias e proteções ambientais atualmente vigentes (ARRUDA, 2014, p.102).

Considerado um importante instrumento para o Direito Ambiental, o princípio do não retrocesso ou da proibição do retrocesso, impede que novos instrumentos normativos desconstruam conquistas fundamentais à tutela do meio ambiente, vedando o retorno ao primórdio da proteção, o qual prejudicaria e alteraria a proteção da natureza (SIRVINSKAS, 2018, p.118). Ressalta-se que, a vedação ao retrocesso trazida pelo princípio, não afasta a aplicação dos demais princípios do Direito Ambiental, sejam eles previstos na CF/88, oriundos da legislação infraconstitucional, ou previstos em tratados internacionais (PIERI, 2014, p.75).

Este princípio expressa uma compreensão de contínua progressividade, acompanhando sempre a realidade e o desenvolvimento

da legislação ambiental, de modo que, quando os instrumentos normativos existentes não se mostrarem adequados, surge a necessidade de alterá-los (AYALA, 2011, p.262), mas não retroagi-los .

Este princípio, funciona como espécie de blindagem protetiva em face da atuação dos poderes públicos em geral, incidindo, para além da limitação à discricionariedade do legislador. Na temática ambiental, qualquer medida adotada pelo Poder Executivo, nos diferentes planos federativos, que resultar em redução desproporcional das estruturas organizacionais e procedimentais indispensáveis para a consecução, com eficácia, dos deveres estatais vinculativos em especial de caracterizar uma proibição insuficiente de proteção, resultam em motivos mais que suficientes para a judicialização e movimentação social acerca da proteção ambiental (SARLET, 2019).

Ademais, ratifica-se que o Poder Público, a partir de suas subdivisões e funções essenciais, está constitucionalmente vinculado à obrigação de atuar sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais ligados ao meio ambiente, na forma de proteção e promoção ambiental (SARLET; FERSTERSEIFER, 2011, p.131).

O princípio em estudo não visa trazer uma imutabilidade do Direito, tendo em vista que o Direito se submete a uma regra de permanente adaptação. Porém, segundo Michel Prieur (2011, p.16) o direito ambiental e os direitos humanos constituem exceções à ideia de mutabilidade, tendo em vista que a redução ou revogação de instrumentos que tutelam o meio ambiente resultaria em ambiente mais degradado para as futuras gerações, sendo este o sentido contrário do previsto na Constituição Federal de 1988, bem como, nos moldes dos princípios ambientais anteriormente impostos. Isto posto, conclui-se que a imutabilidade aqui, está relacionada à possibilidade de retrocesso protecional da natureza e, consequentemente, dos seres que dela dependem.

Acerca do tema e sobre a mutabilidade do Direito, Luís Paulo Sirvinskas (2018, p.118) concluiu que “(...) este princípio não admite qualquer excludente, já que a higidez ambiental é importante à sobrevivência de todas as formas de vida. Abrir exceção é permitir a degradação e a destruição do ambiente e das conquistas que levaram décadas para serem alcançadas”.

Isto posto, conclui-se que o princípio da proibição de retrocesso ambiental, assim como outros princípios ambientais, tem como principal objetivo orientar a atuação do legislativo e direcionar as políticas de implementação dos valores sociais relativos ao meio ambiente, de forma que estas sejam coerentes com os mandamentos constitucionais relacionados à matéria (CANOTILHO; MORA-TO, 2015, p. 57-8).

O Direito Ambiental tem como um dos seus principais objetivos proteger, promover e evitar é a degradação do meio ambiente, devendo, a partir desse objetivo, intensamente coibir a retrocesso que representa uma violação dos direitos humanos, e uma transgressão a direitos fundamentais, ou seja, "(...) ao atingir-se um estado superior não se deve retornar a estágios inferiores, expressa a máxima central do primado da evolução dos seres e das coisas" (MOLINARO, 2007, p.79).

A blindagem existente na ideia do princípio do não retrocesso, busca dar maior operatividade ao dever constitucional de tutelar o meio ambiente. Desse modo, essa blindagem visa assegurar que não aconteçam retrocessos que tornem menos dura ou flexível a legislação ambiental, permitindo práticas degradantes, ou seja, visa assegurar o equilíbrio ambiental para o presente e para as futuras gerações, partindo da premissa da limitação dos recursos ambientais e do constante risco de esgotamento. (SARLET; FERTERSEIFER, 2011, p.158).

Não há maiores questionamentos sobre o Direito Ambiental e seu status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade. Desse modo, a proteção ambiental fora consagrada como um dos objetivos do Estado o que conduz ao reconhecimento, da dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual forma simultaneamente um objetivo, tarefa estatal, mas também um direito, dever, fundamental do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p,119).

Acerca da perspectiva sociojurídica, entende-se que o princípio do não retrocesso encontra-se interligada à garantia de proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do legislativo, no âmbito constitucional e infraconstitucional, tendo em vista a

possibilidade de medidas legais que resultem na supressão de direitos, garantias e de proteções já consolidadas no ordenamento jurídico (SARLET; FERSTERSEIFER, 2010, p.9). Ratifica-se, portanto, que a proibição de retrocesso atua como referência para a indagação de medidas que acarretem essa supressão de direitos e, efetivamente, possam ser compreendidas como efetiva violação de instrumentos protetionais postos frente ao Estado (SARLET; FERSTERSEIFER, 2010, p.12).

No atual momento são várias as ameaças que podem ensejar o recuo do Direito Ambiental. São ameaças políticas que resultam da vontade exacerbada de simplificar o direito e leva à desregulamentação em matéria ambiental. O princípio de não regressão em matéria ambiental não é um obstáculo à evolução do Direito, não constitui uma verdadeira intangibilidade, mas sim, veja uma volatilidade exacerbada. Ademais, sobre a possibilidade de regressão, ratifica-se que as descobertas científicas, benefícios advindos das pesquisas estimulada pelo princípio de precaução, assim como as melhorias aportadas ao meio ambiente e demais princípios, podem conduzir à supressão da proteção que não seja mais útil ao meio ambiente (PRIEUR, 2011, p.26-27).

Em outro ponto, acredita-se que seria um contrassenso admitir a possibilidade de recuo legislativo, quando, para muitas espécies e ecossistemas em via de extinção ou a essa altura regionalmente extintos, o retrocesso seria fatal. Enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para a coletividade um conjunto de normas retóricas, sem eficácia prática. Afirma-se ainda que, a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar de forma expressa consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir a proteção legal do meio ambiente (BENJAMIN, 2005, p.67).

#### **4. DO PROJETO DE LEI 6.268/16 E SUAS DISPOSIÇÕES**

Dentre os diversos projetos de lei que perpassam pelo Congresso Nacional brasileiro, o Projeto de Lei 6.268/16, de autoria do Deputado Valdir Colatto, visa instituir, com suas ressalvas, a Política Nacional da Fauna. O projeto de lei (PL) conta com 44 artigos,

estabelecendo novos dispositivos para manejo da fauna silvestre. Ademais, ao longo de seus artigos, o projeto dispõe de uma série de dispositivos contendo definições de princípios, bem como manejo de fauna silvestre, manutenção em cativeiro, abates, eutanásia e outras definições abordadas ao longo do capítulo. Ressalta-se que, o PL em análise fora pensado ao PL nº 7.129/2017, o qual busca normatizar o abate e o controle de espécies exóticas invasoras.

Por objetivar a modificação de consolidados diplomas normativos no que tange à proteção ambiental no Brasil, tendo em vista que, se aprovado, o PL revogará a Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197/67 e o §5º do art.29 da Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, este merece destaque e uma análise criteriosa de seus principais dispositivos, os quais constituem verdadeiros avanços para a legislação brasileira.

Destarte, não há como modificar dispositivos importantes na tutela ambiental e animal no Brasil sem perpassar pela análise da ideia promovida pelo princípio do não retrocesso ambiental, posto a presença de disposições no PL que, em primeira análise, remetem a visões menos protetivas à fauna. Outrossim, destaca-se que um dos principais objetivos do PL 6.268/16 é a criação das chamadas reservas cinegéticas, bem como, a autorização da caça profissional no Brasil que, apesar de expressamente proibida pela Lei de Proteção da Fauna (Lei 5.197/67), infelizmente nunca deixou de assombrar a biodiversidade brasileira e é um dos principais fatores que contribuem para a extinção de diversas espécies silvestres.

Outrossim, ressalta-se que, atualmente em 2020, o PL 6.268/16 encontra-se disponível para pauta na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), com o Relator Deputado Nilto Tatto, o qual já construiu relatório desfavorável ao PL.

Diante do exposto, constrói-se a discussão sobre a (in) constitucionalidade do PL 6268/16, mais especificamente no âmbito de proteção constitucional e infraconstitucional da fauna, adentrando também a partir da análise do princípio do não retrocesso ambiental.

O PL 6.268/16, a partir da análise de suas disposições, tem como um de seus principais objetivos a liberação e a diminuição dos instrumentos que inibem a caça de animais no Brasil. Proibida

desde o final da década de 60, a caça de animais silvestres nunca deixou de existir no país e é uma das principais razões que levam à extinção de espécies ameaçadas. Apesar de proibida, tramita no Congresso Nacional, como exposto anteriormente, o PL 6.268/16, o qual prevê a regulamentação do manejo, do controle e do exercício de caça no país. O Projeto seus principais objetivos a revogação da Lei 5.197/67, Lei de Proteção à Fauna, tendo em vista que, ao dispor de uma nova política nacional de manejo, estaria abordando uma nova e mais atual perspectiva de proteção à fauna. (COLATTO, 2016, p.19).

Tendo como ponto inicial o art.225 da CF/88 muitas vezes destacado neste trabalho e estendendo-se pelo ordenamento jurídico através de importantes diplomas legais como a Lei de Proteção à Fauna, a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei de Crimes Ambientais, entre outros, o Direito Ambiental ganhou espaço significativo ao longo dos anos, conseguindo se consolidar como área firme do Direito e obtendo a concretização dos institutos e princípios que auxiliam a proteção ambiental. Entre estes se destaca o princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Diante do exposto no tópico acerca do princípio do não retrocesso, resulta perceptível que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação e questionamento de ações que impliquem na diminuição ou restrição de direitos fundamentais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional (SARLET; FERSTERSEIFER, 2011, p.148). Desse modo, o princípio em questão demonstra-se de suma importância para fiscalizar a constitucionalidade de um ato normativo, de modo a existir um controle dos atos e comportamentos, com a adequação destes aos padrões ambientais ou, em última instância, com a anulação dos atos e comportamentos incompatíveis.

Além dos retrocessos no que tange à proteção constitucional, enquadrando o meio ambiente como um direito fundamental, defende-se também que o PL 6.268/16 apresenta retrocessos segundo a vertente animalista. Esta vertente professa a tese de que os animais são, moralmente, titulares de interesses e direitos que estão relacionados ao seu próprio bem-estar e à proteção de sua

vida (SANTOS, 2018, p.125). A partir da breve análise do Projeto de Lei, percebe-se que ele desprotege ainda mais os animais selvagens, que são cada vez mais tratados como mera propriedade dos indivíduos e como parte do ecossistema, não sendo reconhecido, de forma alguma, seu valor individual. Vale ressaltar que, hoje, os ecossistemas também estão sendo relativizados em prol das pressões que objetivam o crescimento econômico.

Outrossim, apesar do presente trabalho tratar da proteção conferida à fauna, quando existe um retrocesso na área ambiental, consequentemente violando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os direitos humanos também acabam sendo violados, tendo em vista o caráter antropocêntrico do Direito Ambiental. Desse modo, as consequências oriundas de um PL que dispõe de perspectivas retrogradadas trará consequências para toda a coletividade, incluindo os animais humanos ou não e demais elementos abióticos (LEITE; BEZERRA; ANDRADE, 2019, p.40).

#### **4.1. Alterações nas normas vigentes que tutelam o direito ambiental/animal**

Acerca das principais alterações almeçadas pelo PL 6.268/16, que dispõe sobre a Política Nacional de Fauna e legaliza a caça de animais silvestres no Brasil, a partir das mudanças mais relevantes, entende-se que este pretende revogar a Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197/67, bem como revogar dispositivos de caráter protetional ao meio ambiente, como a retirada do § 5º, do artigo 29 da Lei de Crime Ambientais. Ademais ratifica-se que este projeto, em alguns aspectos, se mostrou contrário à tutela ecológica e à tutela dos animais, posto que, além do fato de que suas normas são menos exigentes do que as anteriores, ele permite práticas que são proibidas no Brasil desde 1967, como a caça, e viola os princípios ambientais previstos na Constituição, caracterizando o retrocesso jurídico.

O Projeto de Lei 6.268/16 prevê uma atenuação na proteção dos animais selvagens, atualmente protegidos, ainda que de forma não totalmente satisfatória, pela Lei 5.197/67, e propõe desde a diminuição até a eliminação de sua proteção. Sendo assim, o que se pretende analisar é a ocorrência de retrocesso, a partir de uma incoerência entre as escolhas legislativas, que não deveriam atingir os limites que definem direito e proteção aos animais.

Sabe-se que a Lei 5.197/68, que é a Lei de Proteção à Fauna em vigor, dispõe em seu artigo primeiro a proibição à utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha dos animais silvestres. Em seu artigo segundo, a lei proíbe expressamente o exercício da caça profissional.

O novo projeto de lei, que pretende revogar a Lei 5.197/67, não traz a previsão de proibição à caça profissional, também não trazendo a previsão de que o órgão público federal competente deva regular a atividade, especificando as espécies, áreas e épocas nos quais essa modalidade de caça será permitida. Desse modo, “o projeto de lei faz alterações pontuais nas leis 5.197/1967, 9.605/1998 e 9.985/2000 para permitir a caça à noite, do interior de veículos e dentro de unidades de conservação e seu entorno” (TATTO, 2017, p.3). Outrossim, “a atividade de caça comercial não é uma prática sustentável, muito pelo contrário, pois quanto mais rara se torna uma espécie maior seu valor comercial, denotando-se o preço da raridade” (TATTO, 2017, p.6).

Pela omissão presente no PL, tendo em vista que objetiva revogar a Lei de Proteção à Fauna, mas não apresenta de forma expressa ao longo dos seus 44 artigos a proibição da caça profissional, demonstra-se ofensa ao disposto no art.225, §1º, inciso VII da CF/88, posto que determina que cabe ao Poder Público “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”. Desse modo, promover a legalização da caça é visivelmente oposta à tutela conferida constitucionalmente.

Além disso, ratifica-se o art.8 do PL, o qual dispõe que: “Os espécimes provenientes do manejo *in situ* podem ser comercializados conforme previsto no plano de manejo de fauna aprovado pelo órgão ambiental competente”. Há de se ressaltar a dúvida diante do artigo, posto que não sinaliza se o comércio é de animais vivos ou abatidos, bem como, há de se ressaltar o retrocesso presente, tendo em vista que a comercialização é expressamente vedada pela Lei 5.197/67, assim como a caça profissional (TATTO, 2017, p.12).

Diante do exposto, ressalta-se o entendimento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2014, p.101) acerca da legalização da caça comercial diante da situação econômica do Brasil:



Em face da esgotabilidade do bem ambiental fauna silvestre, bem como diante da sua importância no equilíbrio do ecossistema, e tendo em contrapartida os altos níveis de desemprego que assolam os países de terceiro mundo, se admitíssemos ou continuássemos a admitir a caça profissional, isso ocasionaria, por certo, um verdadeiro caos ecológico.

Outrossim, ressalta-se o parecer do Deputado Nilto Tatto (2017, p.12) membro da CMADS:

Neste contexto, é de conhecimento meridiano que a caça comercial reduza a população alvo liberada para abate ou captura, e na medida em que se reduz a população de uma espécie que tinha a caça liberada, uma nova espécie tornava-se alvo levando a extinção paulatina de cada espécie liberada para caça. Neste diapasão é relevante salientar que, a biodiversidade brasileira possui alta riqueza de espécies, mas com baixa taxa populacional.

Outrossim, o PL 6.268/16 pretende revogar o § 5º do art. 29 da Lei 9.605/1998, que prevê o aumento de até o triplo da pena para caça, que é de detenção de seis meses a um ano e multa, nos moldes na lei, se o crime decorrer do exercício da caça profissional. A legalização da caça como atividade profissional, bem como a ausência de previsão de uma regulamentação mais severa quanto à caça, são exemplos objetivos de retrocesso na legislação ambiental, tanto do ponto de vista ético e moral, quanto do ponto de vista da garantia ao equilíbrio do ecossistema (LEITE, BEZERRA, ANDRADE, 2019, p.46).

A liberação da caça profissional comprometeria os esforços que o Brasil vem despendendo para a conservação da biodiversidade, nos moldes da Constituição que, expressamente dispõe, em seu art. 23, VI que é dever da União Federal proteger o meio ambiente, bem como em seu art. 225, *caput*, que dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o Poder Público assegurar a biodiversidade e integridade das espécies.

Essa previsão de liberação da caça profissional consiste, ademais, na consolidação da visão ambiental presente no Brasil, ou seja, o antropocentrismo, e do equivocado espírito de superioridade do homem em relação ao meio ambiente e aos animais, consistindo em grave problema ético e moral. Em um cenário de luta pelo

direito dos animais, em que cada vez surgem novos movimentos de proteção e defesa de seus direitos, o projeto de lei pretende regularizar e legalizar a caça de animais com finalidade econômica (HONORATO, 2018, p.34).

Pela mera análise de tais dispositivos conclui-se que, sob uma pretensa justificativa de controle populacional e estabilidade dos ecossistemas, permite-se o abate dos animais por meio da caça, com a subseqüente comercialização das espécies, comercialização que é expressamente vedada pela Lei 5.197/67, como disposto anteriormente.

Diante do exposto, percebe-se que o PL não traz quaisquer destas previsões, mas limita-se a dispor que constitui infração penal e administrativa toda ação ou omissão que viole as disposições ali contidas, não determinando agravantes e uma punição mais severa. Ademais, ratifica-se que o PL é insatisfatório também no que concerne a ausência da regra prevista no art. 31 da Lei de Proteção à Fauna, o qual prevê que ação penal independe de queixa, mesmo em se tratando de lesão a propriedade privada, quando os bens atingidos sejam animais silvestres ou atos relacionados com a proteção da fauna (HOGEMANN; LIMA; ARAÚJO, 2017).

Disso decorre que o Projeto de Lei 6.268/16 abranda as normas e previsões de sanções e punições quanto à violação das regras previstas na Lei de Proteção à Fauna, bem como na Lei de Crimes Ambientais, fato que constitui, assim como a questão antes apresentada, em retrocesso na legislação atinente à proteção ambiental.

Ratifica-se também o art.10 do PL, o qual permite a introdução de espécies, reintrodução ou incremento populacional de espécimes da fauna silvestre na natureza, mas prescindindo de autorização ou acompanhamento do órgão competente, desde que esse animal tenha sido recém capturado e exista uma comprovação do local exato de sua captura (art.10, parágrafo único, PL 6.268/16). Demonstra-se a possibilidade de violação ao disposto no art.225, §1º, II e VII da CF/88, posto a possibilidade de prejuízos à preservação do patrimônio genético da espécie capturada, bem como a ameaça iminente para as espécies, já que inexistente acompanhamento de órgão competente de proteção ambiental (LEITE; BEZERRA; ANDRADE, 2019, p.48).

O PL 6.268/16 traz, ainda, disposição que não consta na Lei 9.517/67. Nesse sentido, no art. 23, parágrafo quarto, permite-se o uso de cães como parte da metodologia de projeto para coleta de material zoológico, para a finalidade de pesquisa científica. O projeto permite, além do abate de animais silvestres, que cães sejam utilizados para auxiliar na caça dos animais, colocando sua saúde, segurança e sua vida também em risco. Assim, ainda acerca do uso de cães, ressalta-se a criação das reservas cinegéticas, acreditando-se que esta ajudaria na preservação da fauna, todavia, como disposto anteriormente, o PL, infelizmente, trabalha com uma vivência utópica da realidade ambiental no Brasil.

Além disso, no que tange ao princípio do não retrocesso em confronto com o PL 6.268/16, destaca-se que admitir a possibilidade de recuo legislativo é admitir a possibilidade de extinção para diversas espécies, tendo em vista que, para algumas espécies, o retrocesso seria fatal. Diante disso, enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para a coletividade um conjunto de normas retóricas, desprovidas de eficácia prática, servindo, o princípio do não retrocesso, como princípio a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir a proteção legal do meio ambiente (BENJAMIN, 2005, p.67). O princípio do não retrocesso se impõe como baliza a atuação, no caso em discussão, do legislador, de modo a assegurar e preservar as conquistas oriundas do histórico da proteção ambiental, inibindo a mutabilidade do Direito com uma perspectiva menos protetiva e inconstitucional, tendo em vista a CF/88 como cerne e orientador do sistema normativo Brasileiro.

Diante do exposto, se mostra necessário discutir o PL 6268/16, afim de, a partir da análise de suas consequências para o Direito Ambiental, ele não seja aprovado pela Congresso Nacional. Ressaltando que, o princípio do não retrocesso impõe ao Estado um dever de proteção às normas consolidadas e conquistadas ao longo do tempo. Não cedendo a pressões políticas e econômicas que almejam a alteração legislativa.

#### **4.2. Da biodiversidade brasileira e o risco de extinção**

Segundo o Ministério do Meio Ambiente (MMA, 2020, *online*), o Brasil abriga a maior biodiversidade do planeta. Acerca da biodi-

versidade, Êdis Milaré (2018, p.788) entende que a fauna “funciona como um dos termômetros da biodiversidade na manutenção do equilíbrio ecológico”, e um sinal de alerta. Luís Paulo Sirvinskas (2018, p.485) acerca da fauna, entende que: “A fauna é um bem ambiental e integra o meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da CF. Trata-se de um bem difuso. É bem que deve ser protegido para as presentes e futuras gerações”.

Historicamente, o homem sempre exerceu um papel de hierarquia e crueldade em relação a natureza, contribuindo firmemente para a extinção de muitas espécies ao longo de sua história. Dentre as atividades humanas, destaca-se a prática da caça, por divertimento ou profissional, bem como, a comercialização de produtos oriundos da prática, como peles, couro, óleo, entre outros (MILARÉ, 2018, p.792-793).

Diante disso, o Brasil, por ser um país de destaque por sua biodiversidade, tem grandes obstáculos e responsabilidades em relação à proteção e conservação de sua fauna. Isto posto, diante de um projeto de lei que almeja regulamentar a prática da caça, há de se repensar até que ponto o Brasil está assumindo, de forma efetiva, sua responsabilidade ambiental. Ratifica-se que, a caça de animais silvestres reduz significativamente a riqueza das populações de animais, resultando no desequilíbrio dos processos naturais, comprometendo a manutenção das comunidades, inclusive a humana (SAMPAIO, 2011, p.20).

Outrossim, complementa-se que não há evidências, irrefutáveis, que comprovem que um sistema de caça legalizado impossibilitaria a prática ilegal, clandestina, ou mesmo o desrespeito às normas regulamentadas pelo órgão competente. Além disso, quando os efeitos de atividades antrópicas no meio ambiente não são conhecidos ou há dúvida a respeito do dano ambiental que poderá advir, a tutela ambiental internacional e a legislação brasileira estão de acordo em se aplicar o princípio da precaução (SAMPAIO, 2011, p.50-51). Acerca dos princípios, há de se ressaltar a aplicação conjunta, tendo em vista a interferência mútua e o apoio na aplicação dos princípios ambientais.

A liberação da caça profissional, posto a omissão presente no PL 6.268/16, comprometeria os esforços que o Brasil vem despendendo para a conservação da biodiversidade, nos moldes da CF/88

que, inclusive, expressamente dispõe, em seu art. 23, VI que é dever da União Federal proteger o meio ambiente, bem como em seu art. 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o Poder Público assegurar a diversidade e integridade das espécies (LEITE; BEZERRA; ANDRADE, 2019, p.52).

Acerca do conceito de caça, na modalidade predatória, segundo Luís Paulo Sirvinskas (2018, p.486): “é aquela praticada para fins comerciais ou mero deleite. No primeiro caso, trata-se da caça profissional; no segundo, da caça sanguinária”. A caça não predatória é regulamentada no Brasil, entendendo-se como a caça de controle, científica, de subsistência e amadora, esta última, desde que as peculiaridades da região permitam e, exista licença específica (SIRVINKSAS, 2018, p.487).

Apesar da caça esportiva ter encontrado abertura no Brasil por meio da Lei de Proteção à Fauna, o único estado brasileiro que a regulamentou foi o Rio Grande do Sul, por meio da Lei Estadual 10.056/94. Porém, em 2008, a atividade foi proibida no Rio Grande do Sul, devido a uma ação pública movida em desfavor do IBAMA pela ONG União pela Vida, em conjunto com o Ministério Público e a sociedade civil, por meio de milhares de assinaturas (SAMPAIO, 2011, p.49).

Ademais, no que tange aos retrocessos e prejuízos à proteção do meio ambiente, entende-se que, em caso de recebimento do PL, o mesmo revogará completamente a Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197/67, excluindo os dispositivos de proibições de caça e, concomitantemente, a retirada do § 5º, do artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/88. Desse modo, resultando na total legalização da caça profissional, passando a ser uma prática legal, não dispondo de imposição de penas. “Em consequência desta revogação, a caça profissional passará a ganhar ainda mais força, pois com toda a restrição que existe hoje, ainda assim o Poder Público não consegue cessar o grande exercício desta terrível crueldade” (TATTO, 2017, p.4).

Além de tudo, sabe-se que a caça reduz as populações de diversas espécies consideradas mais valiosas, tornando-as ainda mais requisitadas, devido ao aumento de seu valor comercial, tendendo as espécies à extinção. Ressalta-se também, que a liberação da caça para uma espécie ou para uma lista específica de espécies, de

alguma forma, acaba por fragilizar também a proteção de outras espécies, já que muitos caçadores não se restringem aos animais liberados, bem como, a conexão existente na cadeia alimentar. Desse modo, a legalização da caça resultaria na diminuição das populações de fauna em um sentido muito mais amplo (TATTO, 2017, p.14).

Apesar de uma das principais causas de extinção da fauna ser a caça, também se destaca o tráfico de animais. Essa prática, tendo em vista sua estreita ligação com a caça, poderá ser fortemente estimulada com a legalização da caça profissional. Vale ressaltar que o valor do animal está intimamente relacionado com a sua raridade, e sua raridade, intimamente ligada à extinção ou perigo iminente de (SIRVINSKAS, 2018, p.508).

## 5. CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, entende-se que a preocupação com a questão ambiental pode ser considerada nova se analisada em comparação com **à própria existência da humanidade** e a necessidade de desenvolvimento exacerbado. Ante isto, criou-se no homem uma cegueira à finitude dos recursos provindos da natureza e à prática de crueldade aos animais não humanos. A problemática decorre, então, a partir da tendência da perspectiva utilitarista dos recursos naturais, eliminando, por sua vez, a perspectiva intrínseca do meio ambiente quando esta vai de encontro ao desenvolvimento e ao crescimento econômico almejado.

O Brasil, tendo em vista sua incomparável biodiversidade, é detentor de uma responsabilidade, dever de preservação, por parte do Poder Público e da sociedade, devendo criar mecanismos para efetivar os valores já vigentes na CF/88 e nas demais normas de proteção ambiental. Assim, a proteção constitucional está relacionada à obrigação do Estado de legislar sempre em acordo com a preservação ambiental, ou seja, é direito da sociedade que disciplinem leis que protejam, inibindo normas que possam agredir o meio ambiente.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988, ao vedar expressamente a crueldade com os animais, mesmo trazendo uma vertente antropocentrismo mitigada, dispõe de uma busca pelo equilíbrio ecológico e de atenção aos demais seres. Assim, não adianta

apenas proteger objetivando a harmonia como forma de bem-estar da vida humana, mas a proteger à fauna percebendo a condição de ser vivo sensível e que merece respeito. Desse modo, a partir da constituição federal, mais precisamente o art.225, conclui-se que a proteção dada aos animais é orientada a partir de três objetivos: coibir práticas que coloquem em risco a fauna e sua função ecológica, garantir que os animais não sejam alvos de crueldade, bem como, afastar a possibilidade de extinção das espécies.

Nessa linha, ressalta-se que os crimes contra à fauna constituem um problema extremamente presente no mundo contemporâneo, onde a humanidade encontra-se ante a ameaça de sua autodestruição. Dito isso, torna-se necessário uma nova relação entre o homem e os animais, baseada no mútuo respeito e na mútua dependência, com a predominância do interesse coletivo, induzindo nova postura da humanidade com o meio ambiente, objetivando um novo enfoque dos problemas existentes e uma adequação da ordem jurídica para as suas soluções.

Ademais, conclui-se que a vedação a prática de maus-tratos e atos cruéis contra os animais, torna-se incompatível com a prática de entretenimento, ressalvadas raras exceções. Assim, o constituinte, ao dirigir um dever de proteção dos animais não humanos, veda à crueldade, não deixando espaço para ponderações. Nesse sentido, se houver o mínimo de crueldade na prática realizada, o mandamento constitucional fora desrespeitado

Acerca do princípio do não retrocesso, entende-se que este pressupõe que a salvaguarda do meio ambiente tem caráter irretratativo, não podendo admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados, salvo diante de mudanças significativas das circunstâncias, o que não se aplica ao caso em estudo. Assim, busca-se estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental, objetivando orientar as futuras medidas normativas de tutela, impondo limites a impulsos revisionistas da legislação. Diante disso, o princípio do não retrocesso ambiental, tem como objeto o aprimoramento dos instrumentos legislativos vigentes que tutelam o direito ambiental e veda o retrocesso jurídico.

Outrossim, ainda acerca do princípio do não retrocesso, entende-se que este funciona como espécie de blindagem protetiva em face da atuação do Estado, incidindo, para além da limitação

à discricionariedade do legislador. A blindagem existente na ideia do princípio do não retrocesso, busca dar maior operatividade ao dever constitucional de tutelar o meio ambiente, assegurando que não aconteçam retrocessos que tornem menos dura ou flexível a legislação ambiental, permitindo práticas degradantes.

Então, a partir da análise das disposições do PL 6.268/16 face ao princípio do não retrocesso ambiental, compreende-se a presença de um expresse retrocesso no que tange à proteção ambiental. Como exemplos e principais retrocessos, destaca-se a mudança do conceito de fauna silvestre presente na Lei de Proteção à Fauna e na LCA, retirando da tutela da lei os animais em cativeiro. Ressalta-se também a omissão ao não estabelecer a previsão de soltura de animais após os procedimentos do centro de triagem, bem como a possibilidade de criação e recriação de espécies da fauna silvestre, criando a possibilidade da atividade pecuária, *ranching*, com animais silvestres. Dito isto, ratifica-se ainda criação de reservas cinegéticas, a possibilidade do abate de animais e a omissão legislativa que resulta na legalização da caça profissional.

Diante do exposto, observa-se que o PL, tendo em vista que sua autoria advém de um deputado da banca ruralista, almeja conquistas econômicas, não se limitando à construção de uma nova Política de Proteção à Fauna. Para mais, o PL 6.268/16 tem como um de seus principais objetivos a liberação e a diminuição dos instrumentos que inibem a caça de animais no Brasil, sendo esta uma das principais razões que levam à extinção de espécies ameaçadas.

Compreende-se, por fim, que seria um contrassenso admitir a possibilidade de recuo legislativo, quando que, para muitas espécies em via de extinção ou a essa altura regionalmente extintos, o retrocesso seria fatal. Desse modo, percebe-se que a proteção constitucional concedida ao meio ambiente fora posta em discussão com o advindo do PL 6.268/16, posto que, pode-se analisar questões incompatíveis com a CF/88, reconhecendo assim a inconstitucionalidade do Projeto de Lei. Essa previsão de liberação da caça profissional consiste, ademais, na consolidação da visão ambiental presente no Brasil, ou seja, do antropocentrismo e do equivocado espírito de superioridade do homem em relação ao meio ambiente e aos animais, consistindo em grave problema ético e moral.



## REFERÊNCIAS

- ABREU, Ivy de Souza; BUSSINGUER, Elda Coelho Azevedo. *Antropocentrismo, ecocentrismo e holismo: uma análise das escolas de pensamento ambiental*. Rio de Janeiro: BIOGEPE, 2013. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista034/escolas\\_de\\_pensamento\\_ambiental.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista034/escolas_de_pensamento_ambiental.pdf). Acesso em 22 fev.2020.
- AMADO, Frederico. *Direito ambiental*. 9ª ed. obra esquematizada. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018.
- ARANTES, Evandro Borges. *O direito ambiental contemporâneo e a superação da perspectiva antropocêntrica – Revista integralização universitária da Faculdade Católica do Tocantins*. vol.5. Palmas: Facto, 2012. Disponível em: [http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/105](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/105). Acesso em 23 de fev.2020.
- ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *Princípios do direito ambiental*. ano XVIII.n.62. Brasília: 2014. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1864>. Acesso em 23.jun.2020.
- AYALA, Patryck de Araújo. *Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição Federal - Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal - Comissão de Meio Ambiente, 2011. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559](http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559). Acesso em: 15 jun. 2020.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *O meio ambiente na Constituição federal de 1988*. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Sandra Teles da; SOARES, Ines Virginia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI*. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 363-398.
- BENJAMIN, Antonio Herman. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BORTOLOZI, Emerson. *A tutela da fauna silvestre como efetivação do direito fundamental ao meio*. Revista Científica Hermes.vol.20. São Paulo: Instituto Paulista de Ensino e Pesquisa, 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/323953332\\_A\\_tutela\\_da\\_fauna\\_silvestre\\_como\\_efetivacao\\_do\\_direito\\_fundamental\\_ao\\_meio\\_ambiente](https://www.researchgate.net/publication/323953332_A_tutela_da_fauna_silvestre_como_efetivacao_do_direito_fundamental_ao_meio_ambiente). Acesso em 7 jun. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/cf1988](http://www.planalto.gov.br/cf1988). Acesso em: 12 ago. 2019

BRASIL. *Lei 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de crimes ambientais*. Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em 12 ago. 2019.

BRASIL. *Lei 5.197/67, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a fauna e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm). Acesso em 15 mai. 2020.

BRASIL. *Ministério do Meio Ambiente, online*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/>. Acesso em: 20 jul.2020.

BRASIL. *Projeto de Lei 6268/16, 10 de outubro de 2016*. Brasília, DF, 10 de out.2016. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2113552](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2113552).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO, José Rubens. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2015.

CHALFUN, Mery. *Paradigmas filosóficos; ambientais e o direito dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal*. 6.vol. Rio de Janeiro: 2010.

COLATTO, Valdir. *PL 6268/16, 10 de outubro de 2016*. Brasília, DF, 10 de out.2016. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2113552](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2113552)

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Júlio César. *Panorama do retrocesso ambiental na câmara dos deputados*. Revista direito à sustentabilidade. Vol.2. n.4. Paraná: 2016. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/16179>. Acesso em 17 jun.2020.

HOGEMANN, Edna Raquel; LIMA, Maria Cristina de Brito; ARAÚJO, Natália de Souza e Mello. *O Projeto de Lei 6.268/2016 à luz do Princípio da Vedação do Retrocesso Ambiental e do Princípio da Igualdade na Consideração de Interesses*. Revista Internacional Consinter de Direito. Ano. III. n. IV. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2017. Disponível em: [https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iii-numero-iv/o-projeto-de-lei-6-2682016-a-luz-do-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ambiental-e-do-principio-da-igualdade-na-consideracao-de-interesses/#\\_ftn1](https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iii-numero-iv/o-projeto-de-lei-6-2682016-a-luz-do-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ambiental-e-do-principio-da-igualdade-na-consideracao-de-interesses/#_ftn1). Acesso em 16 fev.2020

HONORATO, Cristiane Benfatto. *A proteção constitucional à fauna e a probabilidade de regulamentação da caça de animais silvestres nos termos do projeto de lei nº 6.268/16 e apensos*. Criciúma: UNESC, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/6221>. Acesso em 1 jul.2020.

LEITE, José Rubens Morato. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Ana Luisa Schiavo; BEZERRA, Ana Maria Bonfim; ANDRADE, Mariana Dionísio de. *Direitos de natureza: conflito entre a proposta de regulamentação para fazendas de caça e a proteção constitucional ao meio ambiente*. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-3.pdf>. Acesso em 21 jul.2020.

MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência jurídica*. Disponível em: <http://www.milare.adv.br/artigos/antropocentrismo.htm>. Acesso em 20 fev. 2020. Publicado na REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL, ano V.n.36. São Paulo: Editora RT (Revista dos Tribunais), 2004, p. 9-42.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 18.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição do retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 80.

MOLINARO, Carlos Alberto; D'ÁVILA, Caroline Dimuro Bender; NIENCHESKI, Luísa Zuardi. *Gaia entre mordaças dilemáticas: Antropocentrismo versus Ecocentrismo*. V.11. João Pessoa: Prima Facie, 2012.

PIERI, Franciele Góes Lacerda de. *O meio ambiente e o princípio da proibição do retrocesso*. Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Franciele%20Goes%20Lacerda%20de%20Pieri.pdf>. Acesso em 26 jun.2020.

PRIEUR, Michel. *De l'urgente necessite de reconnaitre le principe de non regression en droit de l'environnement*. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha (Org.). *A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados*. Rio de Janeiro: FGV, Direito, 2011, p. 249-272.

SAMPAIO, Daniele Teodoro. *A caça ilegal de animais silvestres na Mata Atlântica, baixada litorânea do Estado do Rio de Janeiro, Brasil: eficiência de proteção de reservas biológicas e triangulação do perfil da caça*. Campos dos Goytacazes: 2011. Disponível em: <http://uenf.br/posgraduacao/ecologia-recursosnaturais/wp-content/uploads/sites/7/2013/11/DANIELA-TEODORO-SAMPAIO.pdf>. Acesso em 22 jul.2020.

- SANTOS, Samory Pereira. *Os animais e o STF: os limites jurisprudenciais do Direito Animal*. Salvador: Neojuris Editora, 2018.
- SÃO PEDRO, Maria de Fátima Alves. *O direito ambiental em busca de caminhos alternativos*. As novas fronteiras do Direito. Juiz de Fora: Editar, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental**. São Paulo: 2010. Disponível em: <http://www.planeta-verde.org/biblioteca-virtual/artigos-juridicos/notas-sobre-os-deveres-de-protecao-do-estado-e-a-garantia-da-proibicao-de-retrocesso-em-materia-socioambiental>. Acesso em 25 jun. 2020
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental - Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal - Comissão de Meio Ambiente, 2011. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559](http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559). Acesso em: 10 ago. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; *A proibição do retrocesso ecológico e as mudanças no Ministério do Meio Ambiente*. Conjur, 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-fev-15/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-ecologico-ministerio-meio-ambiente](http://www.conjur.com.br/2019-fev-15/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-ecologico-ministerio-meio-ambiente). Acesso em 10 ago. 2019.
- SILVA, Carlos Sérgio Gurgel. *A visão antropocêntrica no direito ambiental brasileiro*. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2015. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015\\_06\\_0219\\_0241.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0219_0241.pdf). Acesso em 28 abril.2020.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 16.ed. São Paulo: Editora Saraiva Jus, 2018.
- STROPPA, Tatiana; VIOTTO, Thaís Boonem. *Antropocentrismo X Biocentrismo: Um embate importante*. Revista Ética Animal – Instituição Toledo de Ensino. São Paulo: 2014.
- TATTO, Nilto. *Parecer PL 6268/16 do Deputado Relator*. CMADS: 2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1628466&filename=Tramitacao-PL+6268/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1628466&filename=Tramitacao-PL+6268/2016). Acesso em: 11 jul.2020

# Capítulo XIII

A necropolítica e a criminalização  
do aborto: qual o sujeito dessa lei?

**Raquel Alves Barreto**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de  
Direito e Gestão. Membro dos grupos de iniciação  
científica “Liberdade para ser livre” e “Gênero,  
raça e classe: suas opressões dentro do Direito.”  
E-mail para contato: [rraquelbarreto@gmail.com](mailto:rraquelbarreto@gmail.com)



## A necropolítica e a criminalização do aborto: qual o sujeito dessa lei?

**RESUMO:** O referido artigo tem, como ponto central, analisar como a criminalização do aborto está diretamente relacionada com a necropolítica, evidenciando a norma penal não como um empecilho para a prática abortiva, mas como um mecanismo capaz de estabelecer um corpo punível e suscetível à morte. O objetivo da pesquisa é demonstrar de que modo as condições sociais de classe e raça nas quais as mulheres estão inseridas impactam diretamente na distribuição dos riscos que o tipo penal produz. Os resultados demonstram que mulheres negras e de baixa renda são as que mais sentem o impacto da atuação clandestina. Desse modo, o necropoder, além de expô-las à morte ou multiplicar seus riscos de ocorrência, atua dentro da perspectiva de um sistema de justiça penal seletivo que se manifesta através do racismo e da vulnerabilidade dessas mulheres. Enquanto a norma continuar em descompasso com a realidade, processos de morte e sujeição continuarão sendo legitimados.

**Palavras-chave:** NECROPOLÍTICA; ABORTO; RACISMO; CRIMINALIZAÇÃO; SISTEMA PENAL;

**ABSTRACT:** The present essay has, as leading proposition, to analyse how abortion criminalization is directly related with the issue of necropolitics, evidencing the criminal norm not as an abortion practice obstacle, but most like a tool powered to standardize a dead-likely punishable body. The purpose is to demonstrate how women's inserted race and class social conditions make immediate impact at risks distribution within criminal norm prescription. As results shows, low-income black women are most sensitive and awareness to abortion backdoor practice. Hence, the "necropower", besides exposes they to death or multiply their chance to it, operate within a selective criminal system of Justice that expressed through racism and these women vulnerability. In still this norm persists in realness unconformity, death operation and it's liability still being legitimazed.

**Keywords:** NECROPOLITICS; ABORTION; RACISM; CRIMINALIZATION; PENAL SYSTEM

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA NECROPOLÍTICA 3 A PRÁTICA DO ABORTO CRIMINALIZADO 4 O RACISMO DO NECROPODER E OS CORPOS PUNÍVEIS 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS**

---

## **1. INTRODUÇÃO**

Conquanto o aborto seja disciplinado penalmente, esse é um tema que ainda propulsiona profundas discussões. O debate acerca da sua descriminalização ou não ultrapassa os limites meramente legais, perpassando sobre demais aspectos sociais, como os morais, religiosos e políticos. Outrossim, com o advento das



teorias feministas, o debate toma nova forma, fazendo surgir argumentos principalmente no que concerne aos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres.

Em soma, no entanto, a fundamentação deve ser acompanhada por um recorte interseccional, para modo de compreender que o assunto tem peso diverso para diferentes mulheres. Com essa noção, é possível perceber seus aspectos discriminatórios e de dominação.

Esse trabalho, pois, tem o desígnio de analisar como a criminalização do aborto impacta nas mulheres mais vulneráveis e como esse impacto está relacionado com a necropolítica. Fornecendo, desse modo, subsídios para uma crítica referente ao tipo penal e sua aplicabilidade prática.

Para tanto, faz-se necessária a análise do conceito de necropolítica e como ela se manifesta, bem como demonstrar sua atuação como um poder de controle sobre a morte e desumanização de mulheres específicas, as transformando em corpos puníveis. No exposto, é demonstrada a ineficácia da legislação vigente em relação a constante prática clandestina e perigosa. Sendo, ainda, apresentado como o racismo atua como elemento das instituições modernas envolvidas e naturaliza seus processos violentos.

## **2. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA NECROPOLÍTICA**

Achille Mbembe<sup>1</sup> trata da necropolítica a partir de uma abordagem acerca da soberania, da guerra e do biopoder. Em seus escritos, a soberania se manifesta a partir da construção de normas por sujeitos livres e iguais escolhidos por uma coletividade. Nesse passo, a política é definida como um projeto de autonomia e realização para os sujeitos; a produção dessas normas seria a diferença para um estado de guerra.

Por outra forma, é como de fato se observa em um Estado Democrático de Direito, no qual as normas construídas por representantes legitimam o poder soberano extraído de seu verdadeiro titular, qual seja, o povo. Essa regulação social a partir das instituições acontece para que a convivência desse povo aconteça da maneira mais apropriada possível.

---

1 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 edições, 2018, pp. 5-9.

O problema, entretanto, é quando essa soberania se manifesta sob a ótica da destruição dos sujeitos, quando ela e a guerra se confundem. Nessa leitura, ela passa a se expressar através de um direito de matar, bem como a política como um trabalho sobre a morte.<sup>2</sup>

A partir desse momento as normas não funcionariam mais como reguladoras sociais de convívio cívico apropriado ou organizado, mas como mecanismos de sujeição dos corpos que antes se prometia resguardar. A essência das instituições, em sucintas palavras, se perde; abrindo margem para a manifestação de um poder excedente, no qual não se preza a vida, mas a retira.

Pelo próprio passar do tempo, essa guerra agora poderá ser reconhecida através de novos moldes sob os quais foi impulsionada. Não mais se traduz como um confronto bélico, mas sim como algo intrínseco na sociedade, sendo manifestada pelas relações de poder das instituições existentes, como é o fato da própria lei e do direito.<sup>3</sup> Nos termos trazidos por Mbembe, a própria política se torna “a guerra continuada por outros meios”.<sup>4</sup>

Seguindo os ensinamentos de Foucault<sup>5</sup>, isso representa o “como do poder”, isto é, o tratamento de seus mecanismos a partir de dois pontos de referência: As regras de direito, tais quais o delimitam formalmente e, de outro modo, os efeitos de verdade que ele reproduz. E é nesse último aspecto que se concentra o eixo central de crítica do referido artigo.

Na análise feita sobre a temática, através de um recorte econômico, social e racial, é constatado que o resultado verdadeiro dessa proibição representa a referida guerra. A proibição do aborto, para muito além de estar em descompasso com a luta feminina em exercer plenamente seus poderes sobre o próprio corpo, sexualidade e maternidade, atinge em maior medida determinadas mulheres.

Por assim ser, o que será destacado nesse cenário é o fato de que a depender dos fatores envolvidos na vida da mulher que recorre

2 MBEMBE, Achille. Op.cit., 2018, pp. 10-11.

3 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 10-11.

4 MBEMBE, Achille. Op.cit., 2018, p. 55.

5 FOUCAULT, Michel. Op.cit., 1999, pp. 28-29.

ao procedimento, as consequências sentidas serão muito dispare; o que já de antemão demonstra que os efeitos verdadeiros que a penalização traz não correspondem a proteção do bem jurídico vida.

Maria Fernanda de Mattos Calil<sup>6</sup> segue nesse mesmo sentido e reforça que a criminalização do aborto, tem como único mérito, a punição para com um perfil determinado de mulher, as quais, como será demonstrado no mais da pesquisa, são tidas como “corpos puníveis”.

Nesse cenário, o necropoder consegue atuar na clandestinidade; quando, separada da prática, uma norma é imposta e tem como efeito a seleção das mulheres que podem viver e daquelas que devem morrer.

Sobre isso, salienta Foucault que:

É claro, por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição etc.<sup>7</sup>

Trata-se, pois, da morte física ou a morte de toda e qualquer condição humana digna que as envolve e as caracteriza como sujeito.

Prosseguindo por esse raciocínio, o chamado biopoder, funciona através da divisão da sociedade em grupos e subgrupos, perpassados pelo que se denominou “racismo”.<sup>8</sup>

O termo tão familiar representa o mecanismo fundamental do poder nos Estados modernos. Como acima dito, o biopoder funciona através da fragmentação da espécie humana; pois, o racismo faz surgir grupos diversos classificados como “raças” e elencados de maneira hierárquica, os distinguindo e qualificando como boas/ruins, superiores/inferiores.<sup>9</sup>

Achille Mbembe exemplifica o racismo na escravidão como uma das suas primeiras manifestações enquanto mecanismo da

6 CALIL, Maria Fernanda de Matos. *O poder simbólico da criminalização secundária do aborto*. Orientador: Nelson Carlos Tavares Junior. 2014. Artigo Científico – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 3.

7 FOUCAULT, Michel. Op.cit., 1999, p. 306.

8 Ibid., pp. 304-310.

9 Ibid., p. 304.

política de morte. O escravo, como instrumento de trabalho, somente era mantido vivo por necessidade, mas mergulhado em um mundo de crueldade e controle. O poder sobre a vida do escravo atingiu tamanho aspecto que poderia ser dito que ela era como propriedade do seu senhor.<sup>10</sup>

Na observância do perfil das mulheres que praticam aborto clandestino, a raça será um elo quase sempre presente nos estudos e relatos daquelas que praticaram a conduta e que foram marcadas de maneira mais cruel e profunda, seja no âmbito privado da sua intimidade, liberdade ou, nos casos mais graves, com suas mortes.

É possível que se diga, portanto, que o racismo é *conditio sine qua non* para que se torne aceitável o exercício da necropolítica. Nas palavras de Foucault seria o chamado “domínio biológico”<sup>11</sup>, pois, se trata de manobra necessária para que sejam escolhidos aqueles que podem ou não viver.

### 3. A PRÁTICA DO ABORTO CRIMINALIZADO

Os dados sobre aborto não são precisos como de fato se gostaria para mensurar melhor o problema. Pesquisar sobre o tema já impõe grandes desafios mesmo onde sua prática é legal, e ele somente se agrava quando em um contexto de ilegalidade,<sup>12</sup> tendo em vista que ela impulsiona mulheres a se esconderem em clínicas clandestinas sem qualquer registro legal e a entregarem seus corpos para o cuidado de indivíduos não capacitados. Fora que, além disso, não há como aferir em números aquelas que optam por realizar o abortamento sozinhas e assim logram êxito, sem nunca procurar serviços de saúde.

Com efeito, mesmo sendo temática com tamanha complexidade, os estudos são capazes de dimensionar tendências quanto

10 MBEMBE, Achille. Op.cit., 2018, pp. 27-30.

11 FOUCAULT, Michel. Op.cit., 1999, p. 305.

12 MENEZES, Greice M.S.; AQUINO, Estela M.L.; FONSECA, Sandra Costa; DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira. Aborto e saúde no Brasil: desafios para a pesquisa sobre o tema em um contexto de ilegalidade. *Cad. Saúde Pública* [online], Rio de Janeiro, v.36, e00197918, 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/977/aborto-e-saude-no-brasil-desafios-para-a-pesquisa-sobre-o-tema-em-um-contexto-de-ilegalidade>. Acesso em: 28 de maio 2020, p. 3.

a prática abortiva. É nesse aspecto que essa análise se refere: A existência de predominâncias para com um biotipo que é destinado à morte.

Isso significa dizer, e conforme irá se constatar, que questões como raça e classe nas quais as mulheres em situações de abortamento estão inseridas, impactam diretamente na distribuição dos riscos que o tipo penal produz, fazendo-as seguir caminhos de maior ou menor dor, mais ou menos morte.<sup>13</sup>

Neste seguimento, o aborto é amplamente praticado no Brasil. Uma pesquisa de âmbito nacional com mulheres alfabetizadas de áreas urbanas constatou que, em 2016, aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres já fez aborto.<sup>14</sup> Segundo a mesma fonte, no ano de 2015 ocorreram cerca de meio milhão de abortos e considerando que grande parte é ilegal, ele se torna um dos maiores problemas de saúde pública do país.<sup>15</sup> Sendo que, as maiores taxas de ocorrência se encontram perante mulheres de baixa escolaridade e renda, pretas, pardas e indígenas.<sup>16</sup>

Os índices abortivos no Brasil fazem com que ele esteja entre as quatro principais causas de mortalidade materna no país. Ademais, os dados referentes à hospitalização no Sistema Único de Saúde (SUS) mostram que a curetagem pós-aborto – feito para completar o esvaziamento uterino – representa um dos procedimentos obstétricos mais realizados.<sup>17</sup>

Outrossim, ficou demonstrado por dados mais recentes que o perfil das mulheres brasileiras com maior risco de morrer por aborto são as de cor preta, indígenas, de baixa escolaridade, com mais de 40 (quarenta) ou menos de 14 (quatorze) anos de idade, das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste – consequência direta

---

13 CISNE, Mirla; CASTRO, Viviane Vaz; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante. *Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres*. R. Katál., Florianópolis, v. 21, n. 3, set./dez. 2018, p. 453.

14 DINIZ, Debora, MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2017, v. 22, n. 2, pp. 653-660. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em: 01 de jun.2020, p. 3.

15 *Ibid.*, 2000, p. 7.

16 *Ibid.*, loc.cit.

17 MCCALLUM, Cecília; MENEZES, Greice; REIS, Ana Paula dos. O dilema de uma prática: experiências de aborto em uma maternidade pública de Salvador, Bahia. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.23, n.1, jan.-mar. 2016, p. 39.

das suas condições de pobreza e marginalização geográfica – vivendo sem união conjugal.<sup>18</sup>

Por tudo isso, não é à toa que Rulian Emmerick conclui que “o aborto já foi legalizado no Brasil por estratificação econômica e social”<sup>19</sup>, que, aliás, as ações provocadas pelo tipo penal, penalizam as mulheres pobres, desprovidas dos recursos mais básicos de manutenção da vida.

Assim, é observado que além de não funcionar, a lei penal é discriminatória, o que sustenta toda uma lógica de seletividade. A discussão, disse Livia Casseres<sup>20</sup>, perpassa não somente ao poder de escolha feminino e sua autonomia sob o próprio corpo, mas atravessa a exposição de morte pela prática insegura do aborto, uma vez que os riscos da mortalidade demonstram essas desigualdade sociais.

Para Mirla Cisne, Viviane Vaz de Castro e Giulia M. J. C de Oliveira, “analisar criticamente o aborto inseguro e ilegal, é buscar descortinar as paredes de fumaça da ideologia patriarcal que massacra e criminaliza mulheres, especialmente, as pobres e negras”.<sup>21</sup> Demonstrando, por exemplo, se constatou que a mortalidade decorrente da prática atinge as mulheres negras em percentual duas vezes maior do que em relação às brancas.<sup>22</sup>

Em outra pesquisa analisada referente à experiência hospitalar de mulheres no pós-aborto, foi percebida uma estrutura de atendimento desatento e cruel, que, na verdade, já faz parte de

18 CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda M. dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Cad. Saúde Pública* [online], Rio de Janeiro, v.36, n.13, e00188718, Set.2018. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/975/aborto-no-brasil-o-que-dizem-os-dados-oficiais>. Acesso em: 28 de maio 2020, p. 11.

19 EMMERICK, Rulian. *Corpo e Poder: Um olhar sobre o aborto à luz dos Direitos Humanos e da Democracia*, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2007, p. 170.

20 CASSERES, L. M. M. D. Racismo estrutural e criminalização do aborto no Brasil. *Revista internacional de direitos humanos*, n. 28, v. 15, p. 77-85, São Paulo Dez., 2018, p. 81.

21 CISNE, Mirla; CASTRO, Viviane Vaz; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante. Op. cit., 2018, p. 453.

22 MONTEIRO, M. F. G.; ADESSE, L.; LEVIN, J. *As mulheres pretas, as analfabetas e as residentes na Região Norte têm um risco maior de morrer por complicações de gravidez que termina em aborto*. Trabalho apresentado no XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu- MG – Brasil, de 29 de setembro a 03 de outubro de 2008, pp. 4-6.

todo um contexto social, político e até simbólico do espaço que é cedido para com elas e sua situação. A dinâmica relatada demonstrou a realidade da violência obstétrica institucional<sup>23</sup>, que não as acolhe, mas as reprime.

Isso, por si só, já configura mais de uma forma de violência, sendo uma clara demonstração do abandono ao qual são submetidas essas mulheres, ainda mais quando pensado que, anterior à sua chegada em serviços hospitalares, elas já passaram por uma série de experiências que as testaram, seja física ou emocionalmente.<sup>24</sup>

Da pesquisa mencionada, é retirado o seguinte relato: “Estava com muito medo, porque não sabia o que se passa por lá, sabia que ia ser muito humilhada, porque eles maltratam, fazem pouco caso com essas pessoas que fazem aborto”.<sup>25</sup> A entrevistada foi nominada como “Marta” que, abandonada pelo companheiro, tenta fazer o aborto sozinha com auxílio de medicamentos e mesmo com as complicações sentidas – sangramento, enjoos e uma possível infecção – sente extremo temor em procurar um hospital.

É evidente que a necessidade de recorrer a clandestinidade afeta profundamente a dignidade humana, princípio, este, constitucionalmente tutelado.

Para além disso, a procura pelo Sistema de Saúde depende das condições sociais em que a mulher interessada se encontra. Diante de uma gravidez não prevista, apenas pequena parcela delas pode arcar com os custos de uma intervenção em clínica privada, enquanto as demais, recorrem à técnicas inseguras, sendo que algumas até letais<sup>26</sup>.

Constata-se, pois, que a prática e as consequências abortivas dependem do poderio econômico envolvido na questão.

Por esses indícios, Simone de Beauvoir apresenta o aborto como um “crime de classe”<sup>27</sup>. Quando a mulher envolvida detém de um estrutura bem formada, em uma situação social avantajada, na qual ela pode se despir melhor dos preconceitos e receber os

23 MCCALLUM, Cecilia; MENEZES, Greice; REIS, Ana Paula dos. Op.cit., 2016, p. 39.

24 Ibid., p. 50.

25 Ibid., p. 48.

26 MCCALLUM, Cecilia; MENEZES, Greice; REIS, Ana Paula dos. Op.cit., 2016, p. 39.

27 BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Difusão Européia do Livro, 1967, p. 251.

cuidados adequados, o momento difícil acontece de maneira bem mais rápida e, de fato, suas consequências acabam logo depois de findo o procedimento. Situação inversa quando observada a mulher de classe não abastada, ou, como chamou Simone, “fora dos padrões burgueses”, qual comete o ato criminoso sozinha ou apela por qualquer ajuda.<sup>28</sup>

Surgem, com isso, as práticas abortivas mais desagradáveis possíveis – as figuras do gancho, da agulha de tricô, do soro introduzido ao corpo feminino, remédios, chás, autoagressão ou, por fim, o infanticídio no puerpério.<sup>29</sup> Não existe o acesso a clínicas, tampouco aos cuidados mais humanos ou anestésicos.

O próprio Ministério da Saúde, por meio da Norma técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento, atesta que:

Vulnerabilidades como desigualdade de gênero, normas culturais e religiosas, desigualdade de acesso à educação, e múltiplas dimensões da pobreza – com a falta de recursos econômicos e de alternativas, a dificuldade de acesso à informação e direitos humanos, a insalubridade, dentre outros – fazem com que o abortamento inseguro atinja e sacrifique, de forma mais devastadora, mulheres de comunidades pobres e marginalizadas.<sup>30</sup>

Ignorar esses fatos é, em curtas palavras, aceitar a ocorrência da violência existente para com essas mulheres. Mulheres essas que já estão submersas em uma lógica de abandono e esquecimento estatal. Suas condições de vida impossibilitam que elas exerçam a maternidade e as coloca em um cenário desesperado por não ver seus filhos inseridos nas suas mesmas condições precárias.<sup>31</sup> Trata-se de um dilema interno sofrível e, por vezes, silencioso.

Simone de Beauvoir<sup>32</sup> explora esse aspecto e o quão perverso acaba sendo a carregada de um filho do qual não se tem condições de criar ou a carregada de um filho sem o seu real desejo; ao

28 Ibid., 1967, p. 254.

29 Ibid., loc.cit.

30 BRASIL. Ministério da Saúde. *Secretaria de Atenção à Saúde*. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

31 CISNE, Mirla; CASTRO, Viviane Vaz; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante. Op. cit., 2018, p. 454.

32 BEAUVOIR, Simone de. Op.cit., 1967, p. 249.



passo que, os sujeitos que condenam essa mãe, não mensuram as condições posteriores da existência do filho que se gera. Essa imposição, ela diz, “leva a deitar no mundo crianças doentias”, que não conseguem ser sustentadas pelos pais.

Ora, pois, ninguém se incomoda com as condições posteriores e difíceis da maternidade ou em quais condições aquela criança vai ser entregue. Em outras palavras, se aquela criança vai ter uma vida ou se será condenado a ela.<sup>33</sup>

Nesse passo, questiona-se: “Se a moral se satisfaz com isso, que pensar de tal moral?”<sup>34</sup>

Quando a mulher opta pelo aborto, a sua conclusão pelo procedimento significa que ela o considerou como “única saída”, já ponderou uma variedade de aspectos, quer pese, por exemplo, o medo do crime, dificuldades de conseguir os meios para a prática ou oposição de parceiros e família.<sup>35</sup>

Para além de seu âmbito legal, o juízo moral existente em volta da temática não é somente imposto pela sociedade, mas também pela própria mulher. Para uma grande parte delas, todo o processo é composto por atos condenáveis, mas apesar de o dilema existir, suas circunstâncias de vida não lhe permitiam ter um filho.<sup>36</sup>

Não são raros os relatos pós-aborto de mulheres que se encontram extremamente sensíveis e acompanhadas pelo peso da culpa. Elas descrevem suas trajetórias solitárias e mesmo narrando sobre a impossibilidade da gestação e criação de um filho, se descrevem como pecadoras ou eternamente culpadas.<sup>37</sup>

Sobre isso, Beauvoir declara que:

É difícil imaginar abandono mais horrível do que esse em que a ameaça da morte se confunde com a do crime e da vergonha [...] O fato de ser a operação clandestina e criminoso, multiplica-lhe os perigos e dá-lhe um caráter abjeto e angustiante. Dor doença, morte assumem um aspecto de castigo: sabe-se que distância separa o sofrimento da tortura, o acidente da punição; através

33 BEAUVOIR, Simone de. Op.cit., 1967, p. 250.

34 Ibid., loc.cit.

35 MCCALLUM, Cecilia; MENEZES, Greice; REIS, Ana Paula dos. Op.cit., 2016, p. 50.

36 PEDROSA, I.L.; GARCIA, T.R. “Não vou esquecer nunca!": a experiência feminina com o abortamento induzido. *Rev.latino-am.enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 8, n. 6, p. 50-58, dezembro 2000, p. 55.

37 Ibid., 2000, p. 56 *passim*.

dos riscos que assume, a mulher apreende-se como culpada - é essa interpenetração da dor e do erro que se apresenta como singularmente penosa.<sup>38</sup>

Portanto, criminalizar uma prática corriqueira, que já traz sua própria penalidade e, como se viu, é ineficaz - somente levando mais mulheres à clandestinidade e dialética entre vida e morte, é compactuar com uma política de crueldade.

#### 4. O RACISMO DO NECROPODER E OS CORPOS PUNÍVEIS

Como ficou demonstrado, a inconsistência entre os dados apresentados sobre o aborto e a efetiva aplicação da norma penal possibilita o questionamento sobre qualquer função preventiva que poderia pretender-se. Pelo contrário, a proibição penal estimula práticas de risco.<sup>39</sup>

Não somente isso, todo o exposto denota que a penalização sobre a prática abortiva recai predominantemente sobre aquelas mulheres envoltas de um contexto de vulnerabilidade. Entendam “penalização” como a sujeição dessas mulheres à morte, quer seja pela prática clandestina, quer seja por sua criminalização pelo sistema penal.

Sobre esse último ponto em específico, será agora melhor tratado. Pois, afinal, o necropoder opera escolhendo aqueles para viver e morrer e faz isso através de seus próprios mecanismos de Estado. Por isso, é essencial que se entenda o eixo principal dessa engrenagem: O racismo.

O racismo, como se viu no início do artigo, é fundamental no exercício do necropoder, pois ele condiciona a aceitabilidade da retirada da vida, permitindo que os sujeitos parem de se indignar ou questionar os processos de dominação. Podemos dizer, então, que os Estados mais assassinos são aqueles também mais racistas.<sup>40</sup>

Silvio Almeida<sup>41</sup>, ao escrever sobre racismo estrutural, diz que o racismo “fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para as formas

38 BEAUVOIR, Simone de. Op.cit., 1967, p. 254.

39 CASSERES, L. M. M. D. Op.cit., 2018, p. 80.

40 FOUCAULT, Michel. Op.cit., 1999, pp. 306-309.

41 ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p. 16.

de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea”. É, então, uma parte estruturante do próprio Estado, algo profundo.

Se as instituições materializam o racismo dentro da ordem social, não há como fugir do fato de que as normas de Direito, porventura, também são racistas; se não na sua composição, que seja na sua prática.

Foucault traz que,

somos igualmente submetidos a verdade, no sentido de que a verdade e a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto: regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade.<sup>42</sup>

Ele cuida na sua abordagem dos chamados “efeitos específicos de poder” que, como se vislumbrou, são trazidos pela própria norma detentora da verdade e é expressamente o que se demonstra com o problema da criminalização do aborto. A imposição dessa verdade, na prática, representa o assujeitamento.

Será nesse espaço não alcançado pela norma que o necropoder é revelado. O Direito, dessa vez, não representa um limite para o poder estatal, mas um fundamento para o assassinato.<sup>43</sup>

Seria como dizer, no caso tratado por esse estudo, que a criminalização do aborto é argumento para ser dito quanto ao abandono dessas mulheres para a morte. Lembrando que, a morte estende seus limites não somente como a morte física e direta, mas a exposição para com ela ou multiplicação de seus riscos, bem como a morte política, podendo ser interpretada também como morte social.

Esse sofrimento exprime a perda de direitos sobre seu próprio corpo, e representa o direito que o biopoder entrega ao Estado para tomar a vida de outrem.<sup>44</sup>

42 FOUCAULT, Michel. Op.cit., 1999, p. 29.

43 ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Op.cit., 2018, p. 92.

44 MBEMBE, Achille. Op.cit., 2018, p. 33.

Nesse cenário, a “criminosa”, detentora do “corpo punível”, enfrenta uma única possibilidade – sua sujeição à morte, quer seja nos moldes acima tratados, quer seja pela ótica de um possível encarceramento.

O racismo, nesses moldes, permite a conformação da sociedade quanto a extrema violência contra o corpo negro.<sup>45</sup> Logo, o pensamento social vai sendo moldado para que se saiba classificar exatamente aquela mulher: Uma criminosa que tem que pagar pelo que fez. Assim, não podendo uma vida ser cessada, é permitido o sacrifício de uma mãe.<sup>46</sup>

Com efeito, a opção legislativa em tratar desse problema social como crime tem suas justificativas:

[A] prisão é a solução punitiva para uma gama completa de problemas sociais que não estão sendo tratados pelas instituições sociais que deveriam ajudar as pessoas na conquista de uma vida satisfatória. Esta é a lógica do que tem sido chamado de farras do aprisionamento: em vez de construírem moradias, jogam os sem-teto na cadeia. Em vez de desenvolverem o sistema educacional, jogam ao analfabetos na cadeia. Jogam na prisão os desempregados decorrentes da desindustrialização, da globalização do capital e do desmantelamento do *welfare state*. Livre-se de todos eles. Remova essas populações dispensáveis as sociedade. Seguindo essa lógica, as prisões tornam-se uma maneira de dar sumiço nas pessoas com a falsa esperança de dar sumiço nos problemas sociais latentes que elas representam.<sup>47</sup>

Trata-se, pois, da tentativa em estancar “o sol com a peneira”. O Estado tem sido incapaz de oferecer respostas para as desigualdades e seus problemas sociais decorrentes, logo, não vê outra medida se não o “alívio” em escolher um outro culpado e penalizá-lo.

Dessa forma, o cárcere é utilizado como imagem para desviar a atenção da sociedade para o fato de que, atrás do que descrevem como “criminalidade” provinda de algum comportamento realizado, existem conflitos sociais emergentes que necessitam de atenção e cuidado.<sup>48</sup>

45 ALMEIDA, Silvio Luiz de. Op.cit., 2018, p. 94.

46 BEAUVOIR, Simone de. Op.cit., 1967, p. 250.

47 DAVIS, Angela. *A democracia da abolição*: para além do império das prisões e da tortura. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009, pp. 47,48.

48 CHAVES JR., AIRTO. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. *Revista FACULTAD DE*

Em 2014 o Brasil possuía uma população prisional de 622.202. Sendo que, no que diz respeito à relação de gênero, a população prisional era de 37.380 presas e, no período de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,4%, porcentagem mais que duas vezes superior ao crescimento da masculina no mesmo período, que foi de 220,20%.<sup>49</sup>

Ao traçar o perfil de 14.810 presas só em 2014 em São Paulo, constatou-se que as negras correspondiam a 67% do total.<sup>50</sup> Assim, as intersecções desses eixos de vulnerabilidade – gênero e raça –, afunilam o perfil daqueles que são postos em cárcere como medida de contenção dos problemas sociais.

Angela Davis<sup>51</sup> analisa que as práticas condenatórias que aconteceram nas duas últimas décadas são responsáveis pelo grande número de pessoas atrás das grades, por isso, pode-se dizer que a “farra do aprisionamento” e o Judiciário fazem parte de um mesmo sistema: “lei, cumprimento das leis e punição”.

Em trabalho de campo desenvolvido, Rulian Emmerick analisou os processos penais oriundos da prática de aborto no Estado do Rio de Janeiro. Nos processos analisados, figurando como réis estavam predominantemente mulheres de baixa renda familiar, negras ou pardas, com empregos precários, vítimas de violência em suas relações afetivas ou sendo as únicas responsáveis pela reprodução.<sup>52</sup>

Nos relatos, há predominância de mulheres negras denunciadas e processadas, junto com a descrição de tratamentos desumanizados desde as internações em hospitais decorrentes de complicação, até o trato policial. Como foi o caso de “J.A.C.”, negra, diarista, solteira e desempregada: “J. recebeu ordem de prisão em flagrante no Hospital Juscelino Kubitschek. Em seguida foi

---

*DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, n. 114, v. 41, pp. 77-129, Medellín – Colombia, jan.-jun. de 2011, p. 103.

49 ALVES, D. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, 21, pp. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, 2017, p. 103.

50 *Ibid.*, p. 104.

51 DAVIS, Angela. *Op.cit.*, 2009, p. 49.

52 EMMERICK, Rulian. *Op.cit.*, 2007, p. 154.

algemada na cama em que estava e permaneceu por uma semana algemada e com escolta policial em um quarto [...]”.<sup>53</sup>

Pelo exposto, evidencia-se que “J.A.C.” se enquadra perfeitamente no perfil das selecionadas pelo Sistema Penal: mulher negra e sem condições econômicas. Com tudo isso, é possível dizer então que existe um poder simbólico envolta da criminalização do aborto, ocasionando a chamada criminalização secundária.<sup>54</sup>

A referida criminalização secundária acontece quando vemos os efeitos penais na prática, a punição exercida em concreto. Lívia Miranda Casseres explica que ela acontece quando realizada a efetiva decisão em selecionar dentre todas as mulheres que praticam o aborto, aquelas que serão conduzidas ao sistema de justiça criminal.<sup>55</sup>

Então, é possível dizer que, inversamente ao que se propõe o Direito penal na teoria, ele passa a fazer uso de seus instrumentos punitivos para selecionar sujeitos que compõe setores sociais mais baixos e, com isso, acaba por se tornar um instrumento de classe.<sup>56</sup> Todo esse processo, Airto Chaves Junior define como “um longo ritual rigidamente estruturado de rejeição simbólica e exclusão física”.<sup>57</sup>

Assim, pois, a escolha legislativa pela tipificação reforça mecanismos que sujeitam mulheres negras ao nível de subcidadania e alimenta a perpetuação do racismo. Nesse passo, raça e sistema penal se confundem mutuamente.<sup>58</sup> Por isso, dissemos que o necropoder é impulsionado pelo racismo e contribui com a composição dos corpos puníveis.

Dina Alves<sup>59</sup>, quando analisou as condições de um presídio paulista, bem como do crescente número de negras presas, definiu o ordenamento jurídico brasileiro como uma “(re)atualização” da ordem escravocrata, pois tem no corpo da mulher negra o seu

53 EMMERICK, Rulian. Op.cit., 2007, p. 161.

54 CALIL, Maria Fernanda de Matos. Op.cit., 2014, p. 17.

55 CASSERES, L. M. M. D. Op.cit., 2018, p. 79.

56 CHAVES JR., AIRTO. Op.cit., 2011, p. 97.

57 Ibid., 2011, p. 100.

58 CASSERES, L. M. M. D. Op.cit., 2018, p. 79, p. 82.

59 ALVES, D. Op.cit., 2017, p. 102.

principal alvo. Não é nada distante do que Achille Mbembe descreveu quando falou sobre a escravidão que, em muitos aspectos, a vida do escravo era uma forma de “morte-em-vida”.<sup>60</sup>

É por todo esse arcabouço que, ao comparar a realidade com o disposto em lei, percebemos não somente uma norma racista, mas que traduz o poder de morte trazido por Foucault quando analisa a soberania.<sup>61</sup> O sistema penal é somente a configuração última de todo um processo de imposições e violência sobre esses corpos criminalizados, pois, a mulher vulnerável por muito já sente os efeitos da necropolítica.

Nesse interim, o Estado está deixando de cuidar dos seus sujeitos e passa a matar, leia-se, deixar matar, pois são seus institutos que a ocasiona.

Tudo isso denota a urgência do aborto ser debatido em todos os seus aspectos, seja pelo aspecto da liberdade ou da vida, pois, enquanto isso não acontece, a norma proibitiva continuará funcionando como um mecanismo segregador, naturalizando a morte-em-vida dessas mulheres. É por isso, pois, que se faz emergente uma mudança de paradigma.

Como assinala Livia Casseres:

Quando o Direito está a serviço de projetos de discriminação sistemática, como vimos ser o caso da criminalização do aborto, é preciso olhar debaixo da superfície, para identificar as implicações de regras aparentemente neutras e democraticamente discutidas que representam, em verdade, a perpetuação da situação de subordinação de grupos historicamente discriminados.<sup>62</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, como bem trouxe Silvio Almeida<sup>63</sup>, se o Direito pode atuar em conjuntura com o racismo, servindo, portanto, à projetos de discriminação sistemática; ele também pode atuar de maneira a corrigir os excessos institucionais e atuar, portanto, de maneira antirracista.

60 MBEMBE, Achille. Op.cit., 2018, p. 29.

61 CASSERES, L. M. M. D. Op.cit., 2018, p. 81.

62 Ibid., p. 83.

63 ALMEIDA, Silvio Luiz de. Op.cit., 2018, p. 105.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, a pesquisa teve o escopo de analisar criticamente os dados da realidade clandestina do aborto, em contraposição com a lei penal atual vigente que contribui para o assujeitamento de determinadas mulheres em vista de um necropoder que sustenta suas mortes. Como elemento condicionante, o racismo que impera dentro da própria estrutura de Estado, segrega e contribui para o alargamento dessas desigualdades e vulnerabilidades sociais.

Assim, diante do exposto, foi possível extrair a ineficácia da norma penal sobre qualquer função preventiva de salvaguardar o bem-jurídico tutelado. Pode-se concluir que, quando imersa sob o dilema moral-criminal-social por modo de uma gravidez que não se deseja ou na qual não existam condições para sua manutenção, a tipificação somente torna a decisão mais sofrível e suas consequências mais sentidas.

A ilegalidade reforça mecanismos de controle e subordinação historicamente impostos às mulheres. Em conjunto, faz surgir figuras clandestinas que as expõe ao risco e ao insalubre. Para parte dessas mulheres, contudo, o poderio econômico transforma a figura em uma situação mais rápida, limpa e menos dolorosa.

Ao negar a morte e sujeição dessas mulheres negras e pobres, o Estado foge do seu papel protetivo e se reveste de um perfil soberano necropolítico que, tendo condições de agir diferente, opta por negar-lhes a vida. Por conseguinte, as direciona para um novo contexto de margem e vulnerabilidade, qual seja, o encarceramento.

Enquanto a norma continuar em descompasso com a realidade, processos de morte e sujeição continuarão sendo legitimados.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.
- ALVES, D. Rês negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, 21, pp. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, 2017.



- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Difusão Européia do Livro, 1967.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Secretaria de Atenção à Saúde*. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.
- CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda M. dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Cad. Saúde Pública* [online], Rio de Janeiro, v.36, n.13, e00188718, Set.2018. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/975/aborto-no-brasil-o-que-dizem-os-dados-oficiais>. Acesso em: 28 de maio 2020. ISSN 1678-4464. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00188718>.
- CALIL, Maria Fernanda de Matos. *O poder simbólico da criminalização secundária do aborto*. Orientador: Nelson Carlos Tavares Junior. 2014. Artigo Científico – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- CASSERES, L. M. M. D. Racismo estrutural e criminalização do aborto no Brasil. *Revista internacional de direitos humanos*, n. 28, v. 15, p. 77-85, São Paulo Dez., 2018.
- CHAVES JR., AIRTO. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, n. 114, v. 41, pp. 77-129, Medellín – Colombia, jan.-jun. de 2011.
- CISNE, Mirla; CASTRO, Viviane Vaz; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante. *Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres*. R. Katál., Florianópolis, v. 21, n. 3, set./dez. 2018, pp. 452-461.
- DAVIS, Angela. *A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.
- DINIZ, Debora, MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2017, v. 22, n. 2, pp. 653-660. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em: 01 de jun.2020. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.
- EMMERICK, Rulian. *Corpo e Poder: Um olhar sobre o aborto à luz dos Direitos Humanos e da Democracia*, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MCCALLUM, Cecília; MENEZES, Greice; REIS, Ana Paula dos. O dilema de uma prática: experiências de aborto em uma maternidade pública de Salvador, Bahia. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.23, n.1, jan.-mar. 2016, p.37-56.

MENEZES, Greice M.S.; AQUINO, Estela M.L.; FONSECA, Sandra Costa; DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira. Aborto e saúde no Brasil: desafios para a pesquisa sobre o tema em um contexto de ilegalidade. *Cad. Saúde Pública* [online], Rio de Janeiro, v.36, e00197918, 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/977/aborto-e-saude-no-brasil-desafios-para-a-pesquisa-sobre-o-tema-em-um-contexto-de-ilegalidade>. Acesso em: 28 de maio 2020. ISSN 1678-4464. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00197918>

MONTEIRO, M. F. G.; ADESSE, L.; LEVIN, J. *As mulheres pretas, as analfabetas e as residentes na Região Norte têm um risco maior de morrer por complicações de gravidez que termina em aborto*. Trabalho apresentado no XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu- MG – Brasil, de 29 de setembro a 03 de outubro de 2008.

PEDROSA, I.L.; GARCIA, T.R. “Não vou esquecer nunca!”: a experiência feminina com o abortamento induzido. *Rev.latino-am.enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 8, n. 6, p. 50-58, dezembro 2000.

# Capítulo XIV

O abandono afetivo do idoso  
e o princípio da solidariedade  
social: uma análise da extensão  
da responsabilidade dos filhos

**Rodrigo Martins Almeida**

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.



# O abandono afetivo do idoso e o princípio da solidariedade social: uma análise da extensão da responsabilidade dos filhos

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é desenvolver reflexões a respeito do abandono afetivo do idoso, e a responsabilização da eventual prole. Bem como trazer um ponto convergente do princípio da solidariedade social e o não abandono dos filhos com os pais na sua fase idosa, fazendo referências sobre o amor (ou a falta dele) entre a família, uma narração histórica do Direito de Família e a importância desse instituto para a sociedade. Busca-se, também, esclarecer as consequências do referido abandono e como os tribunais entendem essa questão na sociedade contemporânea.

**Palavras-chave:** abandono afetivo; idoso; responsabilização dos filhos; princípio da solidariedade social; família.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to develop reflections about the abandonment of the elderly, and the responsibility of the children. As well as bringing a convergent point of the principle of social solidarity and the

non-abandonment of children with these parents in their old age, making references about the love (or lack thereof) between the family, a historical narration of Family Law and the importance that institute to society. It also seeks to clarify the consequences of the referred abandonment and how the courts understand this issue in contemporary society.

**Keywords:** affective abandonment; elderly; accountability of children; principle of social solidarity; family.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 ABANDONO AFETIVO 2.1 ABANDONO AFETIVO DO IDOSO 2.2 OBRIGAÇÕES LEGAIS DOS FILHOS 2.2.1 DIPLOMAS NORMATIVOS E JURISPRUDÊNCIA 3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA 3.2 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA 4 O ABANDONO AFETIVO DO IDOSO E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS FILHOS 4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS**

---

## 1. INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira, com o passar dos anos, percebe-se um aumento exponencial na longevidade, como pode-se evidenciar pelas informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que mostra a atual expectativa de vida dos brasileiros, em torno de 76,3 anos (ano de 2018), diferentemente do ano de 1940, que era de 45,5 anos. É evidente que a expectativa subiu em 30,8 anos em decorrência do melhoramento da saúde, qualidade de vida da população, saneamento melhor distribuído, uma preocupação voltada ao coletivo, o que ratifica esse aumento.

A partir deste aumento da expectativa de vida e, consequentemente, um aumento da população idosa (igual ou superior a 60 anos), faz-se necessário destacar uma preocupação em relação a uma massa que muitas vezes é vulnerável e sofre pela condição natural de ser mais velho. Com o sucateamento das relações, principalmente entre pais e filhos, é possível perceber um crescente

número de pais idosos que são abandonados em casas de repouso/ asilos, maltratados e muitas vezes esquecidos pelos filhos, caracterizando um abandono afetivo inverso.

A busca por minimizar o sofrimento do próximo, é uma árdua tarefa, não somente para quem tenta diminuir essa dor, mas para quem sofre por um afastamento imposto e totalmente inconsciente, haja vista não haver uma escolha por parte dos idosos, na maioria das vezes. Envelhecer é natural e orgânico, pois cada dia que passa caminha-se para a velhice, com o advento da tecnologia, e aumento da expectativa de vida, esse envelhecer chega com mais frequência na sociedade, levando uma série de questionamentos sobre como deve ver e se visto o idoso. Diante do exposto, cabe trazer o princípio da solidariedade social, no qual o cuidado, respeito e manutenção da dignidade da pessoa humana são a base para uma tentativa de vida mais justa desse grupo de pessoas vulneráveis.

Ao longo desse trabalho, pretende-se mostrar a importância que o idoso tem para a sociedade e concomitantemente como o princípio da solidariedade social interfere nesse grupo, e o papel que os filhos tem perante os pais na sua fase idosa. Um número expressivo de pessoas idosas são vítimas de abandono e menosprezo, falta de alimentos, desencadeando uma carência moral e afetiva em relação aos parentes, com um recorte aos filhos, que por razões diversas optam para o abandono, deixando de lado a responsabilidade não só obrigacional, mas principalmente afetiva.

É necessário fazer uma análise zetéica sobre o tema que vem sendo discutido nos tribunais, trazendo a ideia de que a responsabilidade dos filhos não se exaure em nenhum momento. A solidariedade, principalmente familiar, deverá se manter sempre em primazia, fazendo-se valer não apenas do que está juridicamente regulamentado, mas principalmente no que está nos laços afetivos, que transcendem qualquer regulamento legal.

O tema a ser abordado no presente artigo, possui irretocável relevância social, pode-se dizer que, em linhas gerais, é um erro analisar de forma simplista o abandono afetivo do idoso. Com o passar dos anos o abandono desse grupo vulnerável em casas de repouso vem sendo constantes nos noticiários e na justiça, muito se fala em abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores, mas esse cenário tem mudado bastante na contemporaneida-

de, levando a se questionar esse sentimento de dor e afetos dene- gados dos filhos em relação aos pais idosos, tornando-se pauta à serem analisadas, discutidas e até mesmo judicializadas.

O princípio da solidariedade social, expressamente assegura- da no art. 3, inciso I, da Constituição Federal de 1988, aborda em seu bojo um objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Devido a isso, é cristalino enfatizar a im- portância deste assunto para que ao longo do tempo se mantenha uma sociedade mais unida, que não discrimine devido a idade e principalmente a importância da extensão dos filhos como vetores de apoio e responsabilidade com seus pais idosos.

O método dedutivo será utilizado para a produção desse arti- go, observando que o objetivo final é a análise da responsabiliza- ção dos filhos com os pais idosos, confirmando dessa forma se o conflito do problema de pesquisa realmente é um impasse na vida dos aludidos. Será adotado o tipo de pesquisa qualitativa, que a solução se dará com a reunião de hipóteses alinhados com a in- terpretação e compreensão do tema e das fundamentações sobre.

A pesquisa será baseada em artigos, jurisprudências, legisla- ções e livros, que são considerados instrumentos da pesquisa, tam- bém será usado o elemento temporal da pesquisa, uma vez que não é possível analisar uma relação entre filhos e pais nos moldes atu- ais, sem entender e compreender o Direito de Família e suas mo- dificações com a sociedade, analisados de forma histórica e coesa.

Esse artigo, em seus capítulos, irá trazer a figura o abandono afetivo inverso como uma problemática das obrigações legais dos filhos em relação aos pais idosos, concomitante a isso, o princípio da solidariedade social e como irá influenciar diretamente nessa relação (ou falta dela). A figura da família contemporânea e sua his- toricidade, sendo assim analisado e fundamentado, com base em diversos doutrinadores e institutos normativos que regem a socie- dade, o abandono afetivo do idosos e a responsabilização dos filhos.

## **2. ABANDONO AFETIVO**

A figura da afetividade vem se mostrando um alicerce nas no- vas estruturas do direito de família, não podendo mais desassociar os laços afetivos das entidades familiares, justamente pelas inten- sas modificações que o afeto trouxe às bases da família.



Com o passar do tempo e conseqüentemente o envelhecimento aflorando, os filhos, netos, parentes próximos, acabam deixando de visitar e conseqüentemente sucateando uma relação que deveria ser preservada e cuidada. A ocorrência de abandono afetivo se configura quando há omissão com criança e adolescente, já a falta de afeto em relação a quem se tornou carente e frágil com o avanço dos anos se configura como um abandono afetivo inverso, demonstrando um inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes. Esse abandono afetivo inverso implica em uma série de complicações na vida do idoso. (DIAS, 2016, p. 1111)

Esse instituto denota uma ideia de falta de cuidado e principalmente falta de amor. O afeto faz parte do direito de família, tendo grande relevância nas relações pessoais dos membros de cada família. A figura do afeto é utilizada como elemento-chave para soluções de diversos conflitos no âmbito dos processos judiciais onde a lide se resolve com uma simples ligação além da biológico-sanguíneo, como no caso da guarda do relativamente ou absolutamente incapaz, o próprio abandono afetivo e material de crianças e adolescentes. (KAROW, 2012, p. 45-46)

O princípio da afetividade não poderá mais ser ignorado, a realidade social e as relações cada vez mais plurais, a responsabilidade com o outro passou de ser obrigacional ou ligado apenas ao setor econômico ou sanguíneo, e sim na transformação da família e de seu Direito, a “comunidade de sangue” agora como uma “comunidade de afeto”, em que as responsabilidades vão além, se baseando no afeto como alicerce. Avanço para ser celebrado. (FACHIN, 2003, p. 317)

## **2.1. Abandono afetivo do idoso**

Pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos é considerado idoso, e com isso, é instituído para elas um Estatuto, que visa regular os direitos inerente a esse grupo. Esses direitos acabam virando deveres, muitas vezes para a família, comunidade, poder público, que devem estar alinhados com esses direitos para não sofrer eventuais sanções. (Estatuto do Idoso, Art. 1º).

A dignidade humana vem sendo, ao longo dos anos, uma luta diária, em uma sociedade com traços opressores, valores vem sendo revisitado comumente, para fazer valer o que de fato é “dignidade”.

A dignidade humana é essencial a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade em relação aos que os cercam, inclusive em face do Poder Público. Deixando cristalino a importância que trás e como ela deverá ser preservada, defendida e respeitada. Por ser inerente a todos os seres humanos, deverá se pautar na garantia e necessidade preservando assim esse instituto tão importante para a sociedade. (LÔBO, 2000, p. 251)

O Estatuto do Idoso assegura que o mesmo não será alvo de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. Por tanto, a pessoa na condição de idoso terá todas as suas garantias salvaguardadas e protegidas, acarretando uma sanção para aqueles que forem em dissonância a essas normativas. (ESTATUTO DO IDOSO, Art. 4º)

Atualmente, pode-se evidenciar uma longevidade na sociedade, com a qualidade de vida, saneamento, moradia, dignidade humana, o aceleração no processo de envelhecimento da população é o resultado dessas melhorias.

Com esse perfil populacional, de pessoas mais velhas do que jovens, exige-se do Estado e da sociedade medidas que sejam efetivas e voltadas às garantias dos direitos fundamentais das pessoas envelhecidas, para que assim seja um envelhecimento e uma vida digna. E consequentemente, essas mesmas pessoas possam ser enxergadas e se enxergarem como sujeitos de direitos, respeitados e valorizados como humanos e não mais vistos como diferentes por uma condição natural. (RAMOS, 2016, p.182)

## **2.2. Obrigações legais dos filhos**

Nos diplomas normativos que regem a sociedade contemporânea, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice é garantido e defendido. É importante salientar que não exaure o dever moral e afetivo que os filhos tem em relação aos idosos. O abandono afetivo é, geralmente, encontrado nas casas de repouso, asilos e até mesmo nas próprias casas, gerando transtornos, depressões e agravando doenças nesse grupo.

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar ao idoso, com absoluta prioridade direitos

essenciais como saúde, alimentação, lazer, dignidade, respeito, convivência familiar e comunitária. Por tanto, deixa cristalino o papel importante que o idoso possui na sociedade e a responsabilidade que todos possuem, seja do Poder Público, sociedade em geral e em especial a família. (ESTATUTO DO IDOSO, Art. 3)

Há uma obrigação atrelada ao respeito para assim então preservar os idosos que vivem a mercê da caridade alheia, abandonados por seus familiares que deixaram de cumprir com seu dever de solidariedade e proteção, necessitando de outros meios para suprir tamanha falta.

### *2.2.1. Diplomas normativos e jurisprudência*

O abandono de vulnerável é um assunto que incomoda uma grande parcela da população. Esse incômodo pode ser visto por uma ótica de empatia acrescida de moralidade, fazendo com que essa prática se torne abusiva e até mesmo criminosa. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, sendo a pessoa maior de 60 anos há um aumento na pena. Reforçando a fragilidade e a real necessidade que esse grupo enfrenta na sociedade. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, Art. 13, § 3)

A Constituição Federal foi expressa no que tange a responsabilidade dos filhos com os pais na fase idosa, portanto, não há o que se falar na ausência de responsabilidade dos filhos perante os pais idosos. Não há de se confundir responsabilidade com amor. Ninguém é obrigado a amar, seria incoerente legislar e até mesmo opinar sobre o amor de alguém, mas há uma obrigação inerente à pessoa com a responsabilidade pelo descumprimento do dever de cuidar dos mais vulneráveis, tanto na sua fase de criança quanto na sua fase de velhice. Os idosos sofrem com a ausência de solidariedade dos filhos na fase idosa. Os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade e a família, sociedade e o estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 229 e Art. 230)

As ações que a causa de pedir é o abandono afetivo dos idosos por falta de assistência moral e afetiva vem crescendo no poder judiciário, caracterizando uma devida importância a esse tema, sempre atentos aos comportamentos da sociedade que não são imutáveis e sim sucessíveis a mudanças e evoluções.

O tribunal de justiça do estado de Minas Gerais, assim posiciona-se:

“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DE IDOSA - SITUAÇÃO DE RISCO EVIDENCIADA - ABANDONO AFETIVO E MATERIAL - COLOCAÇÃO EM ABRIGO - UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO PELA IDOSA PARA PAGAMENTO DAS DESPESAS - POSSIBILIDADE - RESPEITO ÀS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO ART. 35 DO ESTATUTO DO IDOSO

- REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

1 - Incumbe ao Município empreender os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção aos idosos que se encontram em situação de risco, por abandono material e afetivo, em respeito aos ditames constitucionais e ao Estatuto do Idoso - Lei Federal nº 10.741/03.

2 - Comprovado nos autos que a idosa encontra-se em situação de desamparo, sem acesso às mínimas condições para viver condignamente, deve ser julgada procedente a ação que visa o abrigo da paciente em instituição para idosos...”

Como acima exposto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posicionou em relação ao abandono afetivo inverso, exigindo assim, uma posição do Estado em ordem de proteger os idosos, respeitando os diplomas normativos que os cercam. Também, essa instância de poder trás um precedente, de que o abandono afetivo em relação aos idosos acontece, merece ser combatido e principalmente respeitados.

O combate ao abandono deverá ser suscitado a qualquer tempo, abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado, a pena prevista é de 6 (seis) meses a (três) 3 anos e multa. Ratificando que a simples vontade de abandonar pessoa vulnerável com 60 anos ou mais, não é cabível, e se eventualmente ocorra, a pessoa respondera com uma sanção por essa conduta. (ESTATUTO DO IDOSO, Art. 98).

Ainda em sintonia ao combate ao abandono, há de se pensar como os idosos são tratados na sociedade e o como será possível para que essa mudança ocorra – ou ao menos seja inibida. Devido a essa preocupação e cuidado, haverá punição na forma da lei se qualquer idoso for vítima de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, atentado aos seus direitos, por ação ou omissão. (ESTATUTO DO IDOSO, Art. 4º)

A Lei 10.741/03, de 1º de outubro de 2003, que foi atribuído como “Estatuto do Idoso”, veio com o objetivo de garantir dignidade ao idoso, continuando a universalização da cidadania, atribuindo esperança à esse grupo de vulnerável de que seus desejos, necessidades e até mesmo dignidade humana sejam de fato garantidos, chegando em uma boa hora para tal. Levando também, a real necessidade de cuidar e proteger todos os setores da sociedade, em especial a dos idosos. (CIELO; VAZ, 2009, p.10)

### **3. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL**

A construção de uma sociedade solidaria é uma tarefa de intensa modificação, cuidado e atenção. Ela vem sendo arquitetada com um olhar social, que tem como objetivo primordial a justiça e igualdade de todos, através de seus integrantes que se unem pelo afeto e não apenas ao vínculo biológico ou jurídico entre eles, reforçando assim o principio da solidariedade social, compactuando uma responsabilidade afetiva jamais vista antes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugura-se uma nova fase para o ordenamento jurídico. Os princípios passaram a ter uma real importância e eficácia na sociedade, passando por diversos artigos e incisos do referido diploma. Na construção do presente trabalho, cabe-se destacar a luta por uma sociedade justa, livre e principalmente solidária, para que todo o sofrimento e abandono seja inibido. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 3º, I)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos teve um papel único na reconstrução da Constituição Federal Brasileira de 1988. O período da Segunda Grande Guerra aflorou as afrontas mais assustadoras e barbas na sociedade, chocando o mundo em como o humano pode ser tão perverso. Houve uma emersão dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, que trouxe a percepção das pessoas fazerem parte

de uma sociedade aonde todos são importantes, sem distinção. (CARDOSO, 2010, p. 94)

O ambiente social e o comportamento que rodeia a sociedade deverá ser desenvolvido por uma consciência em prol da existência do outro, e como essa correlação significa ao próximo o despertar de uma intencionalidade humana na percepção em seu ambiente, afastando o individualismo e fazendo-se valer do princípio da solidariedade social. Esse princípio deverá ser a base da sociedade, especialmente a contemporânea, que deve vencer as amarras do passado e perceber que não cabe mais pensar no individual e sim no coletivo. A solidariedade deverá ser analisada de uma forma geral, levando segurança a diversidade de grupos existentes na atualidade. (CARDOSO, 2010, p. 109)

Durante muito tempo foi-se visto a solidariedade social algo como ações eventuais, éticas ou caridosas, que dependiam da vontade ou não de terceiros. Quando não ocorria, o respeito não era encontrado, e a desigualdade e segregação assolava ainda mais a sociedade. No momento em que se torna princípio, já não se pode mais considerar a boa vontade de terceiros, é dotado de força normativa capaz de tutelar o respeito de cada indivíduo da sociedade. Por tanto, esse princípio é de extrema importância para a sociedade, especialmente para a inclusão de todos, visto que, a sociedade carece em bons tratos em relação aqueles indivíduos que os mesmos julgam “diferentes”, acarretando uma série de problemáticas que envolvem a sociedade em geral. (MORAES, 2003, p. 116)

Por mais que esteja previsto na Constituição Federal do Brasil o princípio da solidariedade social, é necessário que seja colocado em prática, não apenas na atuação estatal que regula os indivíduos, mas sim nas ações do indivíduo comum, objetivando um ideal da sociedade para ser alcançado e não algo utópico ou seletivo. Logo, esse princípio deverá ser defendido por todos para que se tenha uma sociedade mais justa.

### **3.1. Aspectos históricos no âmbito do Direito de Família**

A sociedade é feita de memórias. Com o direito não seria diferente nem tão pouco com a família brasileira. O Direito de Família vem se modificando pouco a pouco, se adequando ao perfil das

sociedades que são renovadas por gerações e gerações. Cada uma com sua particularidade e principalmente necessidades, alinhados com a Constituição Federal, princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social são basilares para fornecer uma sociedade justa e igualitária.

Tradicionalmente, o direito de família é pautado em três temas, que servem como eixos. O direito matrimonial, que cuida do casamento, anulação, regime de bens, eventuais causas de dissolução, celebração. O direito parental, que são as relações de parentesco, filiação, adoção. E o direito protetivo ou assistencial, inclui tutela, curatela, alimentos, poder familiar. Todavia, com a intensa modificação da sociedade e a pluralidade de relações que os mesmos possam obter, essa divisão vem perdendo espaço, tendo como a base os laços afetivos, que são mais valorizados atualmente. (DIAS, 2016, P. 57)

O casamento foi uma das figuras mais importantes para se construir uma família. Casamento entre homem e mulher, filhos frutos dessa mesma relação. A família então era uma unidade em si mesmo, envolvendo as áreas da economia, religião, política e jurisdição. Isso tudo era administrada pelo Pater, um homem que ditava as regras desse instituto, não tendo espaço para a mulher, filhos menores, e até mesmo os filhos fora do casamento, esse último grupo eram considerados bastardos e não entravam na linha de sucessão. (WALD, 2002, p. 9)

Com o advento da revolução industrial e a crescente procura por trabalho, a mulher foi inserida nesse mercado participando da fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou, passando de um caráter produtivo e reprodutivo para um vínculo afetivo, que envolve seus integrantes. Por tanto, atualmente, a celebração do matrimônio deverá ser pautada nos laços afetivos, quando se exaure esse laço afetivo, a dissolução do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa, se livrando das amarras que o ordenamento te obrigava a continuar, mesmo não havendo afeto nem mesmo a própria vontade de manter. (DIAS, 2016, p. 48)

Com o enfraquecimento dos laços existentes entre o Estado e igreja a evolução social ganhou força. O que antes tinha forte influencia moral da igreja perde espaço para a autonomia da von-

tade atrelado com as questões afetivas de cada indivíduo. A lei nunca se preocupou em definir a família, mas limitava-se em identificar o casamento como única forma correta, levando a justiça condenar e negar diversas formas de se relacionar e vivenciar sem a chance da imparcialidade e pluralidade que é visto atualmente. (DIAS, 2016, p. 231)

Com a introdução da Constituição Federal de 1988 instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e mudou o conceito de família, protegendo todos os seus membros, sem distinção ou segregação. Estendeu proteção à família construída por meio da união estável, consagrou a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, adoção, possuindo os mesmos direitos, sem distinção, tornando a vida de muitos mais fluida, saindo das amarras da moralidade da igreja. (DIAS, 2016, p. 52)

### **3.2. Família contemporânea**

Diversidade. Essa palavra traduz bastante as vastas possibilidades que existem ao se constituir uma família. As amarras da família tradicional brasileira não cabe mais na sociedade hodierna, transformando o tradicional em diverso. Isso foi possível com a união por laços de afinidade, solidariedade, respeito, cuidados, para além de traços consanguíneos. Homens e mulheres compartilham funções que antes eram definidas pelo gênero, casamento / união afetiva entre gêneros semelhantes.

As pessoas se relacionam de forma dinâmica, trazendo novos entendimentos, novas relações, novas formas e amar e consequentemente novas famílias. Todas essas famílias, merecem respeito e atenção, não cabe ao estado ou a sociedade fazer juízo de valor ou assumir a mais correta, todas são famílias independentes. Atualmente, existem diversos tipos de famílias, são elas: tradicional; união estável; homoafetiva; paralela ou simultânea, poliafetiva, monoparental, parental ou anaparental, composta, pluriparental ou mosaico, natural, extensa ou ampliada, substituta, eudemonista. (DIAS, 2016, p. 228)

Ao se falar da família contemporânea é necessário ter uma visão pluralista, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, que tem como o elo a afetividade, independente de sua conforma-



ção. A família é um grupo social que tem suas bases atuais voltado para o humano, desaparecendo a família como fim em si mesmo que desempenhava as funções de procriar, religiosas, políticas, abrindo espaço para uma nova dinâmica das famílias que são os laços afetivos. (DIAS, 2016, p. 232)

A família, por ser a base da sociedade, carece de proteção e regulamentos por parte do Estado. Todos merecem, necessitam e são assegurados direitos e deveres, principalmente a não intromissão de terceiros na ceara que você possui. As famílias, criança, adolescente, jovem e idoso são preservados para que cumpram os deveres e exijam seus direitos, causando uma ofensa à constituição o desrespeito dessas normativas. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 226)

O caput do art. 226 é uma clausula de inclusão. As constituições brasileiras anteriores era explicito o casamento como única forma de constituir a família. Dada a nova redação “a família”, ou seja, qualquer família, a clausula de exclusão não se faz mais presente. A interpretação devera ser ampla, abarcando todos os tipos de famílias que são reconhecidas pelo ordenamento e pela sociedade, não restringindo direitos subjetivos. Levando por tanto uma segurança quando se trata da família contemporânea. (LOBO, 2000, p. 58)

Antes da Constituição Federal de 1988 ao se tratar de família, com recorte na família tradicional brasileira, a finalidade era reprimir ou inibir as famílias tratadas como ilícitas, que fugiam dos moldes do pai como figura suprema, mãe e filho (casamento como modelo único). O artigo 226 da atual Constituição não admite excluir nenhum tipo de família contemporânea, que sejam fundadas nos requisitos de afetividade, amor, carinho, estabilidade, sensibilidade. (LOBO, 2000, p. 59)

No contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, as novas formas de convívio vêm sendo alterada com a percepção da necessidade de criar os filhos frutos de uma relação sexual que nenhuma lei (seja de Deus ou dos ordenamentos jurídicos) consegue mais obrigar que se eternizem. Devido a isso, há uma necessidade de reforçar as mais variadas formas do direito das famílias, ligadas com a ideia do pluralismo, igualdade, liberdade, humanismo que tem em seu objetivo final à proteção da pessoa

humana. A família então ganha uma função instrumental, sendo realizado os interesses afetivos e existenciais de seus componentes e não mais sendo um fim em si mesmo, que tinha mais vantagens econômicas e sociais do que propriamente a felicidade comum à todos. A família tradicional, por tanto, perde espaço na atualidade, deixando claro que nenhuma lei vai legislar sobre o amor dos que cercam aquela relação, e que há família fora dos moldes tradicionais e que funciona. (DIAS, 2016, p. 228)

#### **4. O ABANDONO AFETIVO DO IDOSO E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS FILHOS**

O idoso hoje é tema de diversos debates, principalmente acerca dos direitos inerentes e institucionalizados pela Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso. Essa ideia de fragilidade e concomitantemente a sua devida proteção, chama atenção do envelhecimento e suas necessidades. A sociedade e o estado estão cada vez mais atentos e preocupados com esse grupo de vulnerável.

Conforme já destacado, o dever dos filhos nas relações com seus pais idosos não se exaure apenas no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003), é também assegurado na carta maior, em que o pai tem o dever de assistir criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores também tem um dever anexo, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 229)

O Estatuto se constitui em um microssistema que constrói as necessidades especiais de um grupo que é vulnerável por uma condição completamente orgânica, estipulando as obrigações ao Estado. Foi um verdadeiro diferencial na vida do idoso e na proteção do mesmo. Segundo a Constituição Federal (art. 5º, § 1º) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata, como o Estatuto do Idoso, por tanto não resta dúvidas de que ao entrar em conflito com alguma norma imposta contra o idoso, será passível de uma sanção, caso o fato seja típico. (DIAS, 2016, p. 1103)

Na sociedade pode-se evidenciar dois polos, opostos entre si, mas que carece de tutela especial, são eles: idoso e crianças. Essa proteção, reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), não dispensa

a análise situacional em que se inserem esses grupos de vulneráveis. Ambos são protegidos pela constituição, não apenas pelos respectivos estatutos, necessitando também proteção da sociedade em geral. (COSTA, 2011, p. 233)

O dever de prover amparo moral, cuidado e convivência familiar é amparado judicialmente, existindo diversas formas de se configurar um abandono afetivo dos filhos em relação aos pais idosos, como chegar na casa e reparar que o idoso está tendo uma higiene ruim ou não está sendo medicado de forma correta. Esse abandono deverá ser combatido para que se crie uma proteção e essa proteção se estenda a todos que fazem parte desse grupo e eventualmente sofram com algum abandono material, afetivo, moral, nem que seja para ao menos inibir a prática. (FILHOS, 2010, p. 1)

A saúde física e mental assim como sua condição de liberdade e dignidade deverá ser uma obrigação diretamente respeitada e protegida pela família, coibindo todos os atos que vão de encontro a essa premissa. A rejeição dos familiares, poderá causar danos mentais e de ordem moral, ocasionando a sensação da perda da dignidade humana e desrespeito a esse grupo que carece proteção. (ESTATUTO DO IDOSO, art. 2)

O abandono e conseqüente descaso entre filhos e pais é algo que merece atenção e punição do Poder Judiciário. Legislar sobre amor, obrigação de amar ou como amar é da ordem do impossível, é necessário buscar uma responsabilização quando esse abandono causa um trauma moral de rejeição, indiferença e um descumprimento do dever de cuidar. Então, o papel do estado deverá se manter firme e presente contra abandonos afetivos, evitando uma série de problemas que ligam a esse fato. (AZEVEDO, 2004, p. 14)

A idade avançada não implica em incapacidade ou deficiência, porém traz limitações físicas e psíquicas, sendo conseqüência de algo natural que é envelhecer. Quando ocorre alguma interferência na consciência do idoso por parte de terceiros para se aproveitar da fragilidade do mesmo ou até mesmo influenciar a odiar, ignorar os familiares, deverá ocorrer uma intervenção estatal. Quando o objetivo é segregar ao invés de juntar cabe uma atuação direta do estado para punir tal pessoa e não criar precedente em favor desses atos. (DIAS, 2016, p. 1109)

#### 4.1. Responsabilidade civil e suas consequências

A palavra responsabilidade denota a ideia de uma obrigação, responsabilidade, contraprestação. No âmbito jurídico esse sentido não é mudado, há um dever de reparar o prejuízo que acarretou uma violação no dever jurídico do outro. Responsabilidade civil então surge para recompor um dano decorrente de violação à um direito do outro, sempre para preservar e mostrar que não há espaço de interferência quando não é chamado e que os direitos são individuais e devem ser respeitados por todos da sociedade. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.20)

No atual ordenamento a responsabilidade civil se divide em dois grupos, a subjetiva e a objetiva. A responsabilidade civil subjetiva se apresenta como aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar a outra pessoa, fica na obrigação de repará-lo. Por tanto, ela se apresenta tanto na ação quanto na omissão, você é obrigado a reparar um dano quando esse dano foi causado por você ou por uma omissão sua, trazendo uma segurança jurídica no que tange a liberdade e consequentemente a não intromissão no direito do outro. (CÓDIGO CIVIL, art. 186)

Já responsabilidade civil objetiva se enquadra independente de culpa. Quem cria um risco deve suportar as consequências ligadas a ela. Quando estiver especificado em lei, ou quando alguma atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de terceiros, caberá obrigação de reparar o dano. (CÓDIGO CIVIL, art. 927)

A missão constitucional dos filhos perante os pais idosos, pautada nos deveres de assistência, ajuda, amparo, não se limita apenas na questão patrimonial. É colocado em pauta a afetividade responsável que liga pais e filhos, a real essência existencial do poder familiar. Com isso, a jurisprudência reconhece a responsabilidade civil por abandono afetivo. (DIAS, 2016, p. 788)

O dano significa uma subtração ou diminuição de um bem jurídico, independente de sua natureza, seja um bem patrimonial, personalidade da vítima, honra, imagem, liberdade, que necessita ser sancionado e o ofensor responsabilizado por sua prática. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 71)

Por tanto, apesar de não haver lei específica em relação ao abandono afetivo inverso, quando se apresenta uma situação de abandono dos filhos em relação aos pais idosos, o idoso tem o direito de exigir na justiça uma sanção pecuniária, de acordo com a legislação da responsabilidade civil do ordenamento contemporâneo.

O Tribunal Superior de Justiça (STJ) na decisão de um julgamento que obrigou um pai a pagar 200 mil reais para a filha por abandono afetivo, utilizou-se da seguinte frase: “amar é faculdade, cuidar é dever”. Essa frase dita pela ministra Nancy Andrighi, trouxe um verdadeiro precedente para o abandono afetivo, ratificando a possibilidade de indenização por dano moral por tal fato. (BRASIL, Senado Federal)

Esse entendimento deverá ser seguido no abandono afetivo inverso. Quando há um abandono por parte dos filhos em relação aos pais idosos, não amparando, ajudando na carência ou enfermidade, poderá ser exigido do judiciário uma indenização por dano moral, deixando cristalino que a relação familiar não pode ser diferenciada dos ilícitos civis em geral. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 229)

## **5. CONCLUSÃO**

O abandono afetivo é positivado na legislação vigente e dialoga diretamente com a falta de cuidado, de empatia e com a ausência. No Brasil, há uma preocupação muito grande com a falta dos filhos em relação aos pais na velhice, tentando levar discussões que tragam uma qualidade de vida justa, digna e principalmente regada de amor com esse público vulnerável.

Hoje em dia, com o aumento na expectativa do tempo de vida do ser humano, tem como resultado um número crescente na população idosa. É cristalino que a sociedade não se preparou para essa mudança e conseqüentemente acolhimento de tal público. Esse despreparo reflete em vários setores, sejam eles a previdência, saúde pública, violação a dignidade da pessoa humana, e também, nas próprias famílias.

Embora existam uma série de garantias constitucionais e diplomas normativos, veem-se, cada vez mais, um número cres-

cente de abandono dos filhos em relação aos pais idosos. O afeto e amor não podem sofrer interferência do poder legislativo, mas a ausência leva consequências terríveis para os idosos, levando a família, estado e principalmente os filhos estarem alinhados com princípios constitucionais, especialmente o da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade Social.

Para a evolução de uma sociedade mais justa, igualitária e “livre” dos julgamentos dos que são considerados como “normais” e com suas faculdades mentais plenas, é necessário redobrar a atenção e exercer o cuidado com os mais vulneráveis na sociedade. A massa idosa não fica para trás, é comum observar maus tratos com idosos, abandono, não provimento de necessidades básicas quando obrigado por lei ou mandado, ausência de solidariedade, esses fatos não podem passar por algo rotineiro e banal.

Após 6 anos tramitando no congresso, o Estatuto do Idoso foi aprovado em setembro de 2003, ampliando os direitos dos cidadãos acima de 60 anos. É necessária uma análise crítica sobre o porque existir um estatuto do idoso, será que o sucateamento do bem-estar e saúde dos idosos era algo de grande relevância à época? A resposta inevitável é o sim. É notório que as condições atuais dos idosos continuam sendo uma tarefa árdua e de bastante debate para que gere uma reflexão, agora imaginem no passado, em que não havia um estatuto sancionando.

Quando se trata de reparação pecuniária ou sansão, devido a uma ação ou omissão, pensa-se logo na medida punitiva, protetiva e principalmente a inibitória. O dano moral, caso a ofensa provada, estará salvaguardando um direito justo e necessário à população idosa. Não apenas para a pessoa que ganhou a ação, mas principalmente aos outros que vivem a mesma situação, mas não sabem como resolver e ate mesmo mudar triste realidade. Por tanto, cria-se um precedente importante para que sejam respeitados e alinhados com a dignidade da pessoa humana.

A indenização pelo abandono afetivo será uma forma de coibir atitudes como esta. O Estatuto do Idoso não trouxe a reparação civil, mas seus pressupostos estão presentes, havendo assim formas para que a reparação civil seja alcançada. A dor de ser abandonado não afetam apenas materialmente a vida do idoso, mas principalmente no psicológico, havendo assim uma extensão do

dano, necessitando reparação. Assim, se um filho abandonar o pai por mero deleite, será condenado por abandono afetivo inverso, podendo ser obrigado à uma indenização.

Assim, é possível entender que a responsabilidade dos filhos perante os pais idosos não se exaure. O dever de solidariedade social deve ser analisado pelo prisma essencial e inerente à vida humana, especialmente aos mais vulneráveis, que se encontram nessa posição organicamente. O descaso entre os filhos e pais idosos é considerado grave abandono moral, que vem sendo combatidos com as regulamentações jurídicas, posicionamento do judiciário e debates constantes, para que essa problemática seja diminuída e sempre olhada com empatia e o devido cuidado.

Por tanto, é um dever da sociedade garantir a dignidade, protegendo-o de injustiças, violências e o abandono afetivo, se fazendo valer do princípio da solidariedade social. É necessário, também, a intensificação das políticas públicas, dando prioridade máxima no trato com o idoso que muitas vezes é oprimido e interdependente. Além dos filhos proporcionarem um maior contato, conversar e se fazer presente, pois a falta só gera um bloqueio de uma problemática que pode ser um diferencial na vida dessa população que carece de atenção e cuidados, especialmente da prole.

O fortalecimento do instituto da família deverá ser primordial. O entendimento de que família vai além dos laços sanguíneos também, as relações deveriam sempre ser pautadas nos laços afetivos, mudando a roupagem de que há um interesse por trás das relações existentes. O público idoso é a base histórica de perseverança e luta, não se deve sucatear ainda mais.

## **REFERENCIAS:**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Abandono Moral. *Jornal do Advogado*, OAB/SP, n. 1, 289, dez/2004, p.14.

BRASIL. **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: 18 jun. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 18 jun. 2020

BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso: 18 jun. 2020

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) Acesso: 26 jun. 2020

BRASIL, **Senado Federal**. Portal de Notícias. **Abandono afetivo de filhos pode virar crime**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/01/16/abandono-afetivo-de-filhos-pode- virar-crime> Acesso em: 28 jun. 2020

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; VAZ, Elizabete Ribeiro de Carvalho. **A legislação brasileira e o idoso**. Revista CEPPG, v. 2, n. 21, p. 33-46, 2009. Disponível em: [http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c8320\\_1f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c8320_1f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf). Acesso: 19 jun. 2020

COSTA, Maria Aracy Menezes. **Os limites da obrigação alimentar dos avós**. Porto Alegre: Editora Livro do Advogado, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA. 2016

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FILHOS têm obrigação de cuidar dos pais idosos, afirma advogada. Fantástico. O Conciliador. 18 maio. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/quadros/o-conciliador/noticia/2010/05/filhos-tem-obrigacao-de-cuidar-dos-pais-idosos-afirma-advogada.html>. Acesso: 25 jun. 2020

**INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA**. Estatística da População. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>. Acesso: 16 jun. 2020



KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. – Belo Horizonte: IBDFAM: 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O Estatuto do Idoso – primeiras notas para um debate**.

Direito do Idoso – Artigos Doutrinários. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3763>. Acesso: 15 jun. 2020

WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.



# Capítulo XV

## O discurso jurídico e o abuso de poder no trato dos direitos das pessoas *Queers*

**Solon Flores Bessony de Sousa**

Bacharelado em Direito pela Faculdade Baiana de  
Direito (Ba). Contato: [solonbflores@gmail.com](mailto:solonbflores@gmail.com).



# O discurso jurídico e o abuso de poder no trato dos direitos das pessoas *Queers*

**RESUMO:** O presente artigo busca demonstrar as consequências da binariedade da língua no discurso jurídico envolvendo os direitos das pessoas *queers*, de modo a tornar explícito o uso do Direito nestes moldes como instrumento de opressão e discriminação. Para tanto, utilizar-se-á de uma análise jusfilosófica dos diversos paradigmas de algumas das correntes teóricas do pensamento jurídico, em especial de suas contribuições hermenêuticas acerca da relação entre norma e realidade social, no trato dos direitos das pessoas *queers*.

**Palavras-chave:** Discurso jurídico; Pessoas *Queers*; Positivismo Analítico; Procedimentalismo Argumentativo; Realismo Jurídico.

**ABSTRACT:** This article seeks to demonstrate the consequences of binary language in the legal discourse involving the rights of queer people, in order to make explicit the use of law in this way as an instrument of oppression and discrimination. For this purpose, will be used a jusphilosophical analysis of the different paradigms of some of the theoretical currents of

legal theory, especially their hermeneutical contributions about the relationship between the legal norm and social reality, in the treatment of queer people's rights

**Key-words:** Legal Speech; Queer People; Analytical Positivism; Argumentative Proceduralism; Legal Realism.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. DIREITO E PODER: UMA RELAÇÃO ENTRE LÍNGUA, JUSTIÇA, FORÇA E VERDADE; 3. ENTRE OS SISTEMAS JUSFILOSÓFICOS DO POSITIVISMO ANALÍTICO, DO REALISMO JURÍDICO E DO PROCEDIMENTALISMO ARGUMENTATIVO; 4. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS QUEERS: EXEMPLOS PRÁTICOS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Intrínseca à convivência humana, a língua é um instrumento que viabiliza a perpetuação de conhecimento e de toda uma cultura durante o percorrer do tempo, sendo por meio da linguagem que se torna possível constituir marcos característicos a uma comunidade, seja através da arte, política, direito, dentre outros. Além de sua importância para o desenvolvimento histórico das populações, ela tem também impulsiona um marco transformador nessas comunidades - torná-las civilizações, com uma organização político-social estruturada e ordenada, tendo as instituições importante destaque nesse contexto.

Seguindo essa inspiração positivista sociológica, sobretudo o funcionalismo durkheimiano, as instituições desempenham um papel sobretudo pedagógico dentro do que convém à própria sociedade, podendo ela - a instituição - ser um órgão/ente personalíssimo mais concreto e uniforme ou até mesmo uma autoridade imaterial, como é a Moral. Logo, não só a escola ou a família podem ser concebidos como instituições, como também a própria linguagem, como afirma Peter e Brigitte Berger<sup>1</sup>, já que é um dos primeiros instrumentos de formação da subjetividade do indivíduo.

---

1 Os autores afirmam “a linguagem é a instituição social que supera todas as outras. Representa o mais poderoso instrumento de controle da sociedade sobre todos nós.” (BERGER, P; BERGER, B in FORACCHI, M.; MARTINS, 2004, p. 163)

Nesse diapasão, a língua se torna um verdadeiro instrumento de socialização, incorporando sujeitos a sociedade, garantindo que ele tenha acesso a vida em coletivo, apesar de, para tal feito, alterá-lo em sua dimensão individual. Esse processo de socialização não é neutro, possuindo a linguagem uma carga valorativa e ideológica expressiva, indo desde o momento em que o indivíduo é socializado até o momento de perpetuação dessa sociedade na história, alcançando aqui as ciências e as instituições sociais, como dito.

No tocante a ideologia da língua, pode-se perceber que o maior traço de absorção de valores por ela reside em sua binariedade. Ora, uma língua que se apresenta como porta de entrada no espaço social, coletivo e político, já apresenta, de antemão, a quem ela se destina e os traços necessários para se incluir e utilizá-la, de modo a demarcar quem não está contemplado pela língua daquela sociedade e, conseqüentemente, pela linguagem de suas instituições e produções técnicas.

Nessa esteira, Mireya Suárez destaca como essa linguagem produz conceitos, métodos e ciências, em especial a Antropologia, que colaboram com o nivelamento da cultura e com a exclusão de qualquer linguística que não a heteronormativa:

“ao fazer Etnografia estaremos sempre testando nossos próprios conceitos em outra realidade cultural e produzindo significados de gênero para nós próprios. A este respeito, Strathern (1988) entende que o conceito “gênero”, sendo exclusivamente ocidental, não pode ser procurado em outras culturas sem reificá-lo.

(...)

Outro problema ao qual quero me referir é que o conceito de cultura minimiza ou nega qualquer outra diferença que não seja cultural, na medida em que o conceito de cultura não apenas pressupõe a diferença entre os povos mas destaca a homogeneidade interna de cada um deles. Desse modo, as diferenças de gênero e de raça, entre várias outras, aparecem desvanecidas ao nível teórico e largamente ignoradas ao nível etnográfico.” (SUÁREZ, 1997, pp. 43-44)

Os conceitos e proposições lançados no cotidiano humano estão marcados pela binariedade na língua, o que colabora com a opressão de pessoas trans, não-binárias, intersexos e aquelas cujo gênero é não-conformante. É tanto que tornou-se crescente, dentro do ativismo LGBTQIA+, o apelo a uma língua neutra ou

linguagem de gênero neutro<sup>2</sup>, de maneira a afastar o “masculino genérico” e todo o cissexismo presente na linguagem.

O Direito, como toda ordem social, não foge a esse dado. Ele, além de ser um objeto cultural, é também um objeto linguístico, residindo aí duas portas de entrada para o abuso de de uma normatividade cisgênero - a língua e a cultura, catalisando, dessa forma, os problemas destacados anteriormente de nivelar a identidade cultural e subjetiva das pessoas e perpetuar uma binariedade demarcatória.

Logo, indaga-se de que modo o problema da concretização de direitos e garantias das pessoas *queers*<sup>3</sup> está ligado como o modo que o sistema jurídico está organizado e positivado, principalmente no espaço do discurso jurídico, momento em que a norma jurídica concreta e individualizada, resultante de um processo específico e variável, conforme a teoria e técnica hermenêutica utilizada<sup>4</sup>, é criada, verificando, ainda, por meio de exemplos que contornam o Judiciário brasileiro, se a binariedade da linguagem jurídica serve de óbice para a garantia de direitos, bem como ao acesso à justiça pelas pessoas *queers*.

2 Dentre elas, se destacando o Sistema “El”, com os pronomes el, els, del, dels, nel, nels, aquel e aquels e o Sistema Sistema “Ilu”, com os pronomes ilu, ilus, dilu, dilus, nilu, nilus, aquel e aquels. Vale destacar, ainda, que não há qualquer impedimento que não cultural para a implementação dessa linguagem pela gramática.

3 Por *queer*, de um modo geral, deve-se entender aquele que não se identifica com expressões dos sexos e gêneros heteronormativos, vindo a palavra do termo inglês que pode ser traduzido como estranho, “torto e desviado”, mas hoje ressignificado, de modo a se considerar que o gênero e a identidade sexual são construídos social e culturalmente, variáveis, portanto, não sendo determinada por fatores biológicos. É um “conceito guarda-chuva”, assim como o “LGBTQIA+”, inclusive incluído por ele, mas preferível, principalmente por abarcar maiores identidades de gênero e sexo que as letras elencadas lá. Esse é o *queer* enquanto sujeito e identidade, mas o *Queer*, enquanto movimento, surge nos Estados Unidos na década de 80, influenciado pelo pós-estruturalismo francês, contrapondo criticamente os estudos sociológicos sobre minorias sexuais e à política identitária dos movimentos sociais existentes até então, marcados, inclusive, por uma óptica similar à heteronormativa de se normalizar a posição sexual e neutralizá-la do ponto de vista político hegemônico. Os estudos *queers* se destacam, sobretudo, nas considerações sobre a travestilidade, a transgeneridade e a intersexualidade, bem como a qualquer grupo pertencente a uma cultura sexual não-hegemônicas, sendo mais aplo, portanto, do que o termo LGBTQIA+.

4 Como se verá adiante, nem sempre poderá se afirmar que a norma jurídica é criada de forma argumentativa. Claro que com o avanço da Hermenêutica Jurídica, o espaço do discurso jurídico é intrinsecamente ligado a criação da norma de forma procedimental e argumentativamente, mas não se pode resumir toda técnica a essa em específico, a excluir a subsunção, dedução e indução como métodos de outra Escolas Hermenêuticas importantes.



## **2. DIREITO E PODER: UMA RELAÇÃO ENTRE LÍNGUA, JUSTIÇA, FORÇA E VERDADE**

Levantada a hipótese de como a linguagem técnica do Direito condiciona algumas praxes sociais, passa-se a explorar as causas, próprias da língua, e os motivos, já concebendo a linguagem como um instrumento de ação e construção, desse contratempo - inviabilizar qualquer discurso que não esteja em conformidade com o discurso jurídico padrão e heteronormativo. Para tanto, é necessário compreender o sistema jurídico como um todo como um organismo que se efetiva operando no campo prático, existindo na correlação entre um plano das normas e dos fatos, sendo linguisticamente concretizado nos mais variados fatos jurídicos.

Ademais, pensar o “Direito como linguagem” é ir além do Direito posto, objetivo e do formalismo conceitual dos signos linguísticos verbais presentes em atos legislativos, administrativos e judiciais. Para a compreensão total da proposta deste artigo, e do Direito como ordem social dinâmica, a expressão “Direito como linguagem” deve ser compreendida como uma prerrogativa da juridicidade que permite constituir as relações jurídicas no campo pragmático.

É o Direito enquanto linguagem que viabiliza conceber, ora na incidência de uma norma ora na produção de uma fonte do direito, não somente um aparato para sua aplicabilidade, mas sim que sua existência se perceba em sua teoria prática, daí surgindo o discurso jurídico como efeito dessa característica. Seguindo a linha de raciocínio proposta por Berger, exposta no tópico anterior, Jean Baudrillard (BAUDRILLARD, 1985) irá complementar que a linguagem inclui-se entre as instituições humanas resultantes da vida em sociedade, sendo o Direito apenas uma das formas sociais institucionais que se manifesta através da linguagem, a qual possibilita e proporciona a sua existência.

Influi-se dessas constatações que o Direito é necessariamente linguagem, institucionalizando-se, perpetuando-se e fomentando-se comunicativamente nas relações intersubjetivas. Por conseguinte, sendo uma instituição comunicativa intersubjetiva, ela carrega valores, principalmente ideológicos, o que implica na afirmação de que a socialização feita pela língua serve como instrumento de controle social, alienação e legitimação de uma classe ou grupo.

Essa abordagem prática e valorativa da língua reforça as relações dela com o uso da força, num sentido de controle social, e com a justiça, ou melhor, se há justiça ou não em suas disposições, já que, “de modo adverso, quando na tradição jurídica não se consegue vislumbrar ou perceber que o direito está na língua que o convencionou, mas também nas linguagens que o sustentam, o nível de abstração dos fatos tende a enfraquecer-se.” (VILLAR-RUEL-SILVA, 2016, p. 22)

Ainda sobre a relação da língua com a força, Louis Althusser evidencia a ideologia como um imaginário que permeia a existência das pessoas, algo menos distante do conceito da superestrutura marxista, de modo que “só há prática através de e sob uma ideologia; (...) só há ideologia pelo sujeito e para o sujeito; (...) a ideologia interpela os indivíduos enquanto sujeitos.” (ALTHUSSER, 1985, p. 93). Logo, a língua, enquanto aparelho ideológico do Estado, intervéem não só na representação dos sujeitos em relação às suas condições sociais, mas também na imagem que os sujeitos têm das formulações linguísticas recebidas ou produzidas, reproduzindo as explorações e opressões que permeiam a sociedade, em especial à sociedade heteronormativa.

Ademais, John Thompson ainda destaca, respondendo ao questionamento de que maneira pode o sentido atribuído à interpretação sobre o discurso linguístico pode estabelecer e sustentar relações de dominação, algumas estratégias típicas de construção simbólica da língua, envolvendo os processos de racionalização, em que o falante constrói um raciocínio para mostrar que relações ou instituições sociais devem ser aceitas; universalização, quando os interesses de uns são apresentados como interesses de todos; e narrativização, na narração de histórias, o presente é apresentado como integrante de uma tradição “eterna e aceitável” (THOMPSON, 1995, p. 83).

Quanto à questão da Justiça, dentro da relação entre direito, linguagem e força, cabe a reflexão sobre se o Direito pode ser construído sob um discurso ético e de que modo a ideologia presente na linguagem interfere nisso, tendo como um dos valores norteadores do ordenamento jurídico e fundamento da República federativa do Brasil é valor da dignidade da pessoa humana.

Ora, baseando-se num agir por interesse e de forma individualista, como é construído o Direito por aqueles que detêm os meios

de produção, o controle da ideologia pela linguagem e o aparelho necessário a edição das normas jurídicas, não é possível atingir o bem comum, a justiça social e a dignidade humana no trato dos direitos daqueles que não se identificam ou confortam como a maioria e a heteronormatividade. Ciente de que a palavra é ideológica, e se ela não for alicerçada na ética, só se pode inferir por justiça no Direito a menos equitativa possível, o que é insustentável no Estado Democrático de Direito que o Brasil se propõe a ser. Essa lógica foi durante muito tempo refletida nas teorizações acerca do ordenamento, sua composição e de que modo as normas jurídicas incidem, como se verá no tópico seguinte.

Contudo, no intuito de finalizar as multirrelações da linguagem do Direito com outros elementos, deve-se elencar o compromisso do Direito com a verdade, que, para a compreensão deste trabalho, não deve ser entendida em seus sentidos *verdade-verossimilhança* ou *verdade-adequação*. Aliás, conforme se percebe pelo giro da filosofia existencialista, essas noções são altamente relativas, podendo ser justificadas a depender do parâmetro escolhido<sup>5</sup>. A escolha desse parâmetro também será desenvolvida adiante.

### **3. ENTRE OS SISTEMAS JUSFILOSÓFICOS DO POSITIVISMO ANALÍTICO, DO REALISMO JURÍDICO E DO PROCEDIMENTA-LISMO ARGUMENTATIVO**

No tocante ao trato dos direitos das pessoas *queers*, principalmente os de dispor de sua própria sexualidade e identidade de gênero, expressões de sua autonomia, um dos grandes problemas que se vivencia é como as normas jurídicas estão dispostas e organizadas e até mesmo de como o nosso sistema está organizado para atender as demandas daquela comunidade. Em decorrência disso, passa-se a analisar o sistema jurídico a luz de três lentes, a do Positivismo Analítico, do Realismo Jurídico e do Procedimentalismo Argumentativo de Robert Alexy, de modo a examinar que o

5 Essa Ética da verdade, ou da liberdade, perdeu espaço para o paradigma do consenso, em que o conceito individualista de ética é substituído, passando certos modos de convencimentos a serem considerados condutas antiéticas, já que se realizam com a intenção de interferir na ética de outrem. A Ética do consenso como possível parâmetro para satisfação dos interesses tutelados no processo será desenvolvida em tópico específico.

trato no respeito e na garantia dos direitos está diretamente ligado em como se teoriza o Direito.

Em primeiro lugar, valer-se-á da Escola do Positivismo Analítico, uma das vertentes do juspositivismo marcada pela lógica e pela filosofia da linguagem de forma bastante expressiva, cujo nomes variam entre John Austin, Hans Kelsen<sup>6</sup> e Herbert Hart. Como qualquer corrente juspositivista, trata-se aqui de somente ser possível se debruçar pelo direito positivo, objetivamente posto, empírico, aquele que foi criado racional e formalmente pelas autoridades competentes, anulando-se, assim, qualquer doutrina de direito natural, seja advinda da natureza, de Deus ou da razão humana.

Enquanto positivistas, para esses autores, o que importa para ser Direito reside em *por quem* a norma é produzida, mais especificamente de qual órgão ou autoridade competente ela advém, e, enquanto positivistas analíticos, em *como* a norma é analisada e aplicada, observando preceitos lógicos de validade, dentro da própria norma, e fora nela, inserindo-a num ordenamento também lógico, organizado e estruturado.

Passando para as contribuições específicas dos autores, tem-se, dentro dos trabalhos de John Austin, a “Teoria dos Atos de Fala”, em que o autor, dentro do campo da Filosofia da linguagem, descreve que, para além de descrever uma situação ou dizer se ela é verdadeira ou falsa, as proposições linguísticas realizam também uma ação no mundo dos fatos, não somente uma declaração - daí surgindo os atos de fala.<sup>7</sup>

Ele complementa classificando os atos de fala em locucionários, aqueles realizados conforme as sentenças são proferidas; atos ilocucionários, que são realizados *ao dizer algo*, em contra-

6 O autor é comumente atrelado a uma corrente denominada de “Positivismo Normativista”, apesar que, para este trabalho, uma classificação não anula a outra, sendo verdadeiramente importante reconhecer em sua teoria uma análise lógica dentro da norma jurídica e nela em si para com o restante do ordenamento, isto é, o modo que ele concebe as normas hierarquizadas segundo uma linha lógica de validade.

7 O autor expressa isso distinguindo sentenças constatativas das sentenças performativas em “que nome daríamos a uma sentença ou a um proferimento deste tipo? Proponho denominá-la sentença performativa ou proferimento performativo, ou, de forma abreviada, “um performativo”. (...). Evidentemente que este nome é derivado do verbo inglês *to perform*, verbo correlato do substantivo “ação”, e indica que ao se emitir o proferimento está se realizando uma ação, não sendo, consequentemente, considerado um mero equivalente a dizer algo.” (AUSTIN, 1990, p. 25)

posição aqueles atos realizados no momento *de dizer algo*, como os anteriores; e, por fim, em atos perlocucionários, no qual, *ao se dizer algo*, se produz uma alteração no ouvinte, que passa a reagir conforme essa ação de convencimento, impedimento, surpresa, confusão etc.<sup>8</sup>

Quanto ao Direito, Austin irá defini-lo como conjunto de todos os comandos emitidos pelo “soberano” e direcionados aos “súditos”. Apesar dessas terminologias, comumente adotadas por juristas ligados ao sistema de *commom law*, assim como se verá em Hart, o que importa para o objetivo deste artigo reside na norma enquanto comandos. Quanto a questão do que seria esse soberano, ou a autoridade competente, e de como a norma se perpetua no tempo mesmo com a mudança de soberano, compete à Teoria do Direito como um todo estudá-la, mas para os estudos da filosofia da linguagem, os tais comandos seriam manifestações de desejos duplamente qualificadas, exigindo de alguém uma ação ou uma abstenção.

Esse comando é uma exigência, não um pedido ou uma atribuição de faculdades a particulares, tendo sempre como consequência de sua desobediência uma sanção, distinguindo-se dessa forma, o comando de um desejo, como o autor enuncia. A partir desse tópico, já se consegue fazer correlações com os pensamentos de Hans Kelsen e Herbert Hart, sobretudo conforme a estrutura das normas jurídicas e de que modo elas são produzidas. Conjuntamente com o exposto da teoria de Austin, todas essas relações constatarão o modo de ser do Direito, em especial, da Ciência do Direito, escopo principal do Positivismo Jurídico, e sua insuficiência teórica e pragmática para as novas relações sociais.

Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, parte do mesmo pressuposto da necessidade de sanção<sup>9</sup> para configurar o Direito como

8 Isso pode ser resumido em “pareceu-nos que nem sempre seria fácil distinguir proferimentos performativos de proferimentos constatativos, e, portanto, achamos conveniente recuar por um instante às questões fundamentais, ou seja, considerar desde a base em quantos sentidos se pode entender *que dizer algo é fazer algo*, ou que *ao dizer algo estamos fazendo algo*, ou mesmo os casos em que *por dizer algo fazemos algo*.” (AUSTIN, 1990, p. 85)

9 É reforçado diversas vezes que, na visão do autor, não exista norma desprovida de sanção, como se segue em “se uma ordem normativa prescreve uma determinada conduta apenas pelo fato de ligar uma sanção à conduta oposta, o essencial da situação de fato é perfeitamente descrito através de um juízo hipotético que afirme que, se existe uma

uma ordem social, coercitiva pois, estabelecendo também que, enquanto se concebe o ordenamento jurídico num sentido dinâmico, uma norma hierarquicamente inferior retira seu fundamento de validade de uma norma hierarquicamente superior. Evitando um regresso *ad eternum*, o fundamento máximo de validade do ordenamento seria o que ele denomina de “Norma Hipotética Fundamental”.

Hart compartilha dessa ideia de um ponto último do ordenamento que lhe confere validade, apesar que com outros contornos, mas se assemelhando às propostas tanto de Austin quanto de Kelsen, mas se diferenciando delas em outros pontos, a começar pela não-caracterização do ordenamento como um instrumento de força e por prescindir a presença de uma sanção para ainda ser uma norma jurídica.<sup>10</sup>

Para ele, existem normas que também atribuem e conferem prerrogativas e faculdades aos particulares, não precisando de

---

determinada conduta, deve ser efetivado um determinado ato de coação. Nesta proposição, o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, (...)” (KELSEN, 2009, p. 127), dizendo ele que, àquelas que não claramente a percepção de uma consequência negativa para seu descumprimento, trataria meramente de uma “norma jurídica não-autônoma, *estando* essencialmente ligada à segunda (a autônoma); ela apenas estabelece - negativamente - o pressuposto a que a segunda liga a sanção.” (KELSEN, 2009, p. 61)

- 10 Essa já é a preocupação inicial do autor de separar o Direito de outras ordens sociais que se baseiam na força, como se vê em “claro que é verdade que existem regras de muitos tipos diferentes, não só no sentido óbvio de que, ao lado das regras jurídicas, há regras de etiqueta e de linguagem, regras de jogos e clubes, mas também no sentido menos óbvio de que, mesmo dentro de qualquer destas esferas, as realidades que se chamam regras podem surgir modos diferentes e podem ter relações muito diferentes com conduta a que dizem respeito. (...). Mais importante do que isso, algumas regras são imperativas no sentido de que exigem que pessoas se comportem de certas maneiras, v.g. se abstenham violências ou paguem impostos, quer o desejem fazer, quer outras regras, como as que prescrevem os procedimentos, forma dades e condições para a celebração de casamentos, testamentos contratos, indicam o que as pessoas devem fazer para efetivarem seus desejos.” (HART, 1994, p. 13) e em “é óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isto como uma descrição exaustiva do que se quer dizer com a afirmação de que uma regra social existe ou do elemento *ter de* ou *ter o dever de* abrangido nas regras.” (HART, 1994, p. 15), já explicitando que, ao contrário de Kelsen e Austin, existem normas que também atribuem e conferem prerrogativas e faculdades, não precisando de sanção para serem cumpridas, e que muito menos seriam “não-autônomas” por isso. O que garante que o Direito seja cumprido é o fator de ver-se vinculado a ele, e não de ter uma sanção para a conduta oposta à prescrita na norma.

sanção para serem cumpridas, e que muito menos seriam “não-autônomas” por isso. O que garante que o Direito seja cumprido é o fator de ver-se vinculado a ele, e não de ter uma sanção para a conduta oposta à prescrita na norma, efeito decorrente do que ele denominou de “Regra de Reconhecimento”, conceito paralelo à Norma Hipotética Fundamental kelseniana, um conceito também abstrato, que serve, além de dar validade às regras que dela influem, fazer com que os indivíduos, e o próprio “soberano”, distanciando-se daí de Austin, se sentem vinculados a cumprir o Direito tão somente pela reflexão e não pela força.

Para finalizar, pode-se perceber que o Positivismo falha por pecar em seu rigor científico, algo além da tentativa de descrever e racionalizar ao máximo os fatos, sim na tentativa de prever, de maneira dogmática, como os fatos se dão e, a partir disso, estabelecendo prescrições, constituindo o *ser* e o *dever-ser*. Epistemologicamente, e valendo-se do pensamento kantiano, isso resulta em equívocos, pois se baseia em elencar juízos analíticos à aplicação do Direito, juízos em que um predicado está necessariamente contido no sujeito, sendo obtido por dedução, prevalecendo a norma sobre a realidade social, ignorando, assim, os juízos sintéticos, os que não permitem realizar essa lógica de que algo necessariamente induz a um determinado resultado, tão relevantes para o Direito.

Ademais, influenciando-se especificamente pela lógica dos atos de fala de Austin, uma norma só serve como determinismo para ações e situações heteronormativas e controle da identidade subjetiva pessoal e cultural daqueles que estão submetidos a tais normas. Por outro lado, baseando-se no juízo kelseniano, a norma jurídica jamais poderia estar ligada a um direito subjetivo de uma pessoa *queer* que não fosse ligado à aplicação de uma sanção ou a submissão a um dever jurídico. O problema disso é a lógica ideal extremamente individualista e liberal de somente prever o Direito para tais casos, sendo que, conforme discorrer-se-á, é necessitado um agir mais prestativo e eficaz do ordenamento, também alcançando ilícitos e responsabilidades, mas não se limitando nelas.

É preciso mais do que uma análise positivista e analítica da linguagem do Direito, valendo-se, portanto, de outra teoria para concebermos a interpretação, produção, aplicação e argumentação do Direito - o Realismo jurídico. Teóricos do Sociologismo Ju-

rídico já se colocavam contra os dogmas positivistas a muito tempo, principalmente pelo formalismo, idealismo e ceticismo sobre as regras tendo validades nelas mesmas e não na praxe social. O Realismo jurídico se insere nesse contexto histórico radicalizando a opção sociológica mediante um rompimento da perspectiva teleológica que as concepções sociológicas anteriores apresentavam contra o positivismo, como as propostas de Jeremy Bentham e Rudolf Von Jhering, por exemplo.<sup>11</sup>

Essa nova Escola representa uma corrente doutrinária, desenvolvida principalmente em países escandinavos, que entende o sistema jurídico como um fato, vivenciado na prática e constatado empiricamente, daí sua aproximação com o Sociologismo Jurídico e o distanciamento de uma visão mais idealistas sobre o Direito, seja da metafísica jusnaturalista, seja do formalismo normativista positivista. Os expoentes do realismo jurídico, no entanto, limitando o alcance dos “fatos” no cotidiano, fará referência à decisão judicial como o verdadeiro fato e forma de determinação do direito.

Daí que comumente se atribui ao Realismo a característica de que “o direito é aquilo que os tribunais fazem e não o que se espera que ele faça ou o que as fontes do direito indiquem que ele faça”. Isso antecipa um novo paradigma em se analisar o fenômeno jurídico, dando menos importância ao que ele *deve ser*, se estiver em dissonância com o que ele de fato é. É uma ruptura com o direito formalista e normativista, que, mesmo se visto num sistema dinâmico, só encontra seu fim e sua validade em outra norma, para se verificar um direito que vai de encontro com a realidade, como ele realmente se comporta e, em especial, como se comportam os juízes e aplicadores do direito.

Dois grandes realistas que surgem nessa seara são Karl Olivecrona e Alf Ross. Olivecrona irá tratar das normas jurídicas como

11 Conforme Alexandre Araújo Costa, “para os realistas, a idéia de que as normas jurídicas têm um sentido objetivo que pode ser percebido pelos juristas a partir de um estudo cuidadoso do sistema jurídico não passa de um dogma do idealismo normativista. Porém, apesar de falso, esse mito está fortemente enraizado no modo jurídico de ver o mundo e constitui uma espécie de mito básico do direito. Como essa crença na objetividade do direito é especialmente reforçada pelo discurso judiciário, que trata o direito como se fosse um sistema de normas e as decisões judiciais como deduções silogísticas, Llewellyn sustentava que “la teoría de que las normas deciden los asuntos parece haber engañado durante un siglo, no solo a los ratones de biblioteca, sino a los jueces.” (COSTA, 2008, pp. 307-308)



“imperativos independentes”, prescrições abstratas não pressupostas das relações intersubjetivas, não sendo a primeira fonte do Direito, mas, ao funcionarem como proposições operativas, preservando direitos, atribuindo deveres e definindo proibições, tornam possível o dado real relevante para o Direito. A norma posta, geral e abstrata não é tida mais como o núcleo principal para o Direito, somente o assegura, servindo-o como fundamento.<sup>12</sup>

Alf Ross, por outro lado, influenciado por Olivecrona, complementa que a norma jurídica é vigente se sua experimentação está em conformidade com ela, ou seja, com seu respeito e observância, mesclando aí os conceitos de vigência e eficácia da norma.<sup>13</sup> Logo, as normas vigentes seriam imprescindíveis à interpretação dos fenômenos jurídicos, somente possuindo tal característica porque são de fato acatadas e sentidas na sociedade como obrigatórias.

Daí que, para a doutrina de Ross, as normas vigentes são inseridas num contexto de coerência interna do seu significado determinante para a formação do sistema jurídico. Por isso que os fenômenos sociais que servem como fonte das normas têm que ser as decisões dos tribunais, incluídas as aceções dos juizes e dos demais órgãos decisórios.

Entretanto, conforme Alexandre Araújo Costa finaliza, “o conhecimento das regras jurídicas serve muito pouco para prever as decisões de um juiz, pois as decisões judiciais são fortemente influenciadas pelas preferências e aborrecimentos pessoais dos juizes, bem como por seus preconceitos e estados de ânimo.” (COSTA, 2008, pp. 308-309)

Isso gera também equívocos no trato do direito, a começar por reduzi-lo exclusivamente a pronunciamentos estatais que não as

12 Essa mudança de onde e como se buscar a juridicidade ou a normatividade de uma conduta é bem exposta em “a consequência disso é que o Direito deve ser concebido acima dos fatos da vida. Isso significa, em última instância que o Direito não pertence ao mundo físico do tempo e espaço. Ele possui um realismo próprio, para além deste mundo. (...)” (tradução nossa) (OLIVECRONA, 1939, p. 15), ressaltando, contudo, a ponto de separar o Realismo olivecroniano de qualquer outra matriz sociológica, que o Direito está acima dos fatos; o fenômeno jurídico não é um fato como qualquer outro, não sendo a juridicidade encontrada na realidade social crua, mas acima dela.

13 Ross define “direito vigente” a partir do seguinte conceito: “significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.” (ROSS, 2007, p. 41)

leis, que são, pelo menos, imateriais e democráticas, mas a um conjunto de pronunciamentos pessoais imperativos, em especial ao trato do direito das pessoas *queers* que, não mais tendo que se preocupar com a efetividade e demanda pragmática que o positivismo carecia, agora enfrenta um conservadorismo e uma posição autoritária na linguagem judicial. Para exemplificar essa arbitrariedade, Ari Marcelo Solon traz que:

“a filosofia da linguagem serviu sobretudo para refinar a noção de norma como imperativo independente. No novo livro, Olivecrona propõe, em linhas gerais, dois elementos para explicar a natureza da norma jurídica: um padrão de comportamento requerido como elemento ideal (*ideatum*) e a comunicação de um sentimento de compulsão em relação ao modelo de comportamento como elemento formal (*imperatum*). A expressão “imperativos independentes” serve, portanto, para designar toda uma vasta categoria de signos linguísticos que tem função diretiva. Sua força, principalmente no caso das normas jurídicas, não depende da vontade do emitente mas de uma postura preexistente de respeito a determinados procedimentos formais.” (SOLON, 2000, p. 97)

Considerar como direito um dado fato só até que um tribunal se pronuncie sobre ele se mostra igualmente prejudicial ao ativismo LGBTQIA+, pois nada garante que o Judiciário estará conjuntamente com a luta de tal movimento social. Mesmo precisando do espaço judicial para efetivar as normas, há de assegurar também, imprescindivelmente, um procedimentalismo capaz de elencar etapas mínimas que balizem a decisão judicial.

Como já trabalhado, tendo o Direito uma língua própria, e sendo ele uma espécie de discurso, há, pois, de ser construído argumentativamente. Traz-se à baila, neste momento, a contribuição contemporânea do jurista Robert Alexy, que, no intento de conservar os benefícios do positivismo, mas acrescentando-o aspectos valorativos e subjetivos em sua aplicação, sob a influência do procedimentalismo habermasiano, constrói a ilustre Teoria da Argumentação na Ciência Jurídica, a ser observada, principalmente, pela atuação judicial.

Alexy destaca o problema da justificação das sentenças normativas evidenciando que a imprecisão do direito como um objeto

linguístico, a possibilidade de conflitos entre normas, a possibilidade de não haver norma prevista para o caso, e ainda a possibilidade de casos contrariem o disposto nas normas como empecilhos para a aplicação do direito e conseqüente concretização dos direitos. Isso o leva a construir uma Teoria sobre o Discurso Jurídico como um caso especial do Discurso Prático Geral, analisando de que forma, argumentativamente, se pode justificar regras, seja internamente em relação ao ordenamento jurídico ou externamente em relação às demandas da sociedade.

Neste último tópico, destaca-se, inclusive, a atenção do autor em relação a pretensão de correção que se desempenha sobre o Direito, baseando-se esse efeito em premissas de regras de leis positivas, premissas de afirmações empíricas e premissas que não são nem regras de lei escrita nem afirmações empíricas (ALEXY, 2001, p. 224), e mesmo que ampliando demasiadamente o campo de justificação do Direito, definindo de que modo o julgador deve manter uma decisão que seja racionalmente justificável.<sup>14</sup>

Em suma, expostas essas 3 visões e teorias sobre o fenômeno jurídico, torna-se possível depreender que, para a questão dos direitos das pessoas *queers*, não basta somente um processo indutivo silogístico no trato dos direitos positivados, como teorizam os positivistas analíticos, surgindo aí, uma contribuição do realismo jurídico, para um ambiente mais concreto para a operação do fenômeno jurídico - a decisão judicial. Todavia, ela, por si só, também é suscetível a falhas, conforme evidencia Alexy e seu procedimentalismo argumentativo, principalmente no trato de direitos que demandam um trato diferenciado, como se verá a seguir.

---

14 A título de curiosidade, “um outro aspecto do vínculo inextricável está na exigência de correção que também é constitutiva da argumentação jurídica. Ao contrário do caso do discurso prático geral, essa exigência não se relaciona com o fato de a afirmação normativa em questão ser ou não absolutamente racional, mas antes se pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica em vigor. A racionalidade da argumentação jurídica é, portanto, na medida em que é determinada pelo assestatuto, relativa a aracionalidade da legislação. A absoluta racionalidade na tomada de decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação. Uma condição para isso é que as questões práticas sejam racionalmente resolvidas na sociedade em questão. (...)” (ALEXY, 2001, p. 269)

#### **4. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS QUEERS: EXEMPLOS PRÁTICOS**

Partindo dos conceitos do francês Alain Touraine (2006, pp. 17-28), pode-se ver, de fato, a constituição de um Movimento *Queer*, seja pela identidade enquanto movimento social, oposição, aos estudos prévios e às posições hegemônicas heteronormativas, e totalidade na ação coletiva em prol de seus interesses. Isso é bastante relevante para a constituição do Direito e produção de suas fontes, legais, costumeiras e, principalmente, jurisprudenciais.

O Direito, mesmo quando particularizado uma única relação jurídica, levada à juízo de forma contenciosa ou não, não deve se limitar àquele espaço e suas justificações com a ordem legal vigente e determinante sob o litígio; ele transcende os limites da lide, sempre atingindo, direta ou indiretamente, os interesses dos envolvidos e da coletividade. Em razão disso é que não somente se advoga o fenômeno jurídico e o espaço do processo como um meio de mudança nas estruturas e classes sociais, transformador da realidade jurídica dos envolvidos, como também, sociologicamente, já se compreende o Judiciário como palco para a mobilidade social de movimentos sociais.

O Poder Judiciário, então, se torna auditório para o crescimento da participação política das minorias hegemônicas, por meio do debate de interesses dentro do espaço do Discurso jurídico. Michael McCann (MCCANN, 1994) ainda destaca cinco etapas desse processo: o primeiro momento de formação organização e tomada de consciência de direitos (I); seguido da fase de percepção de oportunidades políticas ofertadas aos movimentos sociais (II); para, em terceiro lugar, os movimentos sociais formularem ações responsivas do Estado em relação a demandas políticas básicas (III); seguida da implementação e execução de verdadeiras políticas públicas (IV); visando, por fim, constituir um legado jurídico nos resultados e nas conquistas mais diretas e tangíveis de suas ações para as pessoas, relações e instituições de toda a sociedade (V).

Entretanto, a oportunidade política para esses grupos no espaço jurídico requer contornos singulares, próprios da linguagem e do discurso jurídico, como exposto anteriormente. Isso é reforçado em:

“na variação interna da linguagem judicial influem não só a própria estratificação interna da função judicial como sobretudo o facto de o discurso judicial ser de todos os discursos jurídicos aquele em que é mais imediata a tensão entre participantes profissionalizados (juiz, ministério público, advogados das partes, funcionários de justiça) e não profissionalizados (as partes, as testemunhas, o júri, o público).” (SANTOS, 1988, p. 35)

É essa tensão que se comporta como óbice ao consenso entre os agentes envolvidos, mesmo porque a mudança social de grupos políticos, por ser necessariamente um jogo de poder, sempre criará um atrito com outro grupo, além da demonstrada “variação interna da linguagem judicial” que, como também vista, reforça traços binários e muitas das vezes são concebidas sobre uma lógica formal-dedutiva, que entram o Discurso e a consequente efetividade dos direitos das pessoas *queers*.

Aqui, inclusive, retorna-se ao argumento que concluiu o segundo tópico deste trabalho, em que, mais importante do que o ideal de verdade do processo, extremamente individualista, em que uma alegação deve ser tida como verdadeira e preponderante sob a outra, é o ideal do consenso como meio de viabilizar uma demanda social, incompatível com a ótica individualista da Ética da Verdade, do movimento *queer* ao Judiciário brasileiro.

No intento de ver se a colegialidade dos tribunais brasileiros viabiliza o consenso, traz-se à tona o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), de 2011, sobre o reconhecimento de união estável em relações homoafetivas, analisando também como o discurso jurídico construído argumentativamente nesse caso tratou a garantia da liberdade sexual. De maneira geral, o reconhecimento da união homoafetiva como um núcleo familiar como qualquer outro foi unânime, havendo somente poucas divergências pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso em seus votos, mas foram votos vencidos ao final.

O relator do caso à época, o ministro Ayres Britto, em seu voto, deixa explícito o paradigma aqui defendido de um trato de um direito *queer* de liberdade sexual em que as normas constitucionais, principalmente no tocante à constituição familiar, não devem ser compreendidas num sentido de autorreferência conjunta com um entendimento pré-compreensivo do que é família,

“De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.” (STF, 2011, *on-line*)

Em outro giro, pode-se também destacar recente decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) em que, no manejo da aplicação dos institutos das medidas protetivas presentes na lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, não desrespeitou as identidades de gênero não-conformantes com a heteronormatividade presente na redação das leis brasileiras, afastando juízos construídos aprioristicamente, passando a reconhecer o gênero, enquanto requisito previsto na lei, como uma categoria a ser preenchida no mundo fático, conforme a “liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa” como se vê em:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA

DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA.

1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil.

2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher.

3 Não há analogia *in malam partem* ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese.

4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha” (TJDFT, 2018, *on-line*)

Vale lembrar que, não é suficiente só a superação do formalismo e conceitualismo das normas por uma apreciação judicial, sim procedimentalizar a fundamentação dessa decisão, sendo não somente justificada com o ordenamento, também com expectativas morais, influenciadas pela Ética do consenso, como se defendeu anteriormente. Nos dois aludidos exemplos, consegue-se ver concretamente uma linha argumentativa no trato dos direitos das pessoas *queers* que corrija e supere a binariedade determinista na linguagem normativa jurídica que afirma uma tensão política e conservadora.

Por fim, ainda é oportuno constatar que, em que pese alguns direitos estão conseguindo ser concretizados de uma maneira adequada e congruente, a natureza desses direitos ainda remonta a garantias de liberdades civis e políticas, direitos que representam uma clássica luta do século XVIII, mas que estão vindo à tona para as pessoas *queers* somente no século contemporâneo.

Para um sujeito cuja identidade de gênero e liberdade sexual seja em conformidade com a maioria, o trato de seus direitos já está muito mais avançado, em razão de todo poder e espaço que ocupou durante o decurso do tempo. É ainda em razão disso que se reforça o papel contramajoritário do Judiciário para a tutela das minorias e principalmente no tocante das perspectivas futuras, como tem se dado com o direito a um meio-ambiente laboral harmônico e as pessoas trans, demandando um trato congruente entre as normas, a adequação e a decisão, não obstante todo o exposto aqui.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de fundamental importância um olhar mais empírico sobre a atividade judicial e o Direito, sobretudo para assegurar sua cientificidade, experimentando-o na realidade social. Mais importante que o próprio “dever-ser” é o “ser” nos tribunais, requerendo, portanto, para a aplicação do direito, olhares mais interdisciplinares que permitam trazer à hermenêutica sobre as normas jurídicas um horizonte mais pragmático, ético e em conformidade com os interesses dos envolvidos.

É dentro desse horizonte mais concreto e fidedigno, deve-se também atentar para as relações entre linguagem e ideologia, percebendo que o discurso jurídico não pode ser utilizado como aparelho de perpetuação de uma ideologia que prive alguém do exercício de direitos, de modo ao próprio Direito se aniquilar. Jamais neutro, para não incorrer no autoritarismo, mas equitativo, permitindo a cada um, em alusão ao pensamento aristotélico, ser tratado em suas próprias medidas e necessidades, devendo o espaço do discurso jurídico respeitar tais demandas éticas.

Por conseguinte, o modo que o ordenamento jurídico é posto para os operadores do discurso condiciona totalmente a aplicação das normas neste procedimento, seja numa dedução abstrata e



analítica ou num reconhecimento de uma normatividade a posteriori nos fatos, estando as contribuições das várias Escolas do Pensamento Jurídico à disposição da fundamentação do Direito. A cognoscibilidade do juiz, entretanto, relativa a um direito envolvido numa lide levada a juízo, deve considerar, e acima de tudo respeitar, as peculiaridades na demonstração de seu exercício por cada titular, especificando a tutela em cada caso.

Não se pode conceber, dessa maneira, que certos direitos sejam inviabilizados por uma suposta incompatibilidade entre o conceito cominado na norma jurídica e a expressão de si mesmo do titular daquele direito, ainda mais sob a égide de um Estado democrático de Direito, em que lidar com uma questão tão ontológica do ser-humano como a sua compreensão subjetiva de si mesmo e sua expressão enquanto pessoa deve-se sempre ser norteadada pela busca de sua dignidade. Àqueles que se identificam com o conceito de *queer*, nenhum direito a menos pela simples redação das leis ou interpretação dos juizes.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2001
- ALTHUSSER, L. *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985
- AUSTIN, John Langshaw. *Quando Dizer é Fazer*. E-book. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990
- BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. São Paulo: Brasiliense, 1985
- BERGER, P; BERGER, B. O que é uma instituição social?. in FORACCHI, M.; MARTINS, J de S. *Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 2004
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2008
- HART, Herbert L. A. *O Conceito do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009
- MCCANN, Michael. *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1994
- OLIVECRONA, Karl. *Law as Fact*. London: Oxford University Press, 1939. Disponível em: <<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275271>>. Acesso em: 29/07/2020
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. 2ª Edição. So Paulo: EDIPRO, 2007
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SOLON, Ari Marcelo. *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do Direito*. 2000. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000.
- STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 42277. Relator: Ayres Britto. 2011. DJ: 13/05/2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>>. Acesso em: 17/08/20210
- SUÁREZ, Mireya. A Problematização das Diferenças de Gênero e a Antropologia. *Gênero e Ciências Humanas: Desafio às Ciências desde a Perspectiva das Mulheres* (organizadora: Neuma Aguiar). Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997
- TJDFT. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: 20171610076127RSE. Relator: George Lopes. DJE: 20/04/2018. 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/Solon/Downloads/1089057.pdf>>. Acesso em: 17/08/2020
- THOMPSON, J. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. Petrópolis: Editora Vozes, 1995
- TOURAINÉ, Alain. *Na fronteira dos movimentos sociais*. Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 1, p. 17-28, jan./abr, 2006.
- VILLARRUEL-SILVA, Mário Luis. Direito e linguagem: entre tradição formativa, plexos discursivos e jogos de sentido e poder. *Direito, discurso & poder: plexos pela linguagem*. (coordenador: Mário Luis Villarruel da Silva). Niterói: PPGSD - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2016

# Capítulo XVI

Vazamento e venda de  
informações pessoais, de  
modo não autorizado, para  
fins de campanhas eleitorais

**Thainá Fernandes Carpanêda**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.



# Vazamento e venda de informações pessoais, de modo não autorizado, para fins de campanhas eleitorais

**RESUMO:** Artigo destinado à análise da proteção de dados quando da ocorrência de vazamento e mercantilização de dados pessoais, de forma não autorizada, para fins de campanhas eleitorais, tendo em vista a violação do direito à privacidade. Será estudado a candidatura do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, nas eleições de 2016; está com o auxílio da empresa *Cambridge Analytica*, após a coleta e venda de dados pessoais pela rede social — Facebook — sem que os usuários e não usuários obtivessem conhecimento. De modo a alertar e evidenciar a ausência, eficaz, da proteção de dados, tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil.

**Palavras-chave:** vazamento. venda. dados-pessoais. usuários. privacidade. proteção.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO 2 O FENÔMENO DA BOLHA SOCIAL 2.1 ORGANIZAÇÃO DAS BOLHAS SOCIAIS NAS REDES SOCIAIS 2.2 IMPACTOS, NEGATIVO, DAS BOLHAS SOCIAIS NA SOCIEDADE 3 COMERCIALIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CAMPANHAS ELEITORAIS 3.1 USO DE DADOS PARA FINS DE MARKETING ELEITORAL 3.1.1 Caso da eleição norte-americana de 2016 3.2 ILEGALIDADE DA MERCANTILIZAÇÃO DE DADOS 3.3 A COMPREENSÃO

COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL **4 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS** 4.1 DA PROTEÇÃO DE DADOS NOS EUA 4.2 DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL **4.2.1 Marco Civil 4.2.2 Lei Geral de Proteção de Dados 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS**

---

## 1. INTRODUÇÃO

Em um mundo altamente globalizado, com o avanço exorbitante da tecnologia e o “boom” das bolhas sociais, é esperado que os dados pessoais sejam, mais facilmente, fornecidos nas mídias — seja no momento de abrir uma conta, por exemplo no Instagram, ou até mesmo para se fazer um pagamento no banco. Mas o problema aparece quando esses dados pessoais — os quais os usuários acreditam que vão ser devidamente protegidos e não mais vigiados — terminam por vazarem e, até pior, serem comercializados.

Os aplicativos e sites (de modo geral) fornecem contratos de adesão, ou seja, são aqueles que não permitem mutabilidade das cláusulas ou flexibilidade — ou seja, ou os usuários fornecem os dados e aceitam as cláusulas, ou, então, não poderão utilizar do serviço — portanto, somente, uma parte exerce sua vontade de alteração das cláusulas, sendo considerado pela doutrina civilista brasileira de unilateral.

Além disto, os termos de uso do aplicativo transmitem ao usuário a segurança de que seus dados não serão monitorados ou expostos, fazendo acreditar que pode postar tudo que quiser nas mídias sociais e até mesmo tratar do que quiser, sem medo de que exposição ou utilização. A partir disso, os dados pessoais, dos usuários, são vazados e mercantilizados, por grandes empresas, para o uso em campanhas eleitorais. E foi desta forma que a vida de muitas pessoas fora afetada durante a eleição do Presidente dos Estados Unidos.

Dois anos após as eleições estadunidenses de 2016, na qual o atual Presidente, Donald Trump ganhou, os jornais — The New York Times e The Guardian — divulgaram que a *Cambridge Analytica*, empresa de análise de dados e inteligência estratégica para o processo eleitoral, obteve ilegalmente dados de cerca de 87 milhões de usuários do Facebook, no mundo todo.

O objetivo seria o uso das informações para cultivar uma maneira apta à traçar um perfil psicográfico da população americana para serem utilizados na campanha de Donald Trump, ou seja, a ideia era de entender os comportamentos dos eleitores para oferecer uma propaganda política mais direcionada e com mais chances de êxito, sendo a publicidade distribuída no Facebook em forma de anúncios patrocinados no *feed*.

As informações foram obtidas a partir de um teste de personalidade, em 2014, sendo que com o teste era possível identificar o perfil pessoal de qualquer pessoa rapidamente, como — páginas curtidas e postagens realizadas no aplicativo. O problema maior é que o teste acabava por obter dados não, somente, de quem preenchia os formulários e aceitava as condições de uso, mas de toda a rede de contato dos participantes — desta forma, atingindo potencialmente o mundo todo.

O tema, a ser trabalhado e estudado no presente artigo, é de relevância tanto juridicamente — por provocar a violação dos direitos da privacidade e dignidade humana — quanto sociologicamente, por causa insegurança no uso de determinadas plataformas, além de se fazer questionar se a democracia e a liberdade eleitoral estão sendo obedecidos.

Quando o uso da internet começa a ser dirimido por conta da constante insegurança de dados serão extraídos e comercializados, não dando aos usuários a oportunidade de consentir com isto — é gerado a violação ao direito da privacidade. O direito à privacidade é dado a todos pela Constituição Federal de 1988, devendo ser respeitado, e uma vez infringido gera o ilícito — além de provocar o descumprimento da dignidade da pessoa humana.

Esse artigo buscar analisar o vazamento e a venda de informações pessoais de maneira não autorizada, por meio das bolhas sociais (principalmente o *Facebook*), para fins de campanhas eleitorais. Com base no Marco Civil e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a legislação, ainda, não consegue acompanhar o desenvolvimento da internet, e tratar como situações como essa podem se tornar cada vez mais comum (e como, juridicamente, deve ser tratado).

O método de pesquisa que será predominantemente utilizado será o dedutivo, tendo em vista que a intenção do artigo é tratar

sobre as desempenho da proteção de dados nos Estados Unidos e no Brasil, atualmente — e estudar como essa proteção poderia ser mais eficaz. Será adotada uma abordagem, predominantemente, qualitativa, no qual haverá a interpretação e compreensão do tema, sendo observado de forma não tão participativa, mas, sim, de maneira investigativa.

A pesquisa será realizada com base em uma análise críticas entre as leis de proteção de dados americanas e brasileiras — por meio de doutrinas, artigos, obras, revistas, além de jurisprudência, súmula e leis (marco civil da internet de a lei geral de proteção de dados).

O presente artigo, tratará em seu bojo a apresentação inicial de como funcionam as bolhas sociais, demonstrando seus benefícios e malefícios. Tratará da comercialização de dados e como o marketing eleitoral se favorece por possuir facilidade para obter esses dados; e por fim demonstrará como esses dados pessoais são protegidos na contemporaneidade, além de demonstrar a falhas presentes na legislação escassa sobre o assunto e a como as normas não conseguem acompanhar a evolução tecnológicas — apresentando lacunas.

## **2. O FENÔMENO DA BOLHA SOCIAL**

O fenômeno das bolhas sociais sempre esteve presente na vida dos indivíduos, durante a história da humanidade, como forma de aproximação e envolvimento com outras pessoas que reforcem suas crenças, valores, ideologia e visões de mundo (PELLIZARI e JUNIOR BARRETO, 2019, p. 61).

Com a revolução tecnológica, ocorrida nos meos de comunicação, surgiu uma nova era denominada como Sociedade da Informação, tendo como principal característica a facilidade de acesso a informações em tempo quase que real (JUNIOR BARRETO, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 114).

Assim, a sociedade da informação favoreceu que a Internet se tornasse um catalizador, fazendo com que essas bolhas sociais, já existentes, se aproximassem de maneira mais rápida e simples — sem haver uma barreira física ou geográfica (PELLIZARI e JUNIOR BARRETO, 2019, p. 61).



Então, a distinção entre as bolhas antigas para as contemporâneas, é que na pretérita o usuário poderia se unir a uma determinada comunidade, sem influência direta de uma plataforma ou programa — como ocorre depois do advento informático, e com o crescimento da internet isso se intensifica (PELLIZARI e JUNIOR BARRETO, 2019, p. 61).

Isto é, as bolhas sociais existem em todos os lugares e podem ser formadas por pessoas ou organizações que compartilham valores e objetivos comuns; não havendo uma estrutura hierárquica (CIRIBELI e PAIVA, 2011, p. 59). Como os doutrinadores Irineu Barreto Junior, Vinicius Sampaio e Fábio Gallinaro aludem

O cenário abordado, no qual há acesso a informações e capacidade de propagação de dados ilimitados, é resultado da capacidade comunicacional aberta a todos. As novas tecnologias potencializam abundantemente a quantidade e o alcance das informações emanadas por seus usuários (JUNIOR BARRETO, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 116).

Posto isto, há de se entender que existe um sentimento de pertencimento dentro das bolhas, como se as informações e relações que são feitas com os semelhantes fossem o respaldo para que o indivíduo permaneça nessas informações limitadas fornecidas nas redes sociais<sup>1</sup>— *Facebook, Twitter, Instagram* (PELLIZARI e JUNIOR BARRETO, 2019, p. 66).

## 2.1. Organização das bolhas sociais nas redes sociais

Primeiro, é importante haver uma noção de que essas bolhas são organizadas com base nas informações pessoais de cada usuário, que formaria um grande conjunto chamado de *Big Data*<sup>2</sup>.

Segundo Lacombe (2003, p. 490), dados poderiam ser conceituados como “um conjunto de registros sobre fatos, passíveis de

- 
- 1 É importante esclarecer que as mídias sociais completam essa função direcionadora, não devendo ser confundida com rede social. As mídias sociais são meios que determinada rede social utiliza para se comunicar. As redes sociais existem em todos os lugares e podem ser formadas por pessoas ou organizações que partilham valores e objetivos comuns (CIRIBELI e PAIVA, 2011, p. 59).
  - 2 O *Big Data* é conceituado como um conjunto de dados maior e mais complexo, especialmente de novas fontes de dados, ou seja, é a capacidade tecnológica de capturar, agregar e processar um número maior e variado de dados (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

serem ordenados, analisados e estudados para alcançar conclusões”, e esses dados devidamente organizados são chamados de informação.

Quando se aplica a palavra “pessoais” ao termo “dados” surge uma personalização da definição — logo, “dados pessoais”<sup>3</sup> seriam um grupo de registros relativos a um sujeito (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Desta maneira, as bolhas sociais são separadas por meio do interesse de cada usuários, isto é, o indivíduo quando se inscreve nas mídias sociais — ou busca por algo —, ele fornece determinados dados e informações que serão utilizados para formar um perfil daquele utilizador.

O acesso aos dados pessoais dos usuários facilitou o controle dessas empresas (*Facebook, Twitter* e etc.) para saber os gostos de cada perfil (VARELA, 2013, p. 3). Assim, as bolhas se formam, por meio desses dados — que vincula e associa o indivíduo a seus pares, podendo ser visto como uma forma de “triagem” prévia.

É o que afirma Marcelo Santiago Guedes em seu artigo, a saber

Em face do envolvimento cada vez maior dos indivíduos na produção e compartilhamento da informação, há uma disponibilidade muito grande de conteúdo, que pode ou não estar associado ao interesse de cada usuário. Nesse sentido, ferramentas de busca e seleção de conteúdo se tornaram muito populares rapidamente. Estas plataformas se tornaram o principal meio de acesso e disseminação de informações da atualidade. Há uma grande parcela de pessoas que leem as informações somente a partir do Facebook e não visitam os sites das agências de notícias. (GUEDES, 2017, p. 69)

Criando o confinamento das pessoas nessas bolhas, sem que elas possam perceber que estão presas ali ou porque estão; sendo, sempre, feito de maneira sorrateira e passado despercebido — exatamente, por criar uma sensação de pertencimento, já que as pessoas encontram seus iguais e se sentem confortáveis naquele ambiente simpático a seus próprios gostos.

---

3 É importante destacar que, no Brasil, não existe uma definição legal dessa expressão, até mesmo o Marco Civil, quando trata do assunto (artigo 3º, inciso III) relega a sua regulamentação a lei específica (ALVAREZ e TAVARES, 2017)

E esses dados pessoais encontram-se em plataformas online, por toda internet e são obtidos facilmente pois, quando o usuário utiliza um aplicativo ou mídia social, este, é obrigado a aceitar o contrato fornecido pela empresa criadora do programa — ou seja, os prestadores de serviço, sempre, atuam por meio de contratos de adesão, não fornecendo aos clientes opções de instalação. (REQUIÃO, 2018).

O sujeito tem que fornecer seus dados pessoais — como nome, senhas, região, foto — em troca de usufruir de um serviço gratuito (VARELA, 2013, p. 2). Isto é, ou o sujeito aceita o que está sendo imposto a ele, ou, então, não poderá utilizar dos serviços prestados por aquele aplicativo (REQUIÃO, 2018).

Outro ponto que professor Mauricio Requião, em seu artigo, menciona

Todos estes aplicativos possuem termos de privacidade que, no mais das vezes, são simplesmente aceitos pelos usuários sem maior análise. Acontece que em alguns casos, como no do Telegram, ainda que o usuário se preste a ler aquilo a que adere, os termos de privacidade acessíveis diretamente pelo aplicativo se encontram apenas em inglês (REQUIÃO, 2018)

Ademais, é bem comum, nos tempos atuais, o uso de longos e complexos contratos, termos de aceite, políticas enormes e abastado de termos técnicos e que muitas vezes tornam a leitura quase impossível; a maioria dos usuários ao se depararem com contratos e documentos assim, vão direto para o “eu aceito”, sem se dar ao trabalho de ler — tornando completamente desconhecidos a esses termos e políticas de tratamento de dados (SANSANA, 2018, p. 16).

E a partir da disponibilidade desses dados por parte do usuário, essas informações encontram-se em domínio da plataforma que as pediu, restando aos sujeitos acreditar na contraprestação do serviço, ou seja, que sua privacidade está devidamente protegida, o que em sua maioria não é respeitado. (REQUIÃO, 2018).

Por conta da capacidade de processamento informacional, adquirida pela mineração de dados de navegação e comportamento na internet, certas plataformas como — *Google* e *Facebook* — tem grande capacidade de atração de recursos destinados à publicidade (GUEDES, 2017, p 69). Gerando determinados impactos durante a utilização dessas plataformas sociais.

## 2.2. Impactos, negativo, das bolhas sociais na sociedade

É importante explicar, mesmo que de forma breve, já que não é o objeto do artigo, alguns impactos negativos causados por essas bolhas, pois o fenômeno da bolha social é importante para que possa ser analisado o crescimento e desenvolvimento de uma sociedade atualizada e globalizada. Mas da mesma forma que essa tecnologia veio como forma de ajudar e facilitar a vida humana — ela, também, agregou impactos negativos nas sociedades atuais.

A sociedade tecnologicamente desenvolvida alterou a maneira como consome informação, utilizando cada vez mais uma estrutura em rede e com base em mídias sociais (GUEDES, 2017, p.69). Segundo a Forbes (2018 *apud* Pew Research) indica que o poder das redes sociais é tão grande que o número de usuários ativos nesses ambientes em todo mundo alcance certa de um terço da população total da Terra, até 2021.

Ainda segundo a mesma pesquisa, boa parte do público jovem utiliza as redes sociais como forma de bisbilhotar a vida alheia, ainda mais com o intuito de se expor — por meio de fotos, publicações e status.

Além disso, o conforto e limitação ofertado pela bolha social prejudica não só aquele indivíduo, especificamente, mas a sociedade como um todo, que cada vez mais se separa e se polariza. Sendo representada como os que são visto como iguais contra aqueles que possuem o pensamento diferente e, automaticamente, estão errados. (PELLIZARI e JUNIOR BARRETO, 2019, p. 66); ou seja, o efeito bolha ocasiona, então, o impacto negativo na formação da opinião e no direito à informação, pois restringe o acesso ao contraditório (GUEDES, 2017, p. 70).

Ademais, a rede está repleta de pessoas mal-intencionadas que cometem cyberbullying (intimidação pessoal), além de perfis falsos, blogs anônimos — sendo formas encontradas pelos agressores virtuais para atacar suas vítimas (CIRIBELLI e PAIVA, 2011, p. 65).

Dessa forma, pode-se pensar que existam dois impactos mais importantes, ocasionados pelo uso das redes sociais e pelo fornecimento de dados pessoais, são o vazamento e comercialização

dessas informações pessoais. Ocorre que, quando os usuários disponibilizam esses dados pessoais para que consigam utilizar uma plataforma ou aplicativo, os operadores desses sistemas pegam essas informações e vendem para grandes empresas interessadas.

É a partir desse vazamento e venda, feito pelos operadores das plataformas, que surgem as propagandas personalizadas e específicas, ou seja, as propagandas, em determinadas plataformas, sendo feita a partir de um interesse direcionado ao usuário, baseado em seus gostos pessoais. Gerando uma manipulação para com aquele utilizador, porque as redes sociais ao selecionar os conteúdos vinculados aos interesses de cada usuário e a experiência desse indivíduo restringe o acesso a demais conteúdos que venha a divergir de seus interesses (GUEDES, 2017, p. 70).

Por exemplo, a forma como a *time line* do Facebook se configura, fazendo com que os anúncios sejam sempre personalizados de acordo com cada perfil — isto é, são dificilmente ofertas pelas quais o perfil não se interessa; surgem promoções sem que o usuário tenha ido em busca (VARELA, 2013, p. 6).

Como afirma Marcelo Martins e Victor Tateoki em seu artigo, nesse sentido

Isso ocorre, por exemplo, quando alguém utiliza certos serviços aparentemente gratuitos, tais como as diversas ferramentas de busca disponíveis na internet, ou mesmo quando visita sites lojas virtuais e lá pesquisa certos e determinados itens. Não é raro que pouco tempo depois, o usuário receba propaganda eletrônica a respeito dos produtos pesquisados na rede pouco antes (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 139)

Neste contexto, não é estranho que as várias plataformas digitais comecem a disponibilizar um conteúdo mais individualizado, específico, ou seja, em compasso com gostos e preferências dos usuários, com o intuito de prender por mais tempo a atenção do usuário (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 139).

O usuário não possui o conhecimento dos que está sendo feita da suas informações pessoais, perde o controle sobre seu ciclo social e passa a ser controlado pelo algoritmo de um programa — que vai classificar cada ação feita e escolher as pessoas que mais se enquadram aos atos dos usuários (PELLIZARI e JUNIOR, 2019, p. 62).

### **3. COMERCIALIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CAMPANHAS ELEITORAIS**

Conforme foi brevemente apresentado, os dados são fornecidos pelo usuário como forma de se vincular a uma determinada plataforma, ou seja, só será possível utilizar da rede social caso seja autorizada, por parte do cliente, a apropriação de seus dados.

Haja vista que o problema surge quando essas informações não mais ficam arquivadas ou não vão, simplesmente, sendo descartadas — mas, sim, quando começam a ser disponibilizado e mercantilizados para grandes empresas, com o intuito de produzir lucro tanto para as entidades que os vendeu quanto para que os comprou (como é o caso do surgimento das propagandas específicas de interesse de cada usuário).

O que se quer sugerir é que existe uma vigilância, mesmo que seja, somente, um comando algoritmo, mas que acessa esses dados e tem permissão legitimada para se apropriar deles (VARELA, 2013, p. 3).

Há uma explicação simples sobre o que seria essa extração e como esses dados são vistos por essas plataformas, descrita por Shoshana Zuboff

Em primeiro lugar, e de forma mais óbvia, a extração é um processo unidirecional, e não um relacionamento. A extração tem por conotação “tomar algo” em vez de “entregar” ou de uma reciprocidade de “dar e receber”. Os processos extrativos que tornam a Big data possível normalmente ocorrem na ausência de diálogo ou de consentimento, apesar de indicarem tanto fatos quanto subjetividades das vidas individuais. Essas subjetividades percorrem caminhos ocultos para agregação e descontextualização, apesar de serem produzidas como íntimas e imediatas, ligadas a projetos e contextos individuais. Na verdade, é o status de tais dados como sinais de subjetividades que os tornam mais valiosos para os anunciantes. Para a Google e outros agregadores de big data, no entanto, os dados são apenas bits. As subjetividades são convertidas em objetos que reorientam os subjetivos para a mercantilização. (ZUBOFF, 2018, p. 33-34).

A privacidade dentro de uma rede social é uma questão melindrosa, pois ao tempo em que as informações expostas nela são de caráter pessoal, esses mesmos dados estão disponíveis a um ema-

ranhado de perfis que podem se apropriar, monitorar e visualizar (VARELA, 2013, p. 1).

É desta forma que diversos anúncios aparecem em aplicativos, quando o indivíduo estava comentando sobre eles ou em busca de produtos como aqueles nas redes. As informações que os sujeitos pesquisam demonstram as características de cada um desses indivíduos, sendo que esses dados são prontamente comercializados para anunciantes que vão saber qual o tipo de objetos pode ser ofertado.

O *The New York Times*, em 2012, publicou uma reportagem que tratava sobre como as companhias descobrem os segredos dos consumidores. Segundo a matéria, houve um software capaz de prever quando uma pessoa estava grávida somente com análise de compras de loções em geral ou outras pesquisas, compras etc. Assim conseguiria ofertar produtos direcionados para as clientes, manipulando suas compras no futuro (DA SILVEIRA, 2017, p. 11).

Destarte, o volume de *big data* é armazenado e vendido para anunciantes, no qual houve a modificação do mercado capitalista ao passo de depender de uma microeconomia da interceptação de informações pessoais (DA SILVEIRA, 2017, p. 11).

### **3.1. Uso de dados para fins de marketing eleitoral**

Em um ambiente pluralista, onde ideias e concepções interagem em equilíbrio, é importante para o exercício da democracia o indivíduo formar um convencimento mais consciente, possuindo diversas opções e proposições de várias índoles políticas (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 140). Só que o problema é a bolha virtual <sup>4</sup>, onde acabam se formando grupos separados que não procuram, ou não compreendem e criam mais conflitos entre uns e outros.

A internet permitiu que cada pessoa expressasse e distribuisse, de forma livre e sem censura, suas ideias, opiniões e relatos do que quer que seja. Não precisa de um intermediário — como jornais ou revistas — entre uma pessoa e uma informação, pois ele tem acesso a todo de conteúdo, mesmo que duvidoso; surgindo as chamadas *fake News* (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 141).

---

4 Abordado no item 2

Isto é, se por um lado existe, nos dias atuais, a democracia comunicacional decorrente da capacidade de emissão e recepção de informações em grande escala — por outro lado há os perigos de acessar informações não somente por meios profissionais, mas por qualquer pessoa; assim, não existe um filtro informacional. Tudo pode ser publicado e perpetuado no ciberespaço, mesmo que contra a vontade de outrem (JUNIOR BARRETO, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 116-117).

Os professores Marcelo Martins e Victor Tateoki define *fake News* como sendo

São supostas notícias que tentam se passar por matérias jornalísticas dignas de confiança, mas que, em diversos graus, propagam informações inverídicas, distorcem fatos ocorridos ou mesmo opiniões emitidas por alguém. Não se confundem as *fakes news* com os boatos (ou *hoax*) que, em suma, “são informações que não foram verificadas, têm origem desconhecida e, mesmo assim, circulam como se fossem verdadeiras”. Ou seja, a diferença entre a *fake news* e os boatos é o modo como são produzidos: as *fakes news* já surgem com a intenção de enganar e os boatos não necessariamente. (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 141)

Tratando de maneira breve esse ponto, tendo em vista não ser o objeto desse artigo, é possível ter dois motivos para a produção de *fake news*. O primeiro seria a índole política, ou seja, tentar convencer ou polarizar questões sociais relevantes para o benefício de um (ou algum grupo político) — conseguindo mais votos em detrimento dos adversários — e o outro ponto seria questão econômica (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 142).

Então, é por conta do benefício de conseguir dados pessoais, que certas campanhas eleitorais, que possuem uma grande necessidade de investimento em propaganda, começaram a demonstrar interesse nesse tipo de serviço. Esse avanço tecnológico traz consigo a chance de manipulação da vontade dos eleitores para votarem nesse ou naquele candidato (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 138).

Como o foco do artigo é tratar do uso de dados em campanhas eleitorais, deve-se apegar aos primeiros motivos — índole política — para a produção de *fake news*. Tratando das eleições norte-americanas de 2016, entre Hilary Clinton e Donald Trump.



### 3.1.1. Caso da eleição norte-americana de 2016

A *Cambridge Analytica* é uma empresa de *marketing* inglesa cuja especialidade é averiguar grandes quantidades de informações pessoais para produzir estratégias aparentemente mais eficazes a serem aplicadas em campanhas publicitárias de várias ordens, sejam meramente comerciais, ou de índole política. Essas análises implicavam na associação de elementos da ciência comportamental com tecnologia de propagandas guiadas pelo prévio exame de dados (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 144).

Em 2018, foi noticiado que a *Cambridge Analytica* teve acesso as informações pessoais de mais de 50 milhões de usuários do *Facebook*, que foram utilizados em 2016 para conduzir e influenciar as eleições presidenciais norte americanas — que ocasionou a vitória de Donald Trump (GOGONI, 2018).

Os dados foram obtidos por meio de um aplicativo, chamado *thisisyourdigitallife*, sendo que os utilizadores deveriam concordar em ceder dados e informações pessoais — que, posteriormente, foram repassadas para a *Cambridge* (DEMARTINI, 2018).

A *Cambridge* utilizou de conhecimentos teóricos das ciências comportamentais para reconhecer diversos parâmetros de personalidade existentes na imensa base de dados colhidos e, com isso, criou uma campanha eleitoral específica para cada usuário — para o que eles chamavam de “manipuláveis” — que seriam aqueles mais propícios a modificar seu voto (GOGONI, 2018).

Um das bases para o engenho foram as “curtidas” deixadas pelos utilizadores do no *Facebook*, bem como pesquisas, aparentemente, sem maiores repercussões. Assim, Trump e sua equipe eleitoral conseguiram montar perfis de personalidade de eleitores potencias de forma mais eficiente que seus concorrentes (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 145).

Além dos perfis criados para aqueles que utilizaram do aplicativo *thisisyourdigitallife*, a *Cabridge Analytica* conseguiu acesso a todos amigos e conhecidos das pessoas que participaram do quiz, ou seja, conseguindo hackear e mercantilizar mais de 87 milhões de informações pessoais.

### 3.2. Ilegalidade da mercantilização de dados

Tratando de forma breve sobre a ilegalidade por trás do uso de dados para as campanhas eleitorais, ao mesmo tempo que essa *big data* (ou rede de dados) expande a potencialidade de poderio do governo; de outro lado cresce a responsabilidade do Estado, diante da necessidade de proteção da privacidade e direitos da população (TAVARES, 2017)

Desta forma, a distribuição de dados e a sua mercantilização gera a violação do direito à privacidade<sup>5</sup>, que por consequência ocasiona a infringência do direito a dignidade da pessoa humana e os aplicativos têm por obrigação prezar pela proteção de dados e obedecer à lei que determina isto; como consta no artigo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, dispõe no artigo 2º que “A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade”.

O professor Mauricio Requião, em seu artigo, menciona

Recentemente tive a oportunidade de coordenar pesquisa, de que participaram também alguns discentes da graduação, sobre os termos de privacidade dos aplicativos Facebook, Instagram, WhatsApp e Telegram, que confirmou a hipótese inicialmente fixada, de como, no tocante à proteção da privacidade dos usuários, não atendem a tudo que deveriam nos termos do Marco Civil da Internet. (REQUIÃO, 2018)

Melhor dizendo, por mais que o usuário concorde com disponibilização e apropriação de seus dados pessoais, alguns aplicativos — como *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp* e *Telegram* — não possuem em seu termo de privacidade cláusula, explícita ou implícita, que o autorize a divulgação e comercialização dessas informações pessoais. Ou seja, o usuário não legitimou esse ponto.

Enquanto que existem outros aplicativos que apresentam políticas mais protetivas da privacidade; como é o caso do *Telegram* que chega a afirmar que nunca forneceu *byte* algum de informação a terceiros e que não cederá dados nem mesmo aos governos —

5 A privacidade é um direito fundamental da primeira dimensão disposto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, que estabelece que “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”

contrariando as disposições do Marco Civil da Internet (REQUIÃO, 2018). Então, os doutrinadores Irineu Barreto Junior, Vinicius Sampaio e Fábio Gallinaro afirma que

Com isso, a possibilidade de agressão a direitos também se elevou. A internet passou não somente a ser uma rede que interliga dispositivos eletrônicos de qualquer parte do planeta, mas um segundo mundo, virtual, no qual não haveria regras, mesmo com incidência normativa sobre ele. Haveria uma possibilidade de anonimato como nunca antes, que daria vazão a uma excessiva vulneração de valores, notadamente a privacidade. (JUNIOR BARRETO, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 115).

Ademais, tem que se considerar, ainda, a responsabilidade destas empresas pelos dados pessoais coletados dos usuários, devendo qualquer dano ser suportado por quem coleta e armazenas essas informações (REQUIÃO, 2018). Desta forma, ocorrendo a disponibilização e comercialização de dados pessoais não autorizados, e muito menos informados, acarretará responsabilização por danos morais.

Isto posto, a extração e a venda dessa big data provoca na sociedade um extremo desconforto e insegurança no momento em que for utilizar as mídias sociais, tendo em vista que, estas, não sabem se poderão contar com sistema jurídico por haver ainda lacunas e por não saber se essas plataformas irão respeitar o que é determinado pela lei.

#### **4. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Porquanto a Internet potencializou a análise, coleta, utilização e transmissão de informações pessoais de forma inteligível, acessível e com baixo custo, também, aumentou a apreensão com relação ao grau de proteção fornecida a esses dados por quem possui (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Não é possível negar que existe um liame entre os dados pessoais deixados pela navegação na internet e a privacidade e essa ligação despertou a atenção de legisladores ao redor do mundo (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 140).

E, assim, houve o despertar da indispensabilidade de proteção do proprietário dos dados, especialmente porque o trato inadequa-

do as informações pessoais podem infringir a privacidade, particularidade e demais direitos fundamentais da pessoa humana (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Desta maneira, a proteção de dados pessoais tem como propósito a defesa da privacidade do usuário (SANSANA, 2018, p. 10). Ou seja, o propósito da proteção é o indivíduo e não suas informações em si. Isto porque essas informações dizem respeito à intimidade e privacidade do ser humano, sendo que esses direitos são de caráter fundamental no Brasil, abrigados pela Constituição Federal (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Diante do crescimento de ameaças, os sistemas jurídicos dos países começaram a montar normas de proteção de dados, em vários níveis, inclusive conferindo ao usuário controle acerca de quais informações, limites para compartilhamento e utilização de terceiros (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 146).

Sendo, atualmente, a proteção de dados pessoais considerada, em diversos ordenamentos jurídicos, como uma ferramenta importante para a proteção da pessoa humana, e como um direito fundamental (DONEDA, 2011, p. 92).

#### **4.1. Da proteção de dados nos EUA**

Para explicar e entender de maneira breve como funciona a proteção de dados nos Estados Unidos, é preciso explicar que existem modelos para a regulamentação em termos de proteção de dados pessoais.

De acordo com Ryan Moshell (2005, p. 366/367), há quatro modelos para regulamentação em associação a proteção de dados pessoais, sendo que esses modelos não são específicos, mas ocasionalmente são complementares ou até contraditórios a depender da aplicação fornecida a eles.

Deste modo, para o autor, I) o modelo compreensivo, determina que leis gerais de proteção de dados pessoais, aplicáveis aos setores privado e público; II) o modelo setorial tem por interesse setores específicos, ou seja, setores que demonstraram serem danosos à privacidade da pessoa; III) o modelo de autorregulação antevê a determinações de fiscalização e condutas mútua pelas empresas e indústrias; IV) o modelo de uso de tecnologias para

proteção da privacidade pela própria pessoa, autoriza ao indivíduo administrar a transmissão e distribuição de suas próprias informações pessoais.

Então, analisando cada um dos modelos e a forma de organização dos Estados Unidos, é possível dizer que o governo americano optou por um modelo híbrido, tendo um aspecto setorial e outro autorregulatório (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

O governo americano absteve-se de regradar a utilização de dados pessoais de modo exaustivo, autorizando que empresas e associações, e isso ocorreu porque os americanos possuem maior ceticismo com relação ao governo, e maior apreço a tecnologia e ao comércio (FROMHOLZ, 2000, p. 461).

Letícia Tavares e Bruna Alvarez (2017) afirmam em seu artigo que, nos Estados Unidos, o direito à privacidade (*right to privacy*), não se encontra, explicitamente, disposto na Carta Magna e deriva de interpretação jurisprudencial, possuindo três aspectos:

I) O direito de não interferência (*right to left alone*), não dispondo de status constitucional — que protege o indivíduo da aquisição e dispersão, não autorizada, de dados pessoais; II) a previsão na quarta emenda da Constituição americana, garante a inviolabilidade de sua moradia, de seus bens e objetos pessoais em face do Estado; III) o direito de tomar decisões de caráter pessoal ou íntimo, a defender o indivíduo contra a interferência do Estado nas preferências e decisões de caráter reservada ou personalíssima.

Desta forma, muito embora a propensão pela proteção da privacidade esteja conectada aos regimes liberais, que de modo geral optam pela regulação laboriosa da proteção de informações pessoais — nos Estados Unidos, a proteção legal se demonstra fraca, por haver uma fragmentação do direito à privacidade, e a falta de previsão expressa do direito na sua Carta Magna; culminando na ausência de uma legislação compreensiva no que se trata da proteção de dados (MOSHELL, 2005, p. 373).

## 4.2. Da proteção de dados no Brasil

É por conta de fatos como vazamento e comercialização de dados, que tem se tornado cada vez mais comum, que acordaram a população para a urgência de um marco legal, tendo em vista que

o Brasil dispõe de tímidas menções à proteção de dados pessoais em legislações espalhadas (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Na análise do ordenamento brasileiro, o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não procede de uma articulação explícita e literal, mas da consideração dos riscos que o tratamento mecanizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada (DONEDA, 2011, p. 103)

Melhor dizendo, por não possuir uma norma específica regramdo a proteção de informações pessoais, há de se debruçar na Constituição e demais normas brasileiras em busca de extrair de forma genérica menções espalhadas sobre o assunto. Pois, como fora dito, a proteção de dados está intimamente conectada ao direito à privacidade, que possui refúgio no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Assim, antes do estabelecimento de consensos e conscientização dos usuários quanto ao uso apropriado da internet, o Marco Civil adquire principal relevância, significado e aplicabilidade na atenuação de conflitos provenientes da socialização humana em meio digital (JUNIOR, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 115).

A necessidade de determinar regras claras e específicas para a proteção da privacidade e da intimidade pareceu ser, na época, o impulso necessário para acelerar a votação do Marco Civil no Congresso Nacional (BEZERRA, 2014, p. 162). Ou seja, o avanço mais relevante surgiu com a entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), em 23 de abril de 2014 (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Mais recentemente, foi editada uma lei mais específica, que trata diretamente sobre a proteção de dados — chamada de Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709), porém só entrará em vigência em agosto de 2020, mas pode ser prorrogada para janeiro de 2021.

#### 4.2.1. Marco Civil

O Marco Civil da Internet foi uma iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça em parceria com o

Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

É a primeira proposta de marco civil do mundo, sendo uma espécie de “constituição da internet” — por conta do seu conteúdo principiológico, delimitador de diretrizes gerais para o regramento das indagações decorrentes da relação entre o direto e a internet (ALVAREZ e TAVARES, 2017). O marco civil estabelece direitos, princípios, deveres e garantias dos usuários, dos prestadores de serviço e do poder público, e por isso diz-se que é uma norma “pró-direitos” e “pró-inovação” (LE MOS, 2014, p. 8).

Como alude os professores Irineu Barreto Junior, Vinicius Sampaio e Fábio Gallinaro (2018, p. 125), o Marco Civil reafirma o alinhamento brasileiro com a internacionalização dos direitos humanos e aponta às contradições entre direitos fundamentais e absolutos, ao assegurar a liberdade de expressão, configurada pela proteção da privacidade e dos dados pessoais dos usuários da rede.

O objetivo basilar é garantir os interesses dos usuários e promover a cidadania; por isso foi desenvolvido de forma colaborativa com a participação de vários segmentos da sociedade civil (SEGURADO, 2015, p. 1559).

Verifica-se uma grande preocupação do legislador no que trata da proteção de registros, dos dados pessoais e das comunicações privadas, em consonância com o que dispõe a Carta Magna; possuindo três pilares que sustentam a Lei 12.965/14 — neutralidade de rede, privacidade dos usuários e a liberdade de expressão (JUNIOR, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 118).

Além disso, o marco civil chegou a abordar a proteção de dados pessoais na internet, partindo da asserção de que os indivíduos são titulares de suas próprias informações pessoais, determina diretrizes para o consentimento na coleta de dados — demandando que os dados sejam coletados somente para a finalidade das atividades prestadas e, também, destaca a relevância da transparência nas políticas de privacidade (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

Como afirma os doutrinadores Irineu Barreto Junior, Vinicius Sampaio e Fábio Gallinaro da seguinte forma

A preocupação com a privacidade do usuário é evidenciada no Marco Civil, assim, o inciso VII do artigo 7.º, determina que é vedado o: “fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, in-

clusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; (Lei 12965/2014)”. Assim, dados coletados do internauta “não poderão ser repassados a terceiro, salvo se houver a inequívoca autorização para tanto.”. Não obstante, é direito do usuário consentir prévia e inequivocamente quanto a coleta, armazenamento e tratamento dos seus dados, conforme disciplinam os incisos VIII e IX, do mesmo artigo (JUNIOR, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 127).

Assim, Junior, Sampaio e Gallinaro termina o raciocínio deste ponto

[...] Entende-se correto o consentimento genuíno do usuário, sobretudo quando expresso, livre, específico e informado. É cediço que, conforme asseveram os professores, os prestadores de serviços no ambiente virtual, na maioria das vezes, não proveem a possibilidade de atendimento ao dispositivo. Isso porque a mera condição de clicar em um botão com a legenda “Li e aceito os termos de uso”, obviamente, não é suficiente a esta condição. (JUNIOR, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 128).

Todavia, exatamente por conta do caráter global da rede, essas medidas legais de proteção perdem efetividade já que não são acompanhadas dos devidos avanços da tecnologia (BEZERRA, 2014, p. 169).

Melhor pontuando, na prática essa lei não tem tanta efetividade quanto a essa proteção, pois, como muitas pretensões normativas, trata-se de uma lei diretiva — que consubstancia o ânimo legislativo do país (JUNIOR, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 117).

O marco Civil mostra-se acanhado, deixando de definir, por exemplo, o que seriam dados pessoais e nem ao menos distinguindo essa expressão de dados sensíveis (TAVARES, 2017). O que se analisa, portanto, é a impossibilidade da real efetivação das proteções fundamentais ao cidadão, por afigurar normas maleáveis e cedentes a orientação política (JUNIOR, SAMPAIO e GALLINARO, 2018, p. 125).

Ademais, o diploma legal citado não antevê direito de acesso ou de retificação de dados pessoais, não abordando das transmissões internacionais de tais dados, nem mesmo dispondo a respeito de uma autoridade fiscalizadora, necessária para a efetiva super-



visão e aplicação do direito fundamental à privacidade (ALVAREZ e TAVARES, 2017).

#### 4.2.2. *Lei Geral de Proteção de Dados*

Inicialmente, é preciso destacar que a análise sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) será breve, visto que não há, ainda, a sua aplicabilidade em casos concretos ou a sua eficácia — já que só entrará em vigor em agosto de 2020 ou em janeiro de 2021.

A Lei Geral de Proteção de Dados — Lei 13.709 — regulamenta como serão tratados os dados pessoais no Brasil. Essa norma criou, entre diversas medidas, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 141).

Estipulou diversas obrigações a empresas que colhem dados pessoais em ambientes, ou seja, as empresas dos setores público e privado deverão se alinhar as práticas de coleta, utilização, tratamento e armazenamento dos dados pessoais de seus empregados (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 141).

Além disso, estabeleceu direitos aos titulares desses dados, bem como implantou um sistema de responsabilidade administrativa e judicial específico para a área.

Alexandre Sansana afirma que

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, Lei 13.709/2018 nos traz as hipóteses em que o dado pessoal poderá ser tratado e uma delas é o consentimento. A lei estabelece a definição de consentimento em seu artigo 5, inciso XII, que define o consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Podemos a priori, concluir que a prática de dificultar o entendimento do usuário, citadas acima estão com os dias contados (SANSANA, 2018, p. 16-17).

É importante destacar que o consentimento foi previsto, pela primeira vez, no Marco Civil da Internet e analisando a Lei Geral de Proteção de Dados é possível verificar vários requisitos relacionados ao consentimento (SANSANA, 2018, p. 17).

Ela dispõe em seu artigo 7, inciso I que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado “mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”. Mais adiante, no artigo 8 da LGPD,

estabelece que o consentimento deverá ser “por escrito ou outro meio que demonstre a vontade do titular”; se por escrito a cláusula de autorização deverá constar em separado, ou seja, o legislador quer evitar que o consentimento esteja em cláusula escondidas (SANSANA, 2018, p. 18).

A LGPD veda autorizações genéricas e impõe que o consentimento deve obter finalidade determinadas, assim dizendo — o legislador tem intenção de salvaguardar o titular de usos indevidos de seus dados, tendo, o controlador, que manter informações claras sobre qual o uso da informação e para qual propósito será utilizada (SANSANA, 2018, p. 19).

Outro ponto a ser destacado é que, o titular dos dados pessoais poderá revogar ou alterar o seu consentimento, a qualquer tempo, devendo o controlador manter meio fácil de acesso, sendo vedado ao controlador dificultar, atrapalhar ou ainda criar empecilhos para evitar a revogação de tal consentimento (SANSANA, 2018, p. 19).

Portanto, a Lei Geral de Proteção de Dados é um ponto alto na legislação brasileira e traz importantes novidades (SANSANA, 2018, p. 23). Restando aguardar a entrada em vigor plena da norma para que seja possível expor juízo acerca de sua eficácia prática (MARTINS e TATEOKI, 2019, p. 141).

## 5. CONCLUSÃO

A Sociedade da Informação proporcionou que a transmissão de dados, ideias e conhecimento, principalmente por meio da utilização de redes eletrônicas (como *Internet*), alcançassem níveis gigantescos — tanto em volume e velocidade de transmissão, quando em relação ao universo de indivíduos que participam dessa circunstância dinâmica.

A evolução da tecnologia vem exercendo grande influencia sobre o comportamento humano, principalmente quando se fala em uma sociedade em rede. Apesar de todas as vantagens trazidas pela comunicação em massa, traz consigo o problema dos dados pessoais deixados pelos utilizadores das redes.

Em muitos casos, essas informações são compostas de dados de caráter pessoal, acessíveis a terceiros que poderão utiliza-los

para diversas finalidades. Não se restringindo apenas a comerciais, mas, também, políticas — por meio de uma fortuita manipulação do eleitorado, através de propaganda eleitoral digital dirigida a grupos específicos.

Nesse sentido, é necessário encontrar meios pelos quais possa ser alcançada, ou ao menos aproximar, de um equilíbrio entre as garantias constitucionais do direito à privacidade e o acesso à dados privados dos usuários na internet. O liame existente entre o direito à privacidade e a proteção de dados é essencial, não somente para os indivíduos, mas para a conservação da sociedade civilizada, do pluralismo e da própria democracia.

Assim, por mais que, atualmente, exista a presença do Marco Civil da Internet, não há como afirmar que esse instrumento legislativo sirva de forma eficaz, porque é possível afirmar que a legislação é obscura e falha em vários aspectos relacionados à proteção de dados pessoais, não sendo o bastante à ampla proteção do direito fundamental à vida privada.

O simples conceito acrescido de privacidade adicionado a uma lei lacunosa e dispersa sobre o assunto, não mostra ser o bastante para evitar abusos e nem sana a expectativa dos brasileiros em relação à proteção de dados. E com as recentes violações de dados pessoais noticiados pela imprensa brasileira acarretam na sociedade a consciência com relação a importância da proteção de dados pessoais, tendo, a população brasileira, se mostrado cada vez mais preocupada com a insegurança ocasionada pela ausência de regulamentação.

Ademais, o Brasil, como muitos países, as leis não conseguiram acompanhar a tecnologia, permitindo lacunas significativas, em relação a proteção de dados; assim, com o atraso enorme, o país, ainda, não possui uma norma específica que aborde sobre o assunto, não alcançando o grau de adequação necessário. Embora, reconheça a importância do Marco Civil da Internet, esta lei não concede nível de proteção necessário para abranger aos dados pessoais.

É importante destacar que o Brasil não desfruta de uma autoridade específica para a proteção de dados, o que complica a supervisão e aplicação das previsões legais, especialmente em caráter preventivo, colocando, tal tarefa, sob o crivo do Poder Judiciário, que age de maneira repressiva

E por mais que já exista uma lei específica para isto, que seria a Lei Geral de Proteção de Dados, está ainda não se encontra em vigência, até o presente momento desse artigo — não sendo possível demonstrar ou argumentar sobre como é o seu funcionamento na prática; devendo ser assumido que a ausência de regulação específica e compreensiva sobre o assunto gera insegurança jurídica.

Então, uma norma específica e abrangente sobre proteção de dados, bem como a criação de uma autoridade autônoma para efetuar a fiscalização do cumprimento dessa norma exclusiva, afigura-se essencial e inevitável para manutenção da privacidade da população brasileira e para estabelecimento da segurança jurídica, não somente para os indivíduos, mas, também, para as pessoas jurídicas que usam o tratamento de dados no dia a dia; pois sem isso o proprietário das informações estaria desprotegido e não desfrutaria de remédios legais para sanar eventuais prejuízos.

Nesse sentido, espera-se que o legislativo brasileiro, assimilando a relevância e importância da proteção de dados para a população brasileira, passe a acompanhar mais rapidamente a evolução da tecnologia.

## REFERÊNCIAS

- BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. *Privacidade, neutralidade e inimputabilidade da internet no Brasil: Avanços e deficiências no projeto do marco civil*. **Revista Eptic Online**, Aracaju, Sergipe, v.16, mai./ago. 2014, p. 161-175. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/epitic/article/download/2276/1954>. Acesso em: 23 de junho de 2020
- BRASIL. **Lei 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF. 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: 23 de junho de 2020
- CIRIBELI, João Paulo; PAIVA, V. H. P. *Redes e mídias sociais na internet: realidades e perspectivas de um mundo conectado*. **Revista Mediação**, Belo Horizonte, v. 13, n 12, 2017, p. 57-74. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/mediacao/article/download/509/504>. Acesso em: 23 de junho de 2020
- DEMARTINI, Felipe. *Campanha de Trump usou dados de 50 milhões de usuários do Facebook*. **Revista Canaltech**, 19 de março de 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/campanha-de-trump-usou-dados-de-50-milhoes-de-usuarios-do-facebook-110156/>. Acesso em: 23 de junho de 2020

DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*.

**Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, 2011, p. 91-108. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 23 de junho de 2020

FORBES. *7 problemas das redes sociais na vida dos jovens*. **Revista Forbes**, 11 de junho de 2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2018/06/7-problemas-das-redes-sociais-na-vida-dos-jovens/>. Acesso em: 23 de junho de 2020

FROMHOLZ, Julia M. ***The European Union Data Privacy Directive***. Berkeley Technology Law Journal, v. 15, 2000, p. 461.

GOGONI, Ronaldo. *O maior roubo de dados da história do Facebook que ajudou a eleger Donald Trump*. **Revista Terra**, 23 de junho de 2018. Disponível em: <https://meiobit.com/381701/facebook-cambridge-analytica-roubo-dados-ajudou-campanha-donald-trump-e-brexit/>. Acesso em: 23 de junho 2020

GUEDES, Marcelo Santiago. *Os impactos do efeito bolha causado pelos algoritmos do Facebook para o direito de resposta*. **Revista Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 16, n. 50, 2017, p. 67-85. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/os-impactos-do-efeito-bolha-causado-pelos-algoritmos-do-facebook-para-o-direito-de-resposta/at\\_download/file](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/os-impactos-do-efeito-bolha-causado-pelos-algoritmos-do-facebook-para-o-direito-de-resposta/at_download/file). Acesso em: 23 de junho de 2020

JUNIOR BARRETO, I. F. *Dados pessoais na internet: análise do seu status enquanto mercadoria na sociedade da informação*. In: 41º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS

GT02 CIBERPOLÍTICA, CIBERATIVISMO E CIBERCULTURA. 2016, São Paulo. **Anais eletrônicos** [...]. São Paulo: ANPOCS, 2016. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro-2/gt-30/gt02-25/10599-dados-pessoais-na-internet-analise-do-seu-status-enquanto-mercadoria-na-sociedade-da-informacao/file>. Acesso em: 23 de junho de 2020

JUNIOR BARRETO, I. F.; SAMPAIO, V. G. R.; GALLINARO, F. *Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, 2018, p. 114-133. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/download/835/502>. Acesso em: 23 de junho de 2020

LACOMBE, Francisco José Masset et. al. ***Administração Princípios e Tendências***. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEMOS, Ronaldo. ***Marco Civil da Internet***. São Paulo: Atlas, 2014.

- MARTINS, Marcelo G.; TATEOKI, Victor A. *Proteção de dados pessoais e democracia: fake news, manipulação do eleitor e o caso da Cambridge Analytica*. Volume 7, número 3. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, 2019. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5610/pdf>. Acesso em: 23 de junho de 2020
- MOSHELL, Ryan. ***And there was one: the outlook for a self-regulatory United States amidst a global trend toward comprehensive data protection***. Texas Tech Law Review, v. 37, 2005.
- PELLIZARI, B. H. M.; JUNIOR BARRETO, I. F. *Bolhas sociais e seus efeitos na sociedade da informação: ditadura do algoritmo e entropia na internet*. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Belém, v. 5, n. 2, 2019, p. 57-73. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/download/5856/pdf>. Acesso em: 23 de junho de 2020
- REQUIÃO, Maurício. *É preciso entender os prejuízos da contínua violação à privacidade na Internet*. **Revista Consultor Jurídico**, 1 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-01/direito-civil-atual-preciso-entender-prejuizosviolacao-privacidade-internet>. Acesso em: 23 de junho de 2020
- SANSANA, Alexandre Gomes. ***Privacidade, consentimento, legítimo interesse e a nova lei geral de proteção de dados pessoais***. 2018. Monografia (Graduação) – Insper
- LLC em Direito Empresarial, 2018.
- SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S. ***Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. História, Ciências, Saúde*** – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.22, supl., dez. 2015, p.1551-1571. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v22s0/0104-5970-hcsm-S0104-59702014005000015.pdf>. Acesso em: 23 de junho de 2020
- SILVEIRA, Sergio A da. ***Tudo sobre todos: Redes Digitais, Privacidade e venda de dados pessoais***. São Paulo: Sesc SP, 2017.
- VARELA, Luis Gustavo. *Ciberespaço: vigilância e apropriação de dados*. In: 7º *Simpósio Nacional da Associação Brasileira de Ciberultura*. 2013, Paraná, Curitiba. **Anais eletrônicos** [...]. Paraná: Universidade Tuiuti do Paraná, 2013. Disponível em: [http://www.abciber.org.br/simposio2013/anais/pdf/Eixo\\_2\\_Jornalismo\\_Midia\\_Livre\\_e\\_Arquitetura\\_da\\_Informacao/25803arq06562429900.pdf](http://www.abciber.org.br/simposio2013/anais/pdf/Eixo_2_Jornalismo_Midia_Livre_e_Arquitetura_da_Informacao/25803arq06562429900.pdf). Acesso em: 23 de junho de 2020
- ZUBOFF, Shoshana. ***Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação***. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018, p. 17-68.

# Capítulo XVII

## O empregado hipersuficiente: uma análise através das vulnerabilidades advindas da relação de emprego

**Thais Barreto de Matos Gomes**

Bacharel em Direito pela Faculdade  
Baiana de Direito e Gestão.





# O empregado hipersuficiente: uma análise através das vulnerabilidades advindas da relação de emprego

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a disposição do parágrafo único do artigo 444 da CLT. Este se refere à possibilidade de livre estipulação nas relações de trabalho no caso de empregado portador de diploma de nível superior e com salário mensal a partir de duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Contudo, é necessário que seja feita a análise das vulnerabilidades advindas da relação de emprego, que se diferencie vulnerabilidade de hipossuficiência e que se aplique o princípio da igualdade, para que seja proposta a figura de modo acertado em relação à possibilidade de exercício de um alto grau autonomia na relação de emprego.

**Palavras-chave:** hipersuficiente; vulnerabilidades; hipossuficiência; autonomia.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ANÁLISE DAS VULNERABILIDADES; 2.1 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS; 2.2 AS VULNERABILIDADES ADVINDAS DO CONTRATO DE EMPREGO; 2.2.1 Vulnerabilidade negocial; 2.2.2 Vulnerabilidade fática; 2.2.3 Vulnerabilidade econômica; 2.2.4 Vulnerabilidade técnica; 2.2.5 Vulnerabilidade informacio-**

**nal; 3 EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E A CARACTERIZAÇÃO PELA LEI 13.467/17; 3.1 O PROCESSO DE APROVAÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO LEGISLADOR; 3.2 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467/17 EM RELAÇÃO AO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE; 3.3 O REAL EMPREGADO HIPERSUFICIENTE; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a figura disposta pela reforma trabalhista avaliando os parâmetros utilizados e a intenção do legislador. A ideia do legislador ao definir o empregado hipersuficiente teve como objetivo autorizar que as partes, em contrato individual, tenham uma convenção mais flexível, sendo possível transacionar assim como há a negociação entre sindicatos ou entre sindicatos e empresas, sendo elencado no Art. 611-A as hipóteses de possível transação, o que gerou grande controvérsia doutrinária e judicial, tendo em vista a dependência econômica e vulnerabilidade do empregado. A partir dessa discussão surge o seguinte questionamento: é possível que o empregado negocie igualmente com seu empregador?

O tema é de suma importância, uma vez que é necessário discutir as novidades da legislação trabalhista, as quais foram criadas em tão pouco tempo e gerou grande repercussão no cenário nacional, além de ser necessário refletir sobre a dependência econômica que perpassa as relações de trabalho.

O objetivo desse estudo é analisar a existência do empregado hipersuficiente da forma que fora proposta no dispositivo e a possibilidade de livre estipulação dos termos do contrato de trabalho. Para isso, inicialmente será necessário verificar o conceito de vulnerabilidade, diferenciar de hipossuficiência, e demonstrar as vulnerabilidades advindas da relação de emprego, para posteriormente analisar a figura do empregado hipersuficiente e estabelecer a visão crítica diante de tal disposição.

O presente trabalho tem como metodologia a pesquisa bibliográfica, através da utilização de doutrina, composta por livros, artigos, periódicos e obras coletivas, assim como jurisprudência, tendo em vista a necessidade de se analisar as questões anterior-

mente citadas através da teoria que perpassa cada questão. Quanto à abordagem do problema, a pesquisa será qualitativa, sendo feita a interpretação e avaliação do objeto para que seja possível responder à questão acerca da existência ou não da figura do empregado hipersuficiente. Para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, uma vez que haverá sempre o questionamento das hipóteses levantadas.

No segundo capítulo será feito um breve levantamento histórico sobre a necessidade de proteção para quem está em desvantagem na relação, tendo como enfoque as relações de trabalho. Assim, é necessário demonstrar o conceito de vulnerabilidade e diferenciar do conceito de hipossuficiência, para posteriormente apresentar os tipos de vulnerabilidade que decorrem da relação de emprego.

No terceiro capítulo será avaliado o empregado hipersuficiente e como foi caracterizado pela lei 13.467/17, perpassando pelos fundamentos utilizados pelo legislador, realizando uma análise crítica desses parâmetros. Diante do exposto, levando em consideração as vulnerabilidades advindas da relação de emprego e a correta aplicação do princípio da igualdade, questiona-se: o empregado hipersuficiente, com reais condições de livre negociação, existe?

## **2. ANÁLISE DAS VULNERABILIDADES**

O maior fundamento para lastrear o surgimento do Direito do Trabalho foi a necessidade de proteção do que está em desvantagem na relação jurídica. A partir do desenvolvimento das técnicas de produção, ocorreu na Europa a nova onda de relações sociais baseadas no trabalho livre, uma vez que já fazia parte da realidade histórica lidar com o trabalho escravo, na sociedade escravista ou feudal. Ocorre que, essa liberdade era meramente aparente, ao passo que aqueles que não detinham meios de produção tinham que oferecer sua força de trabalho, em nome da sua sobrevivência na sociedade capitalista (FERREIRA, 2012, p. 2).

A partir desse marco histórico o trabalho se tornou predominantemente livre, produtivo, prestado para o dono dos meios de produção, subordinado e não eventual. Além disso, o trabalho ainda assumiu a feição de mercadoria, que seria adquirida e trocada por subsistência (DORNELES, 2013, p.293).

Assim, a evolução dos acontecimentos levou o Estado a legislar sobre as condições de trabalho visando à equiparação jurídica entre o trabalhador, que sempre foi hipossuficiente, e o empregador, detentor dos meios de produção (FERREIRA, JOUBERTO, 2019, p. 71).

Percebe-se a necessidade de diferenciar a vulnerabilidade de hipossuficiência, além de verificar os tipos de vulnerabilidade advindos da relação de emprego, como será demonstrado a seguir.

## **2.1. Vulnerabilidade e hipossuficiência: distinções necessárias**

Nas palavras de Murilo Oliveira (2013, p.10), a relação de hipossuficiência do trabalhador é medida justamente pela dependência econômica e é a referida perspectiva histórica que legitima a proteção do Direito do Trabalho ao dependente econômico.

Para Cesarino Junior (1980, p. 44-45), do ponto de vista da diferença econômica entre os homens, os não proprietários, que possuem apenas a sua força de trabalho, são denominados de hipossuficientes, ao passo que os proprietários, sendo de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras e etc., são chamados de autossuficientes<sup>1</sup>. Sob a ótica desse autor, ainda pode-se dizer que os hipossuficientes estão, em relação aos autossuficientes, em uma situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem do produto do seu trabalho para viver e manter a vida da sua família.

De acordo com Leandro Dorneles (2013, p.293), a teoria geral clássica tem pregado a ideia de padronização da hipossuficiência, ao passo que na relação de emprego haveria um “grau clássico de hipossuficiência” que justificaria a típica proteção juslaboral. Nesse sentido, na medida em que esse grau clássico de hipossuficiência varia, também varia a típica proteção, como será analisado adiante nesse trabalho.

De outro modo, enquanto a hipossuficiência se refere ao aspecto econômico, o termo vulnerabilidade significa a caracterização

---

1 O referido autor também trata que entre os hipossuficientes e os autossuficientes existe também o hipersuficiente, o qual não é proprietário, mas também não está em dependência absoluta do detentor dos meios de produção, o qual será abordado ao longo deste trabalho.

de quem é vulnerável, identificando o lado fraco de uma questão. Essa terminologia ainda pode ser abordada como característica de certas pessoas ou grupos (como idosos, incapazes, classes pobres, consumidores, trabalhadores), como condição humana (inerente ao homem pela sua finitude) ou como princípio ético, orientando a reflexão sobre questões morais (SILVA, 2011, p. 152). O foco deste trabalho a vulnerabilidade como característica de um grupo, por sua vez, dos trabalhadores.

Sem se ater apenas ao viés jurídico do termo, percebe-se que a vulnerabilidade é um conceito mais amplo que a hipossuficiência, sendo essa apenas uma espécie da vulnerabilidade. Dessa forma, hipossuficiência seria sinônimo de vulnerabilidade econômica, ao passo que a vulnerabilidade, em si, tem sentido amplo, abarcando outras vertentes (SILVA, 2011, p. 171).

Um exemplo que ilustra claramente a fragilidade que caracteriza a vulnerabilidade, ao passo que a hipossuficiência é apenas um de seus aspectos, é a vulnerabilidade laboral. Isso porque, de modo geral, essa abarca as exigências perante o trabalhador, bem como a cobrança por produtividade alta para que sejam alcançados os interesses do empregador, o cumprimento de ordens, ser fiscalizado e dirigido. Dessa forma, o empregado se encontra nessa situação de fragilidade não apenas pelo poderio econômico, mas também pela combinação de fatores que caracterizam o estado de subordinação (WYZYKOWSKI, 2019, p. 124; DORNELES, 2013, p.295).

Ou seja, a noção de vulnerabilidade é tão ampla que ainda devemos afirmar que esta varia de acordo com as situações concretas. Em virtude disso as normas e princípios trabalhistas preveem um padrão básico de proteção para os empregados em geral, os quais são presumidamente vulneráveis, no entanto há também proteções específicas conforme a vulnerabilidade se apresente em um maior grau, como é o caso dos referidos hipervulneráveis (DORNELES, 2013, p.295).

Essa proteção especial do vulnerável é efeito do princípio da igualdade, a partir do tratamento desigual aos desiguais e busca de uma igualdade material e casuística para o sujeito mais fraco (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p.16).

Assim, este trabalho entende que através da noção de vulnerabilidade as questões protetivas serão aplicadas a partir do viés de aplicação do princípio da igualdade.

Partindo da ideia de que a vulnerabilidade abrange diversas formas de desigualdade, como técnica, fática, contratual e jurídica, essas serão abordadas adiante, tendo como enfoque a relação de emprego.

## **2.2 Vulnerabilidades advindas do contrato de emprego**

Historicamente, o trabalho deixou de ser escravo e passou a ser aparentemente livre, situação na qual o cidadão tem necessidade de trabalhar para conseguir o seu sustento e de sua família, vendendo a execução dos seus serviços para quem detém meios de produção. Tendo em vista a relação de dependência que emerge a partir dessa necessidade, o Direito do Trabalho surgiu para proteger o empregado, observando a sua desvantagem na relação jurídica (FERREIRA, 2012, p. 2).

Dessa forma, essa desvantagem e fragilidade resulta na situação de vulnerabilidade que perpassa o empregado, a qual se apresenta de forma específica em algumas situações diferentes (SILVA, 2011, p. 152), quais sejam, negocial, fática, econômica técnica e informacional, as quais serão contempladas adiante.

Enquanto se estuda a referida questão é possível também verificar a relação de dependência, que muitas vezes enseja a vulnerabilidade, e que, dentre outras questões, resulta também em diferentes graus de apresentação dessa, podendo o sujeito ser mais ou menos vulnerável a depender do caso concreto.

### *2.2.1. Vulnerabilidade Negocial*

De modo geral, os contratos de trabalho podem ser de livre estipulação ou de adesão. Os contratos de livre estipulação são firmados por altos empregados, os quais geralmente são indispensáveis ao mecanismo das empresas, ocupam cargos de confiança e por essa indispensabilidade acabam conseguindo impor suas demandas no momento da negociação. Por outro lado, os contratos de trabalho também podem ser de adesão, aplicados a grande

maioria dos trabalhadores, em que estes aderem às condições pre-estabelecidas pelos empregadores (CARMO, 1999, p.44).

Ao passo que a relação de trabalho em geral é juridicamente traduzida como uma relação contratual, há uma característica de desequilíbrio forte no que concerne aos sujeitos ali envolvidos. Na prática, dificilmente o trabalhador terá condições de discutir o conteúdo contratual, sendo limitado a aceitar as condições já impostas pelo empregador (DORNELES, 2013, p. 396).

A natureza de contrato de adesão, embora seja discutida<sup>2</sup>, dos contratos de trabalho destinadas aos empregados e trabalhadores hipossuficientes, torna ainda mais clara e evidente a situação de vulnerabilidade negocial que será fundamentada adiante.

Nesse sentido corrobora Orlando Gomes (2019, p. 111), ao afirmar que o contrato de trabalho em empresas de grande porte é feito por adesão, com o regulamento ditado pelo empregador, enquanto esse deixa de ser de adesão propriamente dito se o empregado está em condições de discutir seu conteúdo.

Empregados altamente especializados ou que tenham habilidades raras no mercado de trabalho, geralmente teriam menor vulnerabilidade negocial, em comparação aos demais empregados com menor qualificação e a concorrência em relação a função por ele desempenhada seja maior no mercado de trabalho e na organização empresarial (DORNELES, 2011, p.296). Ocorre que, também não há a garantia de que a vulnerabilidade negocial do alto empregado, seja inexistente, ao passo que este nem sempre terá tamanha autonomia e independência econômica ao ponto de impor suas demandas no momento da negociação.

Logo, não pode-se dizer que qualquer alto empregado não possua a característica da vulnerabilidade negocial, pois na medida em que esse também necessitar daquela referida oportunidade de emprego, sendo essa a única opção para a sua subsistência e da sua família, e ele seja facilmente substituído no mercado de trabalho, a esse também se aplica a fundamentação a seguir.

Inevitavelmente, em regra, a referida vulnerabilidade negocial se justifica pela questão da vulnerabilidade econômica (hipossu-

---

2 Adriana Wzykowski afirma que tendo em vista que as discussões que envolvem o vínculo laboral sejam permitidas, ainda que ocorram de maneira pontual, esta reconhece a limitação da autonomia privada das partes, mas não entende que o contrato de trabalho se trate de um contrato de adesão (2019, p. 132).

ficiência) que será abordada adiante, ao passo que o trabalhador depende do seu empregador para prover o seu sustento e da sua família. Assim, Miguel Ferreira (2012, p.12), ainda explana um dos fatores da desigualdade como decorrente da luta da parte vulnerável a procura de trabalho, *in verbis*:

A assimetria decorre do fato de que, para o vendedor da mercadoria-trabalho, vender sua mercadoria é uma imposição vital da qual não poderá furtar-se. O vendedor está condenado a ir ao mercado e vender sua mercadoria pelo preço que encontrar e deverá repetir seu gesto dia após dia, hora após hora, porque esta é uma necessidade imperativa de sua sobrevivência.

Além disso, de acordo com a regra geral das relações trabalhistas explanada pelo autor supracitado, o trabalhador deve aceitar as condições impostas pelo empregador sob pena de perder a oportunidade de trabalho em detrimento de outro candidato, ao passo que, é natural do mercado de trabalho a existência de oferta de força de trabalho superior à procura. Ou seja, sempre haverá uma mão de obra desempregada que acaba, inclusive, regulando o preço da forma de trabalho.

Assim, ao passo que ele precisa daquele trabalho ou emprego para uma questão de subsistência, não há margem para que possa impor seus interesses em uma negociação. Logo, assim como fora abordado anteriormente, uma vez que o trabalhador não consegue impor sua vontade em uma negociação trabalhista, é necessário que o Estado interfira nas relações através do sistema protetivo da parte mais fraca.

De outro modo, muito embora a sistemática das normas trabalhistas busque a proteger o trabalhador, é inevitável que o contrato de trabalho seja predominantemente para atender às demandas e interesses do empregador.

### 2.2.2. Vulnerabilidade Fática

A Vulnerabilidade fática, também pode ser chamada de contratual ou hierárquica<sup>3</sup>, é pautada na subordinação jurídica e in-

---

3 Vale ressaltar que a expressão “poder hierárquico” abrange todas as dimensões do poder no contexto empresarial na relação empregador e empregado, no entanto, essa é considerada equívoca pelo seu viés autoritário e retrógrado, sendo substituída pela expressão poder empregatício.



dica o desequilíbrio de forças entre empregado e empregador, tendo em vista o exercício dos poderes que esse possui (WYZYKOWSKI, 2019).

De acordo com a subordinação jurídica os sujeitos da relação de trabalho exercem papéis diferentes, ao passo que o empregador exerce o controle, através do poder de comando, enquanto ao empregado compete o dever de obediência (DORNELES, 2013, p.297).

O poder na relação de emprego é manifestado através do poder empregatício, que é doutrinariamente dividido em poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar. Logo, é válido ressaltar que o poder disciplinar é apenas uma espécie do poder empregatício (MATOS, 2015, p.7).

O poder diretivo seria o poder de comando, logo, o conjunto de prerrogativas que levam a organização e estrutura do espaço empresarial interno, se relacionando também com a assunção de riscos do empreendimento pelo empregador. O poder regulamentar trata da fixação de regras gerais a serem observadas na empresa, incidentes no universo restrito da referida empresa, que resultam no exercício unilateral da vontade do empregador. Já o poder fiscalizatório seria acompanhar continuamente a prestação dos serviços, possuindo o principal limite na dignidade da pessoa humana do trabalhador (DELGADO, 2019, p. 797). Além disso, o poder disciplinar se refere à imposição de sanções aos empregados, ligado ao descumprimento das obrigações empregatícias por parte desse.

Logo, insta salientar que tanto as normas heterônomas quanto as autônomas compõem o substrato jurídico para legitimar a imposição de sanções aos empregados (MATOS, 2015, p.13). Todas essas faces do poder refletem na relação de sujeição do empregado, pois pode-se observar como a fiscalização, a necessidade de seguir ordens e as consequentes sanções pelo descumprimento dessas podem acarretar na vulnerabilidade contratual.

A subordinação também já foi vista com o caráter técnico, moral ou econômico, no entanto, atualmente essa se fixa no conceito de subordinação jurídica, tendo em vista que é o resultado de um contrato que visa à execução de determinada prestação de serviços pelo empregado, em um empreendimento econômico do em-

pregador e sob sua assunção dos riscos, daí provenientes deveres recíprocos de trabalho e remuneração (FERREIRA, 2012, p. 112).

Demais disso, podem-se falar em outros tipos de subordinação, como a estrutural, integrativa, potencial e objetiva. Esse trabalho dará enfoque à subordinação objetiva pois abarca o alto empregado, que se insere na figura do empregado hipersuficiente, que é o foco desse trabalho.

A subordinação objetiva seria aquela que o trabalhador desempenha atividades essenciais à vida organizacional da empresa e, por isso, deve ser tratado como efetivo empregado, ainda que não seja tão evidente a vinculação ao poder direto do empregador (ANDRADE, 2012, p. 62).

Dessa forma é importante perceber que, ao passo que o empregado tenha que cumprir ordens para perseguir o objetivo do empregador, ter o seu trabalho fiscalizado, controlado, e até mesmo ser punido pelo empregador, à medida em que essas situações ocorrerem será observada a vulnerabilidade em variados graus. Em outras palavras, quanto mais o empregado for controlado mais se observará a vulnerabilidade fática em relação a ele, e vice-versa.

### *2.2.3. Vulnerabilidade econômica*

Muito sobre vulnerabilidade econômica já foi tratado no ponto 2.1, acima, quando foi tratado acerca da hipossuficiência, logo, este tópico fará breves complementações.

Uma importante ressalva a ser feita é que a vulnerabilidade econômica não se resume apenas na hipossuficiência. Muito embora a hipossuficiência reflita em uma das espécies de vulnerabilidade, qual seja, a econômica, não necessariamente para que se visualize a vulnerabilidade econômica na relação de trabalho é necessário haver a hipossuficiência do empregado, ou a sua dependência econômica.

Isso porque, por melhor que seja a condição econômica do trabalhador, ele está sendo economicamente explorado por outra pessoa, ao passo que os frutos do seu trabalho são explorados economicamente por outrem, de quem ele passa a depender, o que sempre vai revelar uma situação de vulnerabilidade econômica. Logo, quando os serviços são prestados com exclusividade a ape-

nas um tomador essa dependência é agravada (DORNELES, 2013, p.297).

Nesse sentido, é importante diferenciar também a vulnerabilidade econômica da dependência econômica. Ao passo que o empregado não dependa economicamente daquele emprego, tanto pela sua alta competitividade no mercado de trabalho quanto pela sua importância perante o empregador, pode-se dizer que não se visualiza a dependência econômica, ou pelo menos que essa se encontra em um menor grau, enquanto a vulnerabilidade econômica, seguindo a definição de Leandro Dorneles, citada acima, não deixa de existir, pois a sua força de trabalho estará gerando lucros e sendo explorada pelo empregador.

Assim, vale ressaltar que essa vulnerabilidade pode ser mais ou menos intensa, de acordo com o critério da dependência, a partir do fato de que a referida relação de trabalho pode ser o único ou principal meio de subsistência do empregado e da sua família (WYZYKOWSKI 2019, p.141).

Dessa forma, tendo em vista as questões de necessidade do trabalhador perante ao seu empregador para o provimento do seu sustento e da sua família, se configura a relação de dependência econômica, o que também implica na vulnerabilidade econômica, a qual, como já asseverado anteriormente, resulta em mecanismos de concretização do princípio da igualdade, o qual tem como consequência no caráter protetivo do direito do trabalho.

#### *2.2.4. Vulnerabilidade técnica*

A vulnerabilidade técnica é uma espécie de vulnerabilidade que, em geral, pode se apresentar nas relações de emprego, mas não de forma absoluta. Isso porque, a doutrina, inclusive, não é favorável à desigualdade técnica havida na relação de emprego por entender que esta estaria ausente em muitas relações de emprego contemporâneas (DORNELES, 2013, p. 299).

Partia-se do pressuposto de que o empregador teria uma maior capacidade técnica do que seus empregados, com base nos modelos fordista/taylorista, em que o conhecimento técnico realmente ficava adstrito aos detentores do capital. No entanto, percebeu-se que com o alto nível de especialização dos empregados o referido

critério seria equivocado, tendo em vista a constatação de que alguns empregados possuiriam mais conhecimento técnico do que seus empregadores. O que faz todo o sentido no mundo do trabalho atual, uma vez que se exige cada vez mais especialização dos empregados (WYZYKOWSKI, 2019, p.142).

Por outro lado, Leandro Dorneles (2013, p. 299) traz que a dependência técnica pode sim ser um critério importante para determinar a vulnerabilidade técnica, uma vez que essa não significa apenas o maior ou menor conhecimento do trabalhador em relação às tarefas que serão desempenhadas, podendo consistir na vulnerabilidade técnica como menor instrução profissional, como limitação à execução do labor ou como alienação do trabalhador.

A limitação à execução do labor significa que o empregado executa o que for determinado por seu empregador, não simplesmente pelo seu poder de comando (o que remete à vulnerabilidade fática), mas porque o empregador deve coordenar os trabalhos individuais dos empregados, visando a alcançar o resultado que ele almeja. Por essa razão, uma vez que o substantivo técnica remete ao conjunto de métodos ou procedimentos necessários ao desenvolvimento da profissão, o modo de organização da gestão empresarial pelo empregador já caracteriza a vulnerabilidade técnica do empregado, havendo maior ou menor limitação.

Ainda seguindo o referido autor, há também o modo que parte do conceito Marxista de alienação do trabalhador, verificado principalmente no paradigma de organização produtiva fordista/taylorista, uma vez que com a fragmentação e especialização das tarefas da produção, o trabalhador não vai produzir o produto final, mas sim uma tarefa específica, obtendo conhecimentos apenas acerca daquela tarefa.

A vulnerabilidade técnica diante desse modo de alienação do trabalhador estaria presente em qualquer tipo de emprego em que se vislumbre a falta de participação do trabalhador em relação ao produto final do seu esforço, em maior ou menor medida em relação ao grau de consciência deste em relação ao resultado final (WYZYKOWSKI, 2019, 147).

Dessa forma, percebe-se que a vulnerabilidade técnica pode estar presente de variadas maneiras na estruturação do trabalho, sendo essa mais presente do que se imagina, muito embora tenha

sido mitigada na concepção de trabalho contemporânea, em relação à visualizada ao tempo em que havia a hegemonia do modelo fordista/taylorista.

### 2.2.5. *Vulnerabilidade informacional*

A vulnerabilidade informacional significa que a informação não é veiculada de forma precisa e clara, ou que esta não é amplamente divulgada, sendo de certa forma retida pelo empregador. Além disso, a informação pode ser passada de maneira de difícil entendimento pelo empregado, o que dificulta a compreensão acerca dos seus direitos, acentuando a vulnerabilidade informacional (WYZYKOWSKI, 2019, p. 146).

Os empregadores detêm maior poderio econômico e técnico, o que lhes possibilita, de modo geral, maior acesso à informação, conhecimento, e consciência dos seus direitos. Por exemplo, nenhuma grande empresa se instala em determinada localidade sem informações seguras sobre as condições de mercado, disponibilidade de mão de obra ou padrão salarial para as atividades envolvidas. Por outro lado, a quantidade de trabalhadores conscientes dos seus direitos, altamente instruídos e informados sobre as condições de mercado de trabalho relacionados à sua área de atuação não se estabelece na mesma proporção (DORNELES, 2013, p. 301).

Os tribunais anulam disposições contratuais que não seguem o dever de informação com base nos deveres anexos do princípio da boa-fé, como exemplo no Acórdão do TST de 2015, de relatoria da Ministra Luísa Lomba, no Recurso de Revista n.8200-93.2014.5.13.0009:

RESCISÃO DO CONTRATO DE EMPREGO. DIREITO LEGAL DO EX-EMPREGADO À MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. OMISSÃO DA EMPREGADORA EM OFERTAR A FACULDADE AO EMPREGADO. INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA CONTRATUAL. DEVER LEGAL E NORMATIVO. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVIDA. 1. [...] 4. De fato é ônus da empresa comunicar ao seu empregado, no momento da rescisão contratual, acerca da possibilidade de manter seu plano de saúde, desde que o obreiro arque com os correspondentes custos. Essa é conclusão se extrai na interpretação do artigo 30 da Lei

Federal nº 9.656/98, em combinação com o sua regulamentação disposta no artigo 10 da Resolução Normativa DC/ANS nº 279 de 24.11.2011, e essa é a interpretação que coaduna com o princípio da boa-fé objetiva, que rege todo e qualquer contrato (artigos 187 e 422, do Código Civil), bem como com o princípio do dever de informação que dele decorre e que é inerente a toda e qualquer relação de emprego. 5. Cediço que o princípio da boa-fé objetiva se traduz em lealdade e confiança entre os contratantes, que devem sempre estar presentes nos negócios jurídicos, mormente num contrato de emprego. O empregador, no trato com seu empregado (e vice-versa), deve guardar o respeito e a ética que se espera de toda empresa séria. Frise-se que um contrato de emprego não se lastreia apenas e tão somente nos deveres principais (de dar, de fazer ou de não fazer), mas também se pauta nos deveres jurídicos anexos de conduta (decorrentes da aludida boa-fé objetiva), tais como a lealdade, a confiança, o dever de informação e etc. 6. Nesse contexto, a empresa, ao não observar a sobredita obrigação legal, a boa-fé objetiva e o seu princípio correlato do dever de informação, culminou por praticar ato ilícito [...].

Essa problemática em torno do déficit informacional que ocorre pelo descumprimento do dever de informação do empregador perante o empregado tem total relação com a maior autonomia conferida ao empregado hipersuficiente. Isso porque, cabe ao empregador - de acordo com o referido dever e a referida vulnerabilidade - explicar os ônus decorrentes de eventuais termos da negociação sugeridos por ele. Essa problemática será melhor abordada adiante.

### **3. O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E A CARACTERIZAÇÃO PELA LEI 13.467/17**

O processo de elaboração da lei 13.467/17 merece destaque para tratar do empregado hipersuficiente. Isso porque, o executivo já vinha recebendo propostas de modernização vindas dos setores da indústria, ao passo que no momento ideal de crise político-econômica, fez avançar uma reforma da consolidação das leis trabalhistas em apenas 7 meses de tramitação.

As propostas giravam em torno de maior autonomia nas relações de trabalho e flexibilização dos direitos trabalhistas. Essas proposições aliadas a uma tramitação às pressas resultaram em uma série de violações em seara principiológica trabalhista, constitucional e até mesmo, em relação a convenção da OIT.

Analisando o fundamento do legislador, a partir do parecer da comissão especial da câmara dos deputados, de relatoria do deputado Rogério Marinho, a inclusão do parágrafo único do Art. 444 parte da premissa de que os desiguais sejam tratados desigualmente. Isso porque, apesar da CLT ter sido idealizada para a proteção do hipossuficiente, uma vez que está em posição de inferioridade e dependência do seu empregador, um empregado com ensino superior e salário acima da média da população supostamente ensejaria tratamento diferenciado.

Nesse sentido, a interpretação foi que esse empregado não precisaria, da mesma forma que o hipossuficiente, de proteção do Estado ou tutela sindical para negociar seus direitos, podendo estipular individualmente cláusulas que prevaleceriam, inclusive, sobre o legislado, no mesmo sentido em que versa o Art. 611-A, que trata das negociações coletivas.

Ocorre que esse fundamento não levou em consideração a série de vulnerabilidades decorrente da relação de emprego, as quais atingem plenamente esses empregados, independentemente do seu nível de escolaridade ou remuneração.

No entanto, entende-se que se pode falar em graus de vulnerabilidade e graus de autonomia privada. Dessa forma, quanto menor a vulnerabilidade do empregado maior seria o nível de autonomia privada a qual esse faria jus, partindo sempre de uma análise em cada caso concreto.

Assim, este trabalho entende que o empregado hipersuficiente existe, contudo, não da forma em que é regulado no dispositivo. Logo, fala-se na figura do “real empregado hipersuficiente”, sendo aquele que surge da correta aplicação do princípio da igualdade aliada ao seu grau de vulnerabilidade, de modo a ensejar o tratamento diferenciado a esse empregado, resultando na sua maior autonomia privada.

### **3.1. O processo de aprovação da reforma trabalhista: análise dos fundamentos utilizados pelo legislador**

De acordo com a ficha de tramitação constante no portal eletrônico da Câmara dos Deputados, o projeto de lei n. 6.787/2016 foi apresentado pelo executivo em 23/12/2016, para dispor sobre as eleições de representantes dos trabalhadores no local de traba-

lho e sobre trabalho temporário, e daria outras providências, ao passo que a última ação legislativa é datada de 13/07/2017, tendo sido apresentadas 883 emendas ao projeto e observados algo em torno de 7 meses de tramitação da Reforma Trabalhista.

Segundo o parecer da comissão especial da câmara dos deputados, a inclusão do parágrafo único ao Art. 444 busca a concretização de um viés do princípio da igualdade, qual seja, que os desiguais sejam tratados desigualmente. Para isso, de acordo com o parecer da comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/2016, buscou-se permitir que esses empregados negociassem nos mesmos moldes da negociação coletiva prevista no Art. 611-A, o qual trata de um rol exemplificativo de temas que podem ser objeto de negociação coletiva.

As Emendas 484, do deputado Daniel Vilela (PMDB/GO), e 683, do deputado Júlio Lopes (PP/RJ), com a implementação de um parágrafo único ao Art. 444, tiveram o mesmo sentido de fundamentação, sendo já nas referidas propostas criado o título de hipersuficientes para os referidos empregados, apenas divergindo quanto ao requisito de caracterização. Isso porque, a proposta de Daniel Vilela opina pelo critério de possuir nível superior e salário mensal igual ou superior a três vezes o limite máximo do salário de contribuição da Previdência Social, o que atualmente gira em torno de 18 salários mínimos, enquanto Júlio Lopes seguiu o parâmetro de possuir nível superior e receber a partir de 5 salários mínimos, o que atualmente significa pouco menos que 5 mil reais.

As propostas baseiam-se nos mesmos fundamentos: oferecer liberdade contratual aos empregados que fossem intelectual e economicamente hipersuficientes, além de trazer que a referida flexibilização já vinha sido citada por pesquisas de juristas e outros especialistas.

A proposta n. 683 do deputado Júlio Lopes ainda cita o que se pode chamar de mundo dos hipersuficientes, sendo empregados de formação acadêmica superior e ganho remuneratório apreciável, o que estaria longe de poderem ser tidos ou tratados como vulneráveis, carentes de proteção, em desvantagem perante o empregador, ou incapazes, e poderiam negociar melhor e regular os seus direitos laborais de acordo com a sua conveniência e perspectivas pessoais e profissionais.



Ocorre que, é evidente que as propostas supracitadas não levaram em consideração as vulnerabilidades advindas da relação de emprego, o que enseja em falta de condições práticas para que esses empregados negociem em paridade de forças com o seu empregador.

Ressalte-se que os parâmetros adotados pelas emendas supracitadas foram rejeitados, contudo, mantém-se as considerações feitas em relação à redação atual do dispositivo.

Nesse sentido, assim com a própria fundamentação da proposta trouxe, na atualidade se verifica que, a depender da área de atuação há total exigência de nível superior, o que significa que, da mesma forma que um obreiro com menor instrução pode ser facilmente substituído caso não aceite as condições impostas pelo empregador, para um profissional de nível superior, em muitos casos, não seria diferente.

É importante também relacionar à vulnerabilidade econômica, ao passo que essa não significa apenas melhores condições financeiras do empregado, uma vez que pelo fato de não ser detentor dos meios de produção, de qualquer forma o seu trabalho será explorado por um terceiro, o qual depende da vontade e conveniência dele oferecer uma maior ou menor autonomia ao empregado.

Além disso, quanto a vulnerabilidade fática, por melhor que seja a condição financeira do empregado, este não deixará de ser controlado, fiscalizado, seguir ordens e, caso necessário, ter aplicação de sanções pelo empregador.

Por outro lado, este trabalho concorda com o termo utilizado, mas não com os parâmetros utilizados para caracterizar esse empregado, uma vez que os empregados em questão não seriam hipossuficientes, uma vez que possuem um certo privilégio de recursos financeiros, mas também não seriam autossuficientes, uma vez que não são detentores dos meios de produção, logo, se caracterizam como hipersuficientes (CESARINO JÚNIOR, 1980, p.44-45).

No entanto, obter diploma de nível superior e receber salário maior que o dobro do limite dos benefícios do Regime da Previdência Social não é critério suficiente a ensejar a caracterização nesse termo, como será explicado no item 3.3.

### **3.2. As inovações trazidas pela Lei 13.467/17 em relação ao empregado hipersuficiente**

Com a Reforma Trabalhista se iniciou um novo direcionamento de exegese das disposições referentes às relações de trabalho, primando por enaltecer as negociações coletivas e individuais, proporcionando aos empregados e empregadores a opção de relativizar os direitos dispostos na negociação trabalhista (LIMA, SILVA, LIMA, 2018, p. 454).

Nesse sentido, a lei da Reforma Trabalhista conferiu tratamento diferenciado aos empregados portadores de diploma de nível superior e que percebem salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social uma alternativa de liberdade negocial, de acordo com o Art. 444, combinado com o Art. 611-A:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação<sup>4</sup> das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

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

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

---

4 Apesar das disposições acima vale lembrar que o contrato de trabalho tem forte ingerência das normas públicas, o que quer dizer que a livre estipulação das partes não pode contrariar o salário mínimo ou a jornada máxima, assim como também não pode alterar os benefícios indiretos previstos em lei, normas de identificação profissional e recolhimento dos encargos tributários (SILVA, 2019, p. 162). Tais limitações estão expressas em rol taxativo do Art. 611 - B.

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015 ;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Ou seja, o empregado que cumpra os critérios fixados terá autonomia para negociar sobre aspectos contratuais que poderão se sobrepor às normas trabalhistas, excluindo dessa negociação a interferência do sindicato, tornando-se assim o ápice do efeito do novo paradigma estabelecido pela reforma: o negociado sobre o legislado (LIMA, SILVA, LIMA, 2018, p. 456).

Adriana Wyzykowski<sup>5</sup> (2019, p. 154), entende que diante dessa disposição há três categorias distintas de trabalhadores no Brasil: o empregado padrão, o que seria o qualificado doutrinariamente como hipossuficiente ou vulnerável, o hipersuficiente e o autônomo.

Podem ser citadas inúmeras críticas à referida disposição, na forma em que foi redigida, na CLT. Segundo Homero Silva (2019, p.162) pode-se alegar a inconstitucionalidade em relação ao Art. 5º, caput, da Constituição Federal, pois ter diploma e salário supe-

---

5 Em adaptação à diferenciação em categorias realizada por Teresa Nahas (2017, p. 142-143).

rior ao dobro do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social não é um fator de discriminação válido em relação aos empregados sem diploma e com renda inferior, assim como violaria também o Art. 7º, XXXVI, pois afasta o reconhecimento das convenções e acordos coletivos regularmente firmados.

Dando um breve enfoque ao princípio da igualdade ou isonomia, muito embora a fundamentação da norma tenha citado o próprio princípio da igualdade, não restam dúvidas de que este fora aplicado de maneira inapropriada. Isso porque, a Constituição garante tratamento isonômico no Art. 5º, caput, e Art. 7º, XXXII, a partir da proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre profissionais respectivos.

Assim, entende-se que da forma como a norma está posta, o empregado que percebe salário superior ao limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social não faz jus a tratamento desigual, ao passo que continua com alto grau de vulnerabilidade e subordinação, assim como fora fundamentado no item anterior. Nesse sentido, corrobora José Lima, Marcos Silva e Erick Lima (2018, p.463):

Devido a essa situação desproporcional, clama-se pelo restabelecimento da correta aplicação do direito fundamental da igualdade, agora, neste momento, não mais exigindo uma discriminação para compensar alguma diferença, mas sim para aplicar a norma de maneira igual para os empregados com menores salários e os supostos hipersuficientes, que, no âmbito, permanecem subjugados ao poder econômico da empresa.

Além disso, pode-se citar uma questão de inconveniência, com a violação à convenção 111 da OIT, como entendeu inclusive o enunciado n. 49 da 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho nesse sentido:

I - O parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, contraria os princípios do direito do trabalho, afronta a Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 7º, XXXII, além de outros) e o sistema internacional de proteção ao trabalho, especialmente a Convenção 111 da OIT.

Além disso, o princípio protetor também foi afetado nessa disposição, uma vez que o negociado se sobrepõe ao legislado e as

negociações realizadas pelo empregado hipersuficiente passam a vigorar sem a necessidade de intervenção dos sindicatos. Isso porque, ao passo que o Direito do Trabalho surgiu para equilibrar a relação trabalhista, quando o dispositivo entende que o empregado que possui remuneração mensal maior ou igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderia negociar em paridade com seu empregador, fere-se o princípio protetor, pois esse mantém todas as características dos demais empregados, inclusive a subordinação jurídica (LIMA; SILVA; LIMA, 2019, p. 462).

Dessa forma, não restam dúvidas de que os parâmetros utilizados pelo legislador para a concessão de tratamento diferenciado resultando em maior autonomia privada individual são inapropriados e tem como consequência uma série de ilegalidades, inconstitucionalidades e, até mesmo, inconveniência. No entanto, este trabalho entende que é sim possível que o fundamento do legislador seja aplicado em consonância com as ponderações acerca da constituição, convenção da 111 da OIT e Princípio da Igualdade, como será demonstrado a seguir.

### **3.3. O real empregado hipersuficiente**

Diante de toda a análise feita no item anterior, entende-se que o empregado hipersuficiente existe e a ideia do legislador em conferir, mediante o tratamento desigual aos desiguais, um alto grau de autonomia privada é válida, contudo, jamais da forma em que está posta nos referidos dispositivos.

Dessa forma, haveria a figura do “real empregado hipersuficiente”, sendo aquele no qual realmente se verifica a hipersuficiência de recursos, bem como um grau atenuado de vulnerabilidade, o que torna possível o elevado grau de exercício de autonomia privada, de modo a poder negociar em paridade com o empregador.

Tal entendimento é baseado na teoria da autora Adriana Wyzykowski<sup>6</sup> (2016, p.36 - 28; 2019, p. 167 - 168), através do qual se observa a gradação da autonomia privada do empregado de maneira inversamente proporcional aos graus de vulnerabilidade

---

6 O entendimento da autora se inspira na teoria de Juan Maria Bilbao Ubillos, o qual defende que se deve ponderar o direito fundamental com a autonomia privada do particular, de modo casuístico.

observados no caso concreto. Ou seja, quanto menor a vulnerabilidade maior será a autonomia do empregado, utilizando-se como principal critério a dependência existente naquela relação jurídica, o que resulta em graus de autonomia privada.

O grau mais fraco seria onde a assimetria da relação individual trabalhista se encontra mais acentuada, ou seja, onde as vulnerabilidades estão mais presentes, sendo essa a regra das situações trabalhistas, além de haver forte dependência tendo em vista a sua vulnerabilidade econômica.

De outro modo, trata-se também do grau alto de autonomia, onde a simetria prevalece e as vulnerabilidades são compatibilizadas com o princípio da igualdade substancial. Isso porque, nesses casos não ocorre a dependência do empregado perante o empregador e nem ao menos a inferioridade.

Essa situação ocorreria com empregados altamente especializados e celebridades. Ainda seguindo a referida autora, essas figuras se encontram em supremacia no contrato de trabalho pois há uma dependência da empresa no tocante os serviços prestados, havendo, inclusive, uma verdadeira disputa entre as empresas do ramo por esses empregados. Ocorre no caso em tela o que este trabalho caracteriza como uma “inversão da dependência”, onde a empresa precisa muito mais desse empregado do que esse necessita daquele emprego, uma vez que ele seria facilmente realocado, com o mesmo padrão, em outro estabelecimento empregador.

Dessa forma, adapta-se a inteligência supra ao empregado hipersuficiente e entende-se que, tecnicamente falando, o empregado hipersuficiente de fato detém bons recursos financeiros, todavia, não seria esse o parâmetro utilizado para caracterizar o tratamento diferenciado em relação a ele.

O “real empregado hipersuficiente” é aquele que possui baixa dependência ou não depende daquela relação de emprego, sendo, o citado empregado de alto grau de autonomia privada, ao passo que esse não observa limites específicos à sua autonomia, devendo observar apenas os princípios protetivos do direito do trabalho, e limites tradicionais à autonomia privada<sup>7</sup>, os quais devem estar

---

7 A referida autora aponta como limites tradicionais a autonomia privada lei, ordem pública, moral e bons costumes (2019, p.225-228).

presentes em qualquer negociação trabalhista, sendo ponderadas de acordo com o caso concreto, assim como será abordado ainda neste tópico.

Isso porque, entende-se que mesmo o empregado com alto grau de autonomia privada comporta um certo grau de vulnerabilidade fática<sup>8</sup>, uma vez que ainda deve seguir os controles e as regras fixadas diante dos poderes do empregador, e, inclusive, pode-se dizer que existe um certo grau de vulnerabilidade econômica<sup>9</sup>, apenas por não ser este o detentor dos meios de produção, ao passo que ele está sendo economicamente explorado por outra pessoa e tem os frutos do seu trabalho gerando lucro para outrem.

Ressalte-se que o real empregado hipersuficiente se trata de situação excepcional, como por exemplo, celebridades, altos empregados, ou profissionais altamente especializados e qualificados. Nesse sentido ocorre uma distinção de tratamento aos referidos empregados, com o parâmetro fixado em razão da sua dependência perante o empregador, o que resulta em um baixo nível de vulnerabilidade, e essa não fere o princípio da igualdade.

Não é sem motivo que Celso Melo (2010, p. 11), ressalta qual seria o critério legitimamente manipulável que autoriza distinguir pessoas sem que isso agrave a isonomia. O referido autor traz, didaticamente, dois requisitos para promover a diferença de tratamento sem ferir o princípio da igualdade.

Dessa forma, a lei não pode utilizar de algum critério que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido por esse tratamento diferenciado. Além disso, o traço diferencial a ser adotado necessariamente precisa estar na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, nenhum elemento externo às mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes (MELO, 2011, p. 23).

Assim, para que o pressuposto do direito fundamental à igualdade seja atingido, é necessário comprovar a existência ou não de diferença entre o empregado comum e o hipersuficiente com relação ao seu poder de negociação com o empregador, sempre

---

8 Assim como fora abordado no item 2.2.2

9 Seguindo o conceito de vulnerabilidade econômica de Leandro Dorneles (2013, p.297), já explorado no item 2.2.3, acima.

com base nas normas legais e, especialmente, às normas constitucionais e de interesse público (GOMIDE, SANTOS, 2018, p. 53).

Adriana Wyzykowski (2019, p. 169 – 210) trata de critérios objetivos para delimitar a possibilidade de autonomia privada. Em resumo e adaptação desses critérios ao caso em tela, estes seriam: a não visualização da dependência econômica do empregado, cabendo ao próprio empregado a apresentação de documentos que comprovem a inexistência de dependência econômica perante o empregador; o cumprimento do dever de informação por parte do empregador, cabendo a este alertar o empregado acerca do conteúdo e riscos da realização do negócio jurídico<sup>10</sup>; além da existência de contrapartidas para o exercício da autonomia privada individual, como por exemplo, a proteção ao emprego por meio da garantia de emprego tendo em vista a vedação à despedida injustificada.

Conclui-se, portanto, que tais critérios são suficientes para o exercício de um alto grau da autonomia privada em seara individual trabalhista. Não obstante, é mister que os fatos se encontrem respaldados por algum meio de prova, estando toda a documentação anexada e todas as informações prestadas gravadas ou escritas, por exemplo

A autora supracitada ainda acrescenta que em caso de dúvidas acerca do preenchimento dos critérios estabelecidos, as partes poderão levar a discussão referente a autonomia privada ao judiciário, situação na qual o julgador realizará a análise dos preenchimentos dos elementos de existência e validade do negócio jurídico.

Dessa forma, percebe-se um modo de distinção em relação aos empregados, visando à possibilitar o exercício da autonomia privada individual, sem ferir o direito fundamental à igualdade, ao contrário do que ocorre da forma em que é fixada atualmente no Art. 444, parágrafo único da CLT, qual seja, a utilização do critério remuneratório. Assim, percebe-se que o empregado hipersuficiente realmente existe, mas ele será identificado através da sua baixa dependência perante o empregador, ou até mesmo, a sua independência na referida relação jurídica, sendo parâmetros a serem observados no caso concreto, os quais também devem seguir critérios gerais a serem aplicados casuisticamente para que haja o correto exercício dessa autonomia.

---

10 A referida conduta nada mais é do que a incidência do princípio da boa-fé objetiva.



#### 4. CONCLUSÃO

Há uma longa perspectiva histórica que, dentre outras questões, justifica o tratamento diferenciado aos trabalhadores e grupos de vulneráveis, de modo geral. Dessa forma, demonstrou-se que o estudo das vulnerabilidades advindas da relação de trabalho é peça chave para compreender e analisar a autonomia privada do empregado. O conceito de vulnerabilidade é amplo, podendo-se dizer que é um gênero que comporta as espécies de vulnerabilidade negocial, vulnerabilidade fática, vulnerabilidade econômica, vulnerabilidade técnica e vulnerabilidade informacional.

Vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência, sendo o conceito de hipossuficiência insuficiente para caracterizar a fragilidade do empregado, uma vez que apenas se refere à vulnerabilidade em sua face econômica.

Adotou-se a conceituação de Cesarino Júnior que diferencia o empregado, como hipossuficiente, uma vez que não proprietário e possuidor apenas da sua força de trabalho, e os empregadores como autossuficientes, tendo em vista serem proprietários de riquezas ou meios de produção, havendo a figura intermediária a qual seria o empregado hipersuficiente, o qual não é proprietário mas também não está em dependência absoluta dos meios de produção.

A partir da análise da intenção do legislador, percebe-se que não foram consideradas as vulnerabilidades advindas da relação de trabalho, uma vez que o empregado que tem salário maior que o dobro dos limites dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social e possui nível superior continua sendo vulnerável, independentemente de ser detentor do padrão remuneratório escolhido pelo legislador.

Além disso, a adoção dos referidos critérios é inconstitucional e inconveniente, de acordo com a convenção 111 da OIT, não sendo uma discriminação legítima nos moldes do princípio da igualdade, o qual trata que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida da sua desigualdade. Nesse sentido, foram utilizados os parâmetros de distinção propostos por Celso Antônio Bandeira de Melo sem ferir o princípio da isonomia.

Através da teoria dos graus de autonomia privada conforme o nível de vulnerabilidade e dependência, proposta por Adriana

Wyzykowski, encontrou-se que esses seriam detentores de alto grau de especificidade técnica e qualificação, a ponto de ocorrer a inversão da dependência, quando o seu empregador precisa mais do empregado do que o empregado necessita daquele emprego específico, ou, de outro modo, pode não ocorrer a inversão da dependência mas o empregado comporta baixo nível de dependência, uma vez que seria facilmente realocado no mercado de trabalho.

Assim, demonstra-se que é possível haver o tratamento diferenciado a determinada categoria de empregados, contudo, jamais da forma disposta pela Reforma Trabalhista, sendo necessário levar em conta a correta aplicação do princípio da igualdade aliada ao grau de vulnerabilidade do empregado.

## REFERÊNCIAS

ANAMATRA. *Enunciados da 2ª jornada organizados por assunto*. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1oZL9\\_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view](https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view). Acesso em: 12 out. 2019.

ANDRADE, Tatiana Guimaraes Ferraz Andrade. *As novas faces da subordinação no contrato de trabalho*. 2012. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, da USP – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Titular Nelson Mannrich.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n.8200-93.2014.5.13.0009* Recorrente: Ítalo Erisson da Silva Oliveira. Recorrido: Alpargatas S.A. Relator: Min. Luísa Lomba. Brasília, DJ 18 out. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#49c58a7db9a11213407baed65cc2e41c>. Acesso em: 12 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. *Emenda aditiva nº 485 ao projeto de lei nº 6.787/16*. mar. de 2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1536182&filename=Tramitacao-EMC+485/2017+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1536182&filename=Tramitacao-EMC+485/2017+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016). Acesso em: 13 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. *Emenda aditiva nº 683 ao projeto de lei nº 6.787/16*. mar. de 2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1536551&filename=Tramitacao-EMC+683/2017+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1536551&filename=Tramitacao-EMC+683/2017+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016). Acesso em: 13 out. 2019.

- \_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. *Ficha de tramitação do Projeto de Lei nº 6.787/16*. mar. de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em: 13 out. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. *Parecer da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787/16*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=-Tramitacao-PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=-Tramitacao-PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016). Acesso em: 13 out. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho*, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, 01 mai. 1943. 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: 10 ago. 2019
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. *Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D62150](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150). Acesso em 10 nov. 2019.
- CARMO, Júlio Bernardo do. A formação do contrato de trabalho e os vícios do consentimento. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, v. 30, n. 60, p. 39-58, jul./dez. 1999.
- CESARINO JÚNIOR, Antônio F. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.
- DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 77, n. 3, p. 293-303, mar. 2013.
- FERREIRA, Miguel Nin. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneas = Hipo-sufficiency and legal subordination in contemporaries labor relations. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 40, p. 97-127, jan./jun. 2012.
- FERREIRA, Francisco Jorge Neto; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. 9 ed. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2019.
- FREITAS, Cláudio Victor de Castro Freitas. A parassubordinação, o contrato de trabalho a projeto e o direito brasileiro das novas relações de trabalho sob uma ótica globalizada. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 73, n. 10, p. 1240-125, out. 2009.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. São Paulo: Forense, 2019.

- GOMIDE, Renata Rechden, SANTOS Ailton Vieira. A reforma trabalhista, a figura do trabalhador hiper... e a possível violação do princípio da igualdade. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 190, p. 47-52, jun. 2018.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARQUES, Claudia de Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MATOS, Adriano Lima. Breves considerações acerca do poder disciplinar empregatício no ordenamento just trabalhista brasileiro. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, v. 4, n. 6, p. 7-22, jul. 2015.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. O resgate do critério da dependência econômica na identificação da relação de emprego na contemporaneidade. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, v. 2, n. 2, p. 54-70, mai. 2013.
- SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade Como Critério Legítimo de Desequiparação no Processo Civil*. 2011. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso.
- SILVA, Homero Batista Mateus. 2 ed. *CLT Comentada*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.
- WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia Privada e Vulnerabilidade do Empregado: Critérios e Limites Para o Exercício da Liberdade Negocial Individual no Direito do Trabalho*. 2019. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.
- \_\_\_\_\_. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez 2016.

# Capítulo XVIII

## Pandemias: uma análise das medidas impostas pelo Estado Brasileiro na tentativa de contenção da Covid - 19

**Vanessa Andrade Medina**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de  
Direito e Gestão. Cofundadora da Liga Acadêmica  
de Estudos do Direito Ambiental. E-mail para  
contato: [vanessavma@hotmail.com](mailto:vanessavma@hotmail.com)



# Pandemias: uma análise das medidas impostas pelo Estado Brasileiro na tentativa de contenção da Covid - 19

**RESUMO:** O tema do presente artigo trata da relação do homem com o meio ambiente e uma análise acerca das medidas adotadas pelos Entes Federados na contenção da COVID – 19, sob a perspectiva da repartição de competências e os limites existentes no ordenamento pátrio. O objetivo da pesquisa é demonstrar como tem sido a relação do homem com a natureza e como existe uma conexão entre seus atos e muitos dos problemas enfrentados pela humanidade, inclusive, o do novo coronavírus. Ademais, busca analisar como funciona a questão da repartição de competências no Brasil e se as medidas adotadas pelos Estados e Municípios estariam ou não usurpando competência privativa da União. Ao final, podendo constatar que não há qualquer tipo de ingerência de um Ente sobre o outro, mas apenas o exercício pleno das suas competências.

**PALAVRAS-CHAVE:** MEIO AMBIENTE; REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS; COVID – 19; CONSTITUCIONALIDADE.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 O HOMEM E O MEIO AMBIENTE; 3 O ESTADO FEDERAL E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS; 4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019 surge na cidade de Wuhan, na China, o primeiro caso confirmado de pessoa infectada por um novo vírus, posteriormente chamado de novo coronavírus e responsável pela doença intitulada de COVID - 19. Não muito tempo depois, o vírus já havia se espalhado para outros países e acreditasse que tenha chegado ao Brasil por volta de janeiro de 2020, porém, somente a partir do dia 26 de fevereiro, as autoridades locais passaram a apresentar preocupação com esse novo inimigo em comum.

Dessa forma, apesar de todos os esforços despendidos, até o dado momento, o país já consta com mais de 1 milhão de infectados e mais de 50 mil mortes decorrentes da nova doença. Uma tragédia a nível nacional e mundial, sem precedentes na história dessa geração.

Assim, buscando conter a disseminação do novo coronavírus, Estados e Municípios têm editado diferentes decretos que levam em consideração as peculiaridades de cada território sob a perspectiva da nova doença. No entanto, o Presidente da República tem demonstrado sua insatisfação quanto as medidas adotadas pelos governadores e prefeitos, inclusive, criticando que algumas dessas medidas estabelecidas seriam, em verdade, de competência privativa da União e que os mesmos têm extrapolado o grau de poder conferido pela repartição de competências.

Isto posto, no presente trabalho, busca-se entender qual o limite existente entre as competências que foram repartidas pela Constituição de 1988 e entender se de fato houve uma extrapolação de poder por parte dos Estados e Municípios.

Além disso, o método escolhido para a realização desse artigo é o Dialético, já que será necessário um confronto de ideias e hipóteses acerca da possibilidade de edição de normas em matérias específicas quando há interesses cumulativamente nacional, regional e local. Ademais, haverá a consideração de todo um contexto



histórico e social para que se possa avaliar a existência ou não de uma conexão entre o modelo de vida atualmente adotado e muitos dos problemas enfrentados pela humanidade.

## 2. O HOMEM E O MEIO AMBIENTE

A controvérsia que envolve o homem e as questões ambientais está presente há muito tempo nos debates políticos e sociais ao redor do mundo. Não à toa, alguns cientistas defendem a ideia de que a humanidade já se encontra em uma nova época geológica, denominada de Antropoceno<sup>1</sup>, assim, apesar de não possuir uma data definida como seu marco inicial, Paul Crutzen (2020) acredita que seus primórdios estão ligados ao cenário da Revolução Industrial quando o homem passou a interferir na natureza de maneira jamais vista antes.

Por conseguinte, já em um contexto de pós-Revolução Industrial, devido aos nítidos impactos ambientais gerados, surgiram as primeiras inquietações quanto aos danos causados ao meio ambiente e à saúde dos cidadãos, sendo então, segundo Tiago de Melo Cartaxo (2020, p. 1 - 2), editada a primeira Lei em caráter ambiental, chamada de Alkali Act, em 1863 no Reino Unido, com o objetivo de reduzir a emissão de poluentes das indústrias locais através de uma regulamentação e fiscalização pelas autoridades locais.

Dessa maneira, também na história da humanidade, de acordo com o historiador Frank Dikötter (2017, p. 220 - 237), entre os anos de 1958 - 1962 o caos e a degradação se repetiam, dessa vez no território Chinês sob o comando de Mao Tsétung, presidente do Partido Comunista e responsável pela maior catástrofe que o país já conheceu, baseada em um delírio chamado de Grande Salto Adiante que tinha como objetivo alcançar e superar a então Grã-Bretanha em menos de quinze anos.

Mas, ao contrário do que Mao imaginou, o sonhado salto ficou conhecido como a Grande Fome Chinesa, período de escassez geral que aterrorizou a população e culminou com seu retorno às florestas - já degradadas devido a campanha do aço e da produção de combustível - para a caça de animais e coleta de ervas e raízes

---

1 O Antropoceno trata-se, em verdade, do período no qual o homem passou a interferir de forma drástica na natureza, alterando a composição da própria terra, como por exemplo, sua atmosfera.

silvestres que serviriam como alimento e remédios às famílias chinesas. (DIKÖTTER, 2017, p. 330 - 345)

Com o avanço do desmatamento e a escassez que assolava o país, os cidadãos passaram cada vez mais a ter contato com espécies da fauna e flora antes desconhecidas ou que até então não faziam parte do cotidiano chinês. Entretanto, devido à essa nova realidade, a população passou a se alimentar de qualquer animal que pudesse vir a saciar sua fome, sem se importarem de onde aqueles seres vinham ou do seu estado de saúde, alimentando-se, por exemplo, de ovelhas contaminadas com antraz ou até mesmo de ratos, resultando em um número elevado de pessoas que vieram à óbito em decorrência das doenças geradas. (DIKÖTTER, 2017, p. 342)

Superado esse período, já em março de 2014, a população da Guiné e de outros países da África Ocidental enfrentaram um grande surto de Ébola. De acordo com os Médicos sem Fronteiras (2020), o vírus foi identificado pela primeira vez em 1976, numa região do Sudão e do Zaire, atual República Democrática do Congo. Poucos meses depois, em agosto do mesmo ano, segundo o site de notícias UOL (2020), a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou a epidemia como uma emergência de saúde pública internacional, solicitando ajuda de todos os países do mundo para o combate ao vírus.

Por sua vez, não muito diferente do que já havia ocorrido nos períodos anteriormente citados, a contaminação do ser humano decorreu do contato com animais infectados pelo vírus, como por exemplo, o macaco e o morcego-da-fruta, este último sendo considerado como o reservatório natural mais provável, e assim, sucedendo a transmissão para outros seres humanos através da saliva, muco, urina, lágrimas, sangue, etc.

Após todos esses episódios, atualmente a humanidade enfrenta um novo inimigo em comum, intitulado de novo coronavírus e responsável pela doença conhecida como COVID – 19, que segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli (2020, p. 570 - 571), surge afetando o ser humano em 2019, na cidade de Wuhan província de Hubei, na China. Ainda não se pode afirmar qual a sua origem, mas acredita-se que esteja ligado a animais infectados por morcegos, possivelmente os pangolins asiáticos, que são comercializados no mercado atacadista de frutos do mar de Huaman.

Especulam-se que tenha sido lá sua origem devido à variedade de animais silvestres que são vendidos nos mercados chineses. Fato é que, apesar de não se pode afirmar com certeza qual a origem do vírus, a sua disseminação é considerada rápida e de difícil controle, tendo em vista suas formas simples de transmissão, levando então, de acordo com Tedros Adhanom Ghebreyesus (2020), a uma sobrecarga dos sistemas nacionais de saúde.

Outrossim, a economia de todo o mundo já sofre com os impactos causados pela pandemia e segundo o Jornal *El País* (2020), uma análise foi solicitada pela Confederação Nacional de Serviços – CNS, e a estimativa é de que o Brasil tenha um prejuízo de 320 bilhões de reais em consequência da paralisação das atividades econômicas. Ademais, não há dúvidas que esse novo momento histórico, o qual a humanidade vivencia, já está sendo responsável por impactar a vida de todos, abrindo portas para os debates que envolvem a relação do homem com o meio ambiente.

### **3. O ESTADO FEDERAL E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS**

A discussão quanto a repartição de competência é tema polêmico entre os doutrinadores, operadores do direito e as Cortes Superiores, existindo diversos precedentes nos quais, em um primeiro momento a inconstitucionalidade de leis Estaduais e Municipais foi reconhecida, porém, mais a frente, em diplomas similares tivera sua validade reconhecida. Neste compasso, temos em Sessão Plenária, o Recurso Extraordinário 586.224/SP, relativo à queima da cana - de - açúcar e o Recurso Extraordinário 194.704/MG, também em Sessão Plenária, relativo às aplicações de multas aos proprietários de veículos que imitem fumaça acima de padrões aceitáveis. No primeiro, tendo sido reconhecida a inconstitucionalidade da Lei, já no segundo, reconhecida a constitucionalidade do diploma.

Dessa forma, possível perceber que esse é um tema bastante controverso e que está ligado diretamente a forma de Estado adotada, sendo esta, conforme anota José Afonso da Silva (2013, p. 101.),

o modo de exercício do poder político em função do território que dá origem ao conceito de forma de Estado. Se existe unidade de

poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos-nos diante de uma forma de Estado composto, denominado Estado Federal ou Federação de Estados.

Assim, conforme esclarece Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 904), a Constituição Federal de 1988 optou por adotar o modelo de Estado Federal, uma estrutura tríplice que além de declarar a República Federativa do Brasil como indissolúvel, também repartiu a organização político-administrativa do país entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos entre si, nos termos do art. 18 da Carta Magna.

Isto posto, ainda esclarece o doutrinador que,

a repartição de competências traduz-se num processo de distribuição constitucional de poderes entre as entidades federadas e constitui o ponto nuclear da noção de Estado Federal. Com o propósito de realizar o princípio federativo em bases sólidas, a Constituição de 1988 entabulou uma partilha do poder político entre as entidades integrantes da Federação com vistas a uma racional e equilibrada organização política do Estado brasileiro, com a eliminação dos velhos problemas de concentração de poderes na União que se verificou durante toda a República. O objetivo da Constituição foi atingir um federalismo de equilíbrio entre a União, os Estados e os Municípios. Para esse fim, adotou-se uma repartição de competências informada pelo princípio geral da predominância do interesse. (CUNHA JR., 2012, p. 904)

Desta maneira, temos no Brasil o que podemos chamar de Federalismo Cooperativo, no qual “as atribuições serão exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto.” (LENZA, 2019, p. 479).

O que nos leva a reconhecer a autoridade de 3 ordens, quais sejam: a União, os Estados e os Municípios. Não podendo esquecer também da “posição peculiar do DF em nossa Federação que, a partir do texto de 1988, não tem natureza nem de Estado nem de Município, podendo ser caracterizado como ‘[...] uma unidade federada com autonomia parcialmente tutelada.’” (SILVA, 2013, p. 101.).

Por conseguinte, conforme esclarece Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 958),

os Estados assumem a forma federal tendo em vista razões de geografia e de formação cultural da comunidade. Um território amplo é propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura e de paisagem geográfica, recomendando, ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local atento às peculiaridades existentes. [...] O federalismo, ainda, é uma resposta à necessidade de se ouvirem as bases de um território diferenciado quando da tomada de decisões que afetam o país como um todo. A fórmula opera para reduzir poderes excessivamente centrípetos.

Ainda elucida o ministro que a repartição de competências no país não se dá somente de forma horizontal, ou seja, entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, mas também de forma vertical, entre os Estados-membros e a União, garantindo, portanto, a segurança democrática e o benefício das liberdades públicas. (MENDES, 2017, p. 958)

Consequentemente, “providas de autonomia, as entidades da federação passam a exercer fundamentalmente quatro capacidades: 1) a capacidade de autoorganização; 2) a capacidade de autolegislação; 3) a capacidade de autogoverno; e 4) a capacidade de auto-administração.” (CUNHA JR., 2012, p. 908).

Sendo assim, o mesmo também afirma que,

a Constituição brasileira, à semelhança do sistema alemão, adota um ‘sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevê em atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23), e setores concorrentes entre União e Estados, em que a competência para estabelecer políticas, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto que se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar’. (CUNHA JR., 2012, p. 905 – 906.)

No entanto, apesar da repartição de competências ter como uma de suas finalidades a cooperação entre os Entes federados, é inevitável que aconteça choques entre os mesmos. Dessa forma, com o intuito de se evitar a dispersão de recursos e esforços e a obtenção de resultados mais satisfatórios, busca-se em caso de colisão das normas, seguir o critério da colaboração entre os entes, mas se esse não for suficiente, cogita-se o critério da preponderância de interesses. (MENDES, 2017, p. 978 - 979).

Logo, percebe-se que embora haja previsão constitucional quanto à repartição de competências entre os Entes federados, restam ainda dúvidas no que tange aos limites materiais e legislativos dessas esferas, sendo essas questões aqui analisadas sob o prisma da saúde pública em meio a pandemia da COVID - 19.

#### **4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS**

Nesse contexto, no dia 11 de março, de acordo com a Agência Brasil (2020), a Organização Mundial de Saúde – OMS elevou o estado da contaminação pelo novo coronavírus ao status de pandemia, anunciando que já havia mais de 115 países com casos declarados de infecção.

Dessa maneira, no dia 20 do mesmo mês, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo Nº 6, reconhecendo o Estado de Calamidade Pública nos termos da solicitação feita pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, que havia sido encaminhada no dia 18.

Assim, conforme esclarece Gabriel Dias Marques da Cruz (2020, p. 107), “a Calamidade Pública representa uma estratégia para adoção de maior flexibilidade orçamentária por parte do Poder Executivo diante das limitações legais existentes.”. Consequentemente, alterando a forma como estava sendo encarada a situação, que até então era enquadrada como Estado de Emergência.

Isto posto, importante esclarecer que, apesar de muitas vezes serem associados como a mesma hipótese, em verdade, “o Estado de Emergência ocorre quando há entendimento de que danos à saúde e aos serviços públicos são iminentes [...]”, já “a calamidade pública é justamente o passo seguinte à emergência: ocorre quando a situação de prejuízo já estiver instalada” (ROUBICEK, 2020, p. 1)

Todavia, apesar da solicitação do Presidente Jair Bolsonaro para mudança do status da situação, este já se vinha se mostrando insatisfeito com algumas medidas adotadas por governadores e prefeitos como forma de contenção do novo vírus. Dessa forma, de acordo com o Ingrid Soares (2020),

o presidente Jair Bolsonaro voltou a repetir críticas a governadores na saída do Palácio da Alvorada na manhã desta sexta-feira (20/3). Ele se mostrou contrário a algumas medidas aplicadas por eles na tentativa de conter o novo coronavírus no país. Bolsonaro disse que ‘tem certos governadores’ que estão tomando ‘medidas extremas’ e que ‘não compete a eles fechar aeroporto ou rodovias’.

Neste compasso, temos como exemplo de medida adotada, o Decreto N° 19.549 do Estado da Bahia, editado no dia 18 de março – antes da mudança do status para Estado de Calamidade Pública em âmbito nacional. Assim, o Decreto veio para declarar a Situação de Emergência em todo o território baiano e estabelecer medidas de prevenção e enfrentamento à COVID - 19.

Por conseguinte, conforme matéria produzida por Ingrid Soares, uma das críticas do Chefe do Poder Executivo seria, por exemplo, o fechamento de aeroportos e rodovias pelos governadores. Dessa maneira, ainda analisando o Decreto N° 19.549 do Estado da Bahia, tem-se em seu art. 5° a suspensão pelo período de 10 dias, a partir da primeira hora do dia 20 de março, a circulação e a saída, e, a partir da nona hora do mesmo dia, a chegada, de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário, em alguns municípios do Estado e também, de ônibus interestaduais.

Ainda, o referido Decreto, em seu art. 9°, dispõe que ficaria a cargo da AGERBA<sup>2</sup> a edição de normas complementares ao cumprimento do disposto no Decreto, desde que referente às matérias atinentes às suas competências. Em sequência, a Agência no dia 20 de março publicou no DOE a Resolução N° 14, que dispõe sobre:

[...] a aplicação das providências emergenciais estabelecidas no Decreto Estadual n° 19.549/2020, de 18 de março de 2020, especialmente no Art. 5°, que declarou situação de emergência em

---

2 Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA, é uma autarquia subordinada à Secretaria de Infraestrutura do Estado da Bahia (SEINFRA).

todo o território baiano afetado por doença infecciosa viral para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19.

À vista disso, é possível perceber que o Decreto do Estado da Bahia respeitou o disposto na Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, e que prevê em seu art. 3º, VI, “b”, a possibilidade de adoção pelas autoridades da hipótese de restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica, da locomoção interestadual e intermunicipal nas rodovias, portos ou aeroportos.

Outrossim, o referido Decreto também estaria amparado pela Nota Técnica nº 01 emitida no dia 16 de março pela Secretaria da Saúde do Estado da

Bahia – SESAB, na qual, aponta-se que, “a medida de contenção ideal seria reduzir a mobilidade da população e evitar aglomerações de pessoas.”. Portanto, restando fundamentada a necessidade de restrição da locomoção populacional, o Decreto Estadual veio para assegurar a contenção do novo vírus, tendo sido devidamente regulamentada a questão.

Por sua vez, também no Estado de São Paulo, o então Governador João Dória, através do Decreto Nº 64.881, de 22 de março de 2020, determinou que fosse adotada a medida de quarentena<sup>3</sup> no Estado, a fim de evitar a propagação do vírus.

Dessa maneira, o Decreto suspendeu:

Artigo 2º - Para o fim de que cuida o artigo 1º deste decreto, fica suspenso:

I - o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, especialmente em casas noturnas, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas;

II - o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, sem prejuízo dos serviços de entrega (“delivery”) e “drive thru”. [...]

3 Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...], II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar



Sendo assim, o diploma considerou o art. 2º, II, da Lei 13.979/20, que permite a restrição de atividades com o objetivo de evitar possível contaminação ou propagação do coronavírus, bem como o art. 3º, §7º, II, que confere ao gestor local de saúde, autorizado pelo Ministério da Saúde, o poder para adotar a medida da quarenta, como também o art. 4º, §§ 1º e 2º, da Portaria MS nº 356, que estabelece que o Secretário de Saúde do Estado ou seu superior, está autorizado a determinar a medida de quarentena pelo prazo de 40 dias. Dessa forma, conforme é possível se verificar no DOE, o referido Decreto foi ao final assinado por João Camilo Pires de Campos - Secretário da Saúde do Estado.

Portanto, mais um Decreto legal e que, de acordo com André Shalders (2020), causou descontentamento no Presidente Bolsonaro. Segundo ele,

o presidente da República, Jair Bolsonaro (sem partido), disse que tem uma medida provisória pronta para liberar o comércio nos Estados a partir da próxima segunda-feira (06), caso governadores e prefeitos não relaxem as medidas para contenção do novo coronavírus.

Em sequência, conforme relatado pela Thomson Reuters (2020),

o governador de São Paulo, João Doria (PSDB), disse nesta terça-feira que a administração estadual recorrerá à Justiça caso o presidente Jair Bolsonaro edite um decreto determinando a reabertura do comércio em meio à quarentena e às medidas de restrição à circulação adotadas pelo governo paulista para conter a pandemia de coronavírus.

Entretanto, oportuno trazer o entendimento do Ministro Alexandre de a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.” - Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Morais ao conceder parcialmente a medida cautelar arguida em sede da ADPF 672/DF, qual seja,

[...] RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou

manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras;

INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO [...].

Desta maneira, seguindo a mesma linha do entendimento firmado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, que em Sessão Plenária, referendaram a medida cautelar concedida pelo Min. Marco Aurélio em sede da ADI 6341/DF. Assim, segundo Anderson Vieira (2020), a decisão garantiu autonomia aos prefeitos e governadores para determinarem as medidas que devem ser impostas para o enfrentamento do novo coronavírus e entendeu que, “o governo federal somente pode definir sobre serviços e atividades de interesse nacional. Fora disso, cabe aos prefeitos e governadores regulamentarem a situação em seus respectivos territórios.”

Nesse diapasão, depreende-se que as medidas adotadas pelos governadores e prefeitos, desde que dentro das suas competências e respeitando norma geral de interesse nacional editada pelo Chefe do Poder Executivo, são válidas e conseqüentemente constitucionais, pois, estariam exercendo competência concorrente e suplementar previstas, garantindo e resguardando a saúde, o bem-estar e a dignidade da pessoa humana, dentro das particularidades de seus territórios.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, infere-se que as críticas exaradas pelo Presidente da República quanto aos Decretos Estaduais e Municipais voltados a contenção da COVID - 19 e as supostas extrapolações de suas competências, não encontram respaldo quando esses, em verdade, tratam de medidas de isolamento e/ou quarentena, fechamento de comércios, restrições de locomoção intermunicipal e interestadual e demais hipóteses, dentro dos parâmetros da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 06/20 e do Decreto 10.282/20.

Dessa forma, estariam os Entes Federados apenas exercendo as competências previstas nos arts. 23, 24 e 30 da Constituição Federal de 1988, garantindo que as questões específicas do novo coronavírus em cada território sejam abarcadas e consideradas com maior razoabilidade e precisão. Ademais, também garantem que haja o equilíbrio entre os poderes, afastando qualquer tipo de hegemonia que possa ser instaurada, ou seja, asseverando uma atuação conjunta dos poderes conforme esperado de uma Federação.

Por fim, percebe-se que situações como a vivida atualmente poderão se fazer cada vez mais frequentes se o homem não alterar sua relação com o meio ambiente, passando a agir mais em caráter de precaução do que de prevenção, isto é, considerando um possível risco em abstrato e não só analisando formas de inibir um dano já em potencial.

Logo, mostra-se cada vez mais importante a mudança de modelo da economia tradicional para uma visão mais sustentável, que perceba e entenda a interconexão entre o homem e a natureza.

## REFERÊNCIAS

**AGÊNCIA BRASIL (Brasília).** *Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus: Atualmente, ao menos 115 países têm casos da doença.* Disponível em: [<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-dasaude-declara-pandemia-de-coronavirus>]. Acesso em: 18 jun. 2020.

**BAHIA (ESTADO).** *Resolução AGERBA n.º 14, de 19 de março de 2020.* Diário Oficial do Estado - de 20/03/2020, Salvador, BA. Disponível em: [[http://www.agerba.ba.gov.br/sites/default/files/documentos/202005/Res142020\\_1.pdf](http://www.agerba.ba.gov.br/sites/default/files/documentos/202005/Res142020_1.pdf)]. Acesso em: 18 jun. 2020.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 586.224 – SP (1995/ 171744/1)*, Recorrente: Estado de São Paulo e outro, Recorrido: Câmara Municipal de Paulínia e outro. Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, DJ Nr. 85 do dia 08.05.2015. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2616565>]. Acesso em: 18 jun. 2020.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 194.704 – MG (2008/ 1267800800)*, Recorrente: São Bernardo Ônibus Ltda, Recorrido: Secretário Municipal do Meio Ambiente de Belo Horizonte. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DJ Nr. 261 do dia 17.11.2017. Disponível em: [<http://>

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1623797]. Acesso em: 18 jun. 2020.

**BRASIL.** Lei n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União - de 07/02/2020*, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020242078735]. Acesso em: 19 jun. 2020.

**BRASIL.** Portaria n.º 356, de 11 de março de 2020. *Diário Oficial da União - de 12/03/2020*, Ministério da Saúde, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346]. Acesso em: 19 jun. 2020.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 672 - (2020/ 672, 00893069020201000000)*, Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, Intdo. (a/s): Presidente da República e outro. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, DF. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755]. Acesso em: 19 jun. 2020.

**BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. *Arguição Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341- (2020/6341, 00886937020201000000)*, Requerente: Partido Democrático Trabalhista, Intdo.(a/s): Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765]. Acesso em: 20 jun. 2020.

**BRASIL.** Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 24 de jun. de 2020.

**CARTAXO,** Tiago de Melo. *Proteção ambiental no pós-Brexit: consequências jurídicas nos dois lados do canal*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=3066084]. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

**CRUZ,** Gabriel Dias Marques da. *Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia; In: Bahia, Saulo José Casali (coord. e org.). Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020. Disponível em: [https://www.iasp.org.br/produto/direitos-e-deveres-fundamentais-em-tempos-de-coronavirus/]. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

**CUNHA JR,** Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2012.

**DIKÖTTER,** Frank, *A grande fome de Mao: a história da catástrofe mais devastadora da China (1958-62)*. Tradução Ana Maria Mandim. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

**EL PAÍS (Economia).** *Empatia ou pragmatismo, o dilema de empresas entre o respeito a vidas e a retomada da economia.* JORNAL, [S. l.], 2020. Disponível em: [<http://brasil.elpais.com/economia/2020-03-27/empatia-ou-pragmatismo-o-dilemade-empresas-entre-o-respeito-a-vidas-e-a-retomada-da-economia.html>]. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

**ESTADO DA BAHIA.** Decreto n.º 19.549, de 18 de março de 2020. *Diário Oficial do Estado - de 19/03/2020*, Poder Executivo, Salvador, BA. Disponível em: [<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/decreto-no-19549de-18-de-marco-de-2020>]. Acesso em: 22 jun. 2020.

**ESTADO DA BAHIA.** Nota Técnica N° 01 GASEC/COVID. *Secretaria da Saúde do Estado da Bahia (SESAB) – de 16/03/2020*. Disponível em: [<http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/NOTA-T%C3%89CNICA-N%C2%BA01-COVID19.pdf>]. Acesso em: 22 jun. 2020.

**GLOBONEWS (Edição das 10).** *Coronavírus: OMS alerta para sobrecarga de sistemas de saúde e atualiza informações.* JORNAL, [S. l.], 2020. Disponível em: [<https://g1.globo.com/globonews/jornal-globonews-edicaodas-10/video/coronavirus-oms-alerta-para-sobrecarga-de-sistemas-de-saude-eatualiza-informacoes-8442541.ghtml>]. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

**LENZA, Pedro.** *Direito Constitucional: Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

**MAZZUOLI, Valerio de Oliveira.** *Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China*. Disponível em: [[http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2020/04/e-book\\_DialogoAIC\\_vol10.pdf](http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2020/04/e-book_DialogoAIC_vol10.pdf)]. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

**MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.** *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

**MÉDICOS SEM FRONTEIRAS.** *Ebola*. MSF, [S. l.], 2018. Disponível em: [<https://www.msf.org.br/o-que-fazemos/atividades-medicas/ebola>]. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

**ROUBICEK, Marcelo.** *Calamidade pública: que é e quais suas implicações*. NEXO, [S. l.], 18 mar. 2020. Expresso. Disponível em: [<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/18/Calamidade-p%C3%BAblica-que-%C3%A9-e-quais-suas-implica%C3%A7%C3%B5es>]. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

**SÃO PAULO (ESTADO).** Decreto n.º 64.881, de 22 de março de 2020. *Diário Oficial do Estado – de 23/03/2020*, Poder Executivo, São Paulo, SP. Disponível em: [[http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20200323 &Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1](http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20200323&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1)]. Acesso em: 23 jun. 2020.

**SENADO FEDERAL.** Decreto Legislativo n.º 06, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial da União - Edição Extra de 20/03/2020 - n.º 55-C* [p. 1, col. 1], Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: [[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)]. Acesso em: 24 de jun. de 2020.

**SENADO FEDERAL.** Decreto n.º 10.282, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial da União - Edição Extra - G e H, de 21/03/2020*, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: [[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm)]. Acesso em: 24 de jun. de 2020.

**SILVA,** José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2013.

**SOARES,** Ingrid. *Bolsonaro critica governadores: ‘Medidas extremas que não competem a eles’*. Correio Braziliense, [S. l.], 20 mar. 2020. Disponível em: [[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/03/20/interna\\_politica,83554\\_8/bolsonaro-critica-governadores-medidas-extremas-que-nao-competemeles.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/03/20/interna_politica,83554_8/bolsonaro-critica-governadores-medidas-extremas-que-nao-competemeles.shtml)]. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

**SHALDERS,** André. *Bolsonaro diz que pode determinar abertura do comércio com uma canetada semana que vem*. UOL, [S. l.], 2 maio 2020. Disponível em: [<https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2020/04/02/bolsonaro-diz-que-pode-determinar-abertura-do-comercio-com-uma-canetada-semana-que-vem.htm>]. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

**STEFFEN,** Will. GRINEVALD, Jacques. CRUTZEN, Paul. MCNEILL, John. *The Anthropocene: a new epoch of geological time?*. Disponível em: [<https://royalsocietypublishing.org/doi/full/10.1098/rsta.2010.0327>]. Acesso em: 15 de jun. de 2020

**THOMSON REUTERS.** *Dória ameaça ir à Justiça caso Bolsonaro decreta a reabertura do comércio*. Exame, [S. l.], 31 mar. 2020. Disponível em: [<https://exame.com/brasil/doria-ameaca-ir-a-justica-caso-bolsonaro-decreta-area-abertura-do-comercio/>]. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

**UOL NOTÍCIAS.** *OMS declara emergência internacional por surto de ebola*. Disponível em: [<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/08/08/oms-declara-emergencia-internacional-por-surto-deebola.htm>]. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

# Capítulo XIX

A limitação de gastos com  
instrução do IRPF: uma  
consideração sobre a necessidade  
de assegurar um limite razoável  
para dedução na base de cálculo

**Yasmin de Freitas Dantas Santos**

Graduanda do 10<sup>a</sup> semestre da Faculdade  
Baiana de Direito e integrante do Grupo  
de Pesquisa em Direito Tributário.





## A limitação de gastos com instrução do IRPF: uma consideração sobre a necessidade de assegurar um limite razoável para dedução na base de cálculo

**RESUMO:** A análise do imposto de renda de pessoa física pressupõe a admissão de deduções em sua base de cálculo. Dessa forma, dentre as deduções admitidas, existe a figura do direito à educação, de modo que o contribuinte pode deduzir os gastos que possui com a sua instrução bem como de seus dependentes legais. Ocorre que essa dedução não é total, e a lei 9.250/95 estabelece um limite que deve ser observado no que tange aquela. Dessa forma, é preciso que se analise a legalidade desta limitação com base em princípios e direitos fundamentais do ordenamento jurídico, considerando o mínimo existencial e os gastos com instrução do “homem médio” brasileiro. Assim, baseando-se em fatores sociais e etnológicos que circundam o tema, bem como a existência de déficits quantitativos e qualitativos da educação pública, o artigo propõe um novo valor de limitação, utilizando-se da razoabilidade para ponderar o limite na dedução da base de cálculo do IRPF nos moldes na realidade brasileira.

**Palavras-chaves:** Imposto de renda de pessoa física; base de cálculo; dedução; limitação; educação brasileira.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA; 2.1 DAS DEDUÇÕES NA BASE DE CÁLCULO; 2.2 DO LIMITE ESTABELECIDO NO ARTIGO 8º, II, b, DA LEI 9.250/95; 3 DOS GASTOS COM INSTRUÇÃO; 3.1 DA EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL; 3.2 DOS DÉFICITS QUANTITATIVOS E QUALITATIVOS DA EDUCAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA; 4 DA EXISTÊNCIA DE LIMITE RAZOÁVEL À DEDUÇÃO NO IRPF 4.1 DA LIMITAÇÃO BASEADA NOS GASTOS DE UM “HOMEM MÉDIO”; 4.2 DA LESÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL PELA LIMITAÇÃO ATUAL; 4.3 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO VIOLADOS PELA LIMITAÇÃO ATUAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS**

---

## 1. INTRODUÇÃO

O imposto de renda de pessoa física (IRPF), é um tributo de caráter predominantemente fiscal, sendo competência da União a tributação sobre renda e proventos de qualquer natureza. Nesse sentido, existe um conceito constitucional de renda, sendo de suma importância o seu entendimento para que se possa compreender a incidência do IRPF.

A priori, cumpre salientar que os gastos com instrução referentes à educação do contribuinte e/ou dos seus dependentes legais é possível de ser dedutível. No entanto, existe um determinado limite que deve ser observado para que haja a dedução, encontrado na redação do artigo 8º, II, b, da lei 9.250/95. Caso o contribuinte ultrapasse esse limite, o IRPF irá incidir no valor remanescente.

Nesse sentido, o presente artigo possui o objetivo de asseverar a inconstitucionalidade do limite exposto no artigo 8º, II, da lei 9250/95, de modo a compreender que a sua redação não leva em consideração a realidade econômica e educacional da sociedade brasileira. Dessa forma, embora seja possível a existência de limitação da dedução de gastos com instrução, a limitação atual não leva em consideração a existência de diversos parâmetros que circundam o assunto, e que precisam ser analisados para que não se tribute algo destoante à renda do contribuinte.

Para tanto, no segundo capítulo, será explicado o Imposto de Renda de Pessoa Física, analisando as deduções na base de cál-

culo e os limites expostos pela lei 9.250/95. Posteriormente, no capítulo três, serão abordados os gastos com instrução no Brasil, perpassando sobre as considerações concernentes à educação. Adiante, no quarto capítulo, será feita uma reflexão em torno da problemática referente à limitação imposta por lei aos gastos com instrução, de modo a estabelecer a análise minuciada sobre os parâmetros do “homem médio” como estudo base para a existência de uma limitação.

## **2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA**

O imposto de renda de pessoa física é considerado como um tributo que possui caráter pessoal, o qual difere-se substancialmente dos impostos reais. Isto porque, o IRPF incide sobre o aspecto subjetivo do contribuinte, considerando o âmbito pessoal daquele, uma vez ocorrido o fato gerador. Assim, não há como considerá-lo um imposto real, visto que este incide sobre animal ou coisa, como é o caso do Imposto Territorial Urbano (IPTU).<sup>1</sup>

Para além disso, o imposto de renda sujeita-se a todos os princípios gerais aplicados no direito tributário, a exemplo da legalidade e anterioridade, tendo apenas como exceção à noventena. O referido tributo ainda é formado com base em critérios específicos de generalidade, universalidade e progressividade, conforme denota o artigo 153 da Constituição Federal.<sup>2</sup>

Salienta-se que o constituinte estabeleceu a competência da União para instituir o Imposto Sobre Renda e Proventos de qualquer natureza, na forma do artigo 153, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Assim, é imprescindível o conceito de “renda e proventos de qualquer natureza”, a fim de que se entenda o que realmente pode ser tributável.

Inicialmente, é preciso salientar que a renda não pode ser analisada como uma riqueza isoladamente considerável; isto pois, existe um requisito primordial no tocante ao excedente desta ri-

---

1 BORBA, Bruna Estima; COELHO, André Felipe Canuto. Imposto de renda da pessoa física, isonomia e capacidade econômica: analisando o atributo da generalidade. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 3, n. 2, 2016. p. 200-202

2 PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 11ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 68-70.

queza, onde há a possibilidade de dedução com gastos essenciais a sua condição<sup>3</sup>.

Nesse sentido, Leandro Paulsen e José de Melo<sup>4</sup> asseveram que a tributação do imposto de renda incide no acréscimo patrimonial, ou seja, os haveres que se integram ao patrimônio do contribuinte. Ressalta-se, contudo, que verbas indenizatórias não ensejam a incidência do referido tributo, em vista do caráter de recomposição patrimonial que estas detêm.

Em suma, pode-se extrair a constatação de Roque Antonio Carraza, que explana de forma bastante incisiva sobre o tema:

Renda e proventos de qualquer natureza são os ganhos econômicos do contribuinte gerados por seu capital, por seu trabalho ou pela combinação de ambos após o confronto das entradas e saídas verificadas em seu patrimônio, num certo lapso de tempo<sup>5</sup>.

Nesse sentido, é preciso ponderar que o aspecto material do Imposto de Renda em nada se confunde com os aspectos materiais de outros tributos. Isto pois, em uma perspectiva técnica sobre a incidência dos impostos, é possível asseverar que haverá um impacto na renda do contribuinte, a fim de que seja concretizado o caráter arrecadatório do Fisco.<sup>6</sup>

Ocorre que o artigo 43 do Código Tributário Nacional, ao mencionar a tributação do imposto de renda, é bastante específico quanto a questão da “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proveitos de qualquer natureza”, caracterizando assim o fato gerador deste tributo. Por essa razão, não se pode confundir o imposto de renda com qualquer outro imposto instituído pela Constituição aos demais Entes Federativos.

Ocorre o fato gerador do Imposto de Renda de Pessoa Física em 31 de dezembro do ano-calendário. Isto significa que o acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto, será tributado no período de 1 (um) ano. Quanto ao aspecto espacial, assevera-se que

3 CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a Renda. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 39.

4 PAULSEN, Op.cit., p. 62-63.

5 CARRAZZA, Op cit, p. 39.

6 CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a Renda. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009., p. 38-39.

tributação ocorrerá não apenas no território brasileiro, de modo que é possível denotar a tributação com bases universais para incidência.<sup>7</sup>

No que tange ao aspecto pessoal, nota-se que, de um lado, há a União como sujeito ativo, conforme atribuição constitucional. De outro lado, há o sujeito passivo<sup>8</sup>, figurado pelo contribuinte que auferir renda e proveitos de qualquer natureza, desde que residente ou domiciliado no país.<sup>9</sup>

O aspecto quantitativo do IRPF relaciona-se, diretamente, ao conhecimento sobre a base de cálculo e da alíquota a serem aplicadas, de modo que, ocorrido o fato gerador, será preciso que haja uma operação entre ambas as variáveis, para que se verifique o valor a ser apurado.<sup>10</sup> Destarte, as deduções objeto de pesquisa deste artigo terão incidência na base de cálculo, conforme se verá adiante.

## 2.1. Das deduções na base de cálculo

A priori, é fundamental esclarecer que a base de cálculo precisa refletir a capacidade contributiva demonstrada pelo fato gerador dos impostos. O caráter arrecadatório do Fisco pressupõe a prestação de pecúnia, e a afirmação daquela premissa consubstancia o princípio da igualdade<sup>11</sup>. Nesse sentido:

No Brasil, o sistema do direito positivo exibe, em todas as figuras tributárias conhecidas, a observância do princípio da capacidade contributiva absoluta, uma vez que os fatos escolhidos denotam signos de riqueza. Como decorrência, em todos eles há uma base de cálculo e, com isso, campo para o exercício da diretriz da igualdade<sup>12</sup>

7 PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 11ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 75-78. São Paulo.

8 Sobre o contribuinte sujeito passivo, é possível mencionar o artigo 45 do CTN, o qual dispõe que: “Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.”

9 PAULSEN, Op.cit., p. 78-83

10 CARRAZZA, Op cit, p. 74. 2009

11 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Ed. 24. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233-234

12 Ibid., p. 234

A base de cálculo do imposto de renda de pessoa física configura-se como o cerne da questão sobre a tributação, uma vez que, ocorrido o fato tributável referente ao acréscimo patrimonial em auferir renda, será a base de cálculo o montante líquido deste acréscimo.<sup>13</sup>

É possível demonstrar através do artigo 44 do Código Tributário Nacional<sup>14</sup> que “a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”. Existe assim um poder de escolha do contribuinte, que poderá se valer de opções sobre o estabelecimento da base de cálculo do referido tributo, quer seja pela renda real, quer seja pela renda presumida.

Salienta-se que a operação resultante da base de cálculo dependerá, diretamente, da escolha do contribuinte sobre a declaração. Dessa forma, optando pela presumida, a base de cálculo será o Rendimento Mensal Bruto Anual subtraído de 20% do valor dos rendimentos tributáveis na Declaração de Ajuste Anual, limitado a R\$ 16.754,34 (dezesesseis mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e trinta e quatro centavos). Ao privilegiar esta opção, o contribuinte aceita a presunção de eventuais despesas, inclusive por educação.<sup>15</sup>

A declaração completa, ainda que mais trabalhosa devido a necessidade da reunião de documentos comprobatórios, demanda a análise completa das despesas desembolsadas pelo contribuinte no ano. Assim, a base de cálculo da renda real corresponde aos rendimentos tributáveis do contribuinte, subtraído das despesas legalmente dedutíveis no ano.

Nesse sentido, tais deduções encontram-se legalmente tipificadas e relacionadas aos gastos com educação, saúde, previdência privada, doações, contribuição ao INSS dentre outras dispostas na lei 9.250 de 1995.

Contudo, conforme se verá a seguir, a referida legislação do imposto de renda de pessoa física, além de tipificar os gastos dedutíveis, também determina certos limites que devem ser observados com determinadas despesas.

13 CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a Renda. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 75-78. 2009

14 BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966. Código de Tributário Nacional. 1995

15 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física: perguntas e respostas 2020. Brasília: Receita Federal do Brasil, p. 26. 2020.

## **2.2. Do limite estabelecido no artigo 8º, II, b, da Lei 9.250/95**

Conforme demonstrado, o direito determina algumas deduções a serem realizadas na base de cálculo no Imposto de Renda de Pessoa física, expressamente demonstradas em lei. Há, no entanto, determinados limites legais a serem observados em certos desembolsos, de forma que o contribuinte, ao ultrapassá-los, possui o ônus de arcar com a incidência do IRPF sobre este remanescente.

Nesse sentido, a alínea b do artigo 8º inciso II da lei 9.250/95 estabelece os limites relativos aos gastos com instrução do contribuinte e seus dependentes, compreendendo à educação profissional, infantil, fundamental, superior e pós graduação.<sup>16</sup>

No que se refere ao ano de 2020, com base no ano-calendário de 2019, as deduções de despesas com instrução limitaram-se à importância de R\$ 3.561,50 (três mil quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), sendo este limite anual individual. Dessa forma, na declaração de renda do presente ano, caso o contribuinte tenha efetuado gastos com instrução superiores ao valor supramencionado, não haveria seu aproveitamento para fins de dedução na base de cálculo do IRPF.<sup>17</sup>

Vale ressaltar que os gastos com instrução que demandem a remessa de valores para o exterior, como o pagamento da educação de um dependente em intercâmbio, poderão ser deduzidos, desde que o (a) estudante esteja matriculado (a) em estabelecimentos de ensino regular, observando-se, também, a mesma limitação da lei.<sup>18</sup>

Ademais, convém salientar que as eventuais despesas do contribuinte com materiais didáticos, enciclopédia, uniformes, e demais gastos que se relacionem direta ou indiretamente como subsídios para instrução, não poderão ser deduzidos, pois não há enquadramento na lei para tal.<sup>19</sup>

16 BRASIL, Lei 9.250 de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. 1995.

17 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física: perguntas e respostas 2020. Brasília: Receita Federal do Brasil, p. 164. 2020.

18 Ibid., p. 168.

19 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física: perguntas e respostas 2020. Brasília: Receita Federal do Brasil, p. 164-167.

Dessa forma, é possível asseverar que a lei estabelece os gastos com instrução possíveis de serem deduzidos no Imposto de Renda de Pessoa Física. Porém, diferentemente de outras despesas legalmente dedutíveis, existe um limite para essa dedução, que, atualmente, encontra-se no patamar de R\$ 3.561,50 (três mil quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos).

### 3. DA INSTRUÇÃO NO BRASIL

Embora a lei 9.250/95 assegure a dedução em gastos com instrução no imposto de renda de pessoa física, há um limite tipificado do “*quantum*” que pode ser deduzido. Desse modo, é preciso demonstrar a situação atual dos cidadãos brasileiros que se utilizam das instituições privadas para atender suas necessidades educacionais, bem como de seus dependentes.

A priori, convém salientar que Constituição Federal autoriza à iniciativa privada oferecer os serviços relacionados à instrução no Brasil, através do artigo 209. Nesse sentido: “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo poder público”

Para além disso, ainda na Carta Maior, há a liberdade de escolha do cidadão brasileiro em optar pela educação pública ou privada no Brasil<sup>20</sup>. Assim, é possível salientar que o Estado fornece uma educação pública e gratuita no país, do ensino básico ao superior, assim como a iniciativa privada. Todavia, é possível observar uma tendência bastante significativa da sociedade brasileira na busca pelo ensino propiciado pelas instituições privadas.

Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), as pesquisas de orçamentos familiares demonstram que os gastos com educação aumentaram significativamente no orçamento da família brasileira, conjuntamente com gastos relativos à saúde e moradia. Dessa forma, existe uma tendência crescente nos últimos anos de colocar a educação como prioridade.<sup>21</sup>

20 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

21 PESQUISA DE ORÇAMENTOS FAMILIARES 2017-2018: primeiros resultados / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE, 2019.



Sobre esse aspecto, cumpre salientar que a preocupação de gastos com a educação não está restrita há uma visão substancial sobre a escolha do cidadão brasileiro, como determina o constituinte, ao ensino público ou particular.

Isto pois, em havendo poder aquisitivo mínimo para tal, existe uma preferência da sociedade brasileira a desembolsar quantia relativa à educação, em mormente ao ensino básico. Tal concepção pode ser extraída pelo fato de que o crescimento com os gastos relativos à educação relaciona-se, diretamente, à elevação de renda nas áreas ou famílias mais pobres, impulsionada a partir dos anos 2000.<sup>22</sup>

Dessa forma, é possível asseverar que existe no Brasil uma coexistência de prestação serviços educacionais entre os setores públicos e privados, de modo que é possível escolher entre um ou outro. No entanto, demonstra-se que há uma preferência lógica, ou, simplesmente, uma necessária adesão às instituições privadas do país. Dessa forma, é preciso demonstrar as razões e bases que circundam a instrução no Brasil.

### 3.1. Da educação como um direito fundamental

A priori, cumpre salientar que Constituição Federal de 1988 integrou no Título II os Direitos e Garantias Fundamentais, os quais subdividem-se em cinco capítulos: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e àqueles relativos à existência, organização e participação em partidos políticos. Nesse sentido, o direito à educação encontra-se presente no capítulo segundo, disposto no artigo 6º, possuindo a seguinte redação:

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. (grifos nossos)

Assim, salienta-se à educação como um direito fundamental, por expressa determinação do constituinte. Segundo Robert Alexy, a configuração dos direitos fundamentais relaciona-se, dire-

22 SOUZA, Beatriz. **Como os gastos com educação pesam no bolso dos brasileiros.** Jornal Exame. 2014.

tamente, ao próprio direito do homem, submetendo-os à transmutação em um direito positivo. Seguindo esta linha de raciocínio, deve o Estado prover os meios necessários à concretização daqueles direitos, passando-se, dessa forma, por um processo de institucionalização.<sup>23</sup>

Tal constatação também pode ser extraída a partir do artigo 205 da Constituição Federal, que estabelece a educação como um dever do Estado e da família, sendo um direito de todos. O referido dispositivo também estabelece o objetivo da educação, uma vez que visa “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.<sup>24</sup>

Inicialmente, é preciso ressaltar que o dever incumbido ao Estado de fornecer gratuitamente à educação brasileira para todos, limitou-se ao ensino fundamental e obrigatório<sup>25</sup>. Não obstante, a emenda constitucional nº 25 de 2009 alterou a redação do artigo 208 e determinou que a educação básica seja obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos, abrangendo aqueles que já passaram dessa faixa etária, mas não obtiveram acesso à educação em idade própria.<sup>26</sup>

Além disso, o fornecimento do ensino médio público passou a ter uma progressividade universal, não mais extensiva. Assim, há uma ampliação do acesso de indivíduos entre 15 e 17 anos ao ensino médio, em todas as unidades da federação, em mormente à rede federal, que fornece educação profissional técnica de nível médio.<sup>27</sup>

O ensino superior, contudo, possui redação pelo artigo 208, V, da constituição, de modo que o dever do Estado será efetivado

23 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luis Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n 217 jul.set/ 1999, p. 73

24 BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

25 TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: Neto, C. P. S. ; Sarmiento, D. (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 12

26 BRASIL. Emenda constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2009.

27 SILVA, Monica Ribeiro da. Ampliação da obrigatoriedade escolar no Brasil: o que aconteceu com o Ensino Médio?. **Ensaio: aval.pol.públ.Educ.**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 107, p. 274-291, June 2020, p. 286-287

mediante a garantia de “acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e criação artística, segundo a capacidade de cada um”. Desse modo, sobre este ponto, exclui-se o dever prestacional do Estado relacionado à obrigatoriedade, presente na educação básica.

Assim, pode-se asseverar que a educação existe e é constitucionalmente garantida, possuindo caráter essencial de um direito fundamental social. O Estado, desse modo, tem o dever de fornecê-la, a fim de que sejam concretizados os objetivos consagrados pela Constituição no que tange à educação. Contudo, é preciso salientar que existem diferenças consideráveis entre os níveis de ensino fornecidos pelo Poder Público (fundamental, médio e superior), com impactos significativos na abordagem de déficits quantitativos e qualitativos da educação brasileira.

### **3.2. Dos déficits quantitativos e qualitativos da educação pública brasileira**

Por um viés, existe uma qualidade de ensino superior bastante eficaz no país. Um exemplo notório desta configuração pode ser verificado, justamente, pela avaliação das notas do MEC no Índice Geral de Curso (IGC). A pesquisa mostra que, das 105 instituições públicas avaliadas no país, 13 universidades obtiveram nota máxima, e nenhuma obteve nota mínima.<sup>28</sup>

Ocorre que, em pese a qualidade do ensino público superior, existem déficits quantitativos que podem ser vislumbrados nestas instituições. Isto pois, conforme demonstrado anteriormente, o Estado não disponibiliza o acesso a todos os cidadãos para ingressarem em universidades públicas. Assim, o Poder Público não fornece oferta de vagas para todos os estudantes que almejam entrar em uma universidade custeada pelo Governo.

Esse resultado pode ser vislumbrado pelo censo da educação superior de 2018. Nesse caso, por se tratar de um déficit quantitativo da educação pública brasileira, muitas vezes é necessário recorrer as instituições privadas para garantia de um curso superior. O resultado mostra que dos 8,4 milhões de estudantes de

28 VALADARES, Marcelo. OLIVEIRA, Elida. **Apenas 2% das instituições de ensino superior têm nota máxima em avaliação do MEC.** Portal G1. 2019

curso de graduação, 75,4% são matriculados em rede particular. Ou seja, em que pese a qualidade de ensino das universidades públicas, apenas 24,6% estão matriculados nestas.<sup>29</sup>

Esse fato, por sua vez, relaciona-se diretamente à quantidade de vaga que as instituições públicas e privadas de ensino dispõem. Isso pois, é possível verificar que a rede privada possui uma maior abrangência na disponibilidade das vagas. Nesse sentido, ainda segundo o estudo do INEP de 2018, pôde-se verificar que a rede privada ofertou 93,8% do total de vagas em curso de graduação em 2018. A rede pública, por sua vez, obteve o percentual de apenas 6,2% no total de vagas oferecidas.<sup>30</sup>

Situação diversa pode ser evidenciada quanto ao ensino público das instituições de ensino básico no país. Dessa forma, em que pese subsista amplamente o acesso à esta educação, pode-se perquirir uma falha no que tange à qualidade do ensino propagado.

Nesse sentido, o IDEB (Índice de Educação de Ensino Básico) mostra que as notas da rede de ensino particular entre os anos de 2005 e 2016 variaram em uma média de 5.6. As escolas da rede pública, por sua vez, possuem uma média de 3.4. Esse resultado expõe, em verdade, uma divergência notória entre ambas as redes.<sup>31</sup>

Nesse sentido, pode-se perceber que as instituições privadas no Brasil são necessárias, uma vez que o sistema público de ensino não suporta o atendimento para toda população. Desse modo, os cidadãos brasileiros muitas vezes precisam recorrer à educação privada, seja porque não há vagas suficientes nas instituições públicas, seja porque o ensino proporcionado não condiz com a qualidade estimada.

#### **4. DA EXISTÊNCIA DE LIMITE RAZOÁVEL À DEDUÇÃO NO IRPF**

Conforme asseverado, no Brasil, existem gastos consideráveis com instrução. É notório, todavia, que não são todas as camadas

29 BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). **Censo da Educação Superior 2018**: notas estatísticas., p.18

30 BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). **Censo da Educação Superior 2018**: notas estatísticas., p.12

31 SALDANÁ, Paulo. **Vestibular ditará reforma do ensino médio em escolas particulares**. Folha de São Paulo. 2016. SP.

da população brasileira que possuem condições de arcar com este custo. Em que pese a classe média e a classe alta, de modo geral, possuírem condições de desembolsarem quantias para sua educação ou dos seus dependentes, é possível vislumbrar que estes gastos variam conforme condições socioeconômicas vigentes.

Dessa forma, a exemplo da educação básica, existe uma procura bastante considerável da população em vista de déficits qualitativos do ensino público, e as mensalidades variam a preços bastante consideráveis. Alguns pais se predispõem a desembolsar mensalidades que variam entre R\$ 7.000,00 e R\$ 10.000,00, chegando a pagar R\$ 120.000,00 no ano pela educação de seus filhos.<sup>32</sup>

Nesse sentido, a tributação é necessária a fim de que o Estado possa garantir determinadas finalidades. Isto pois, é através da mesma que aquele obtém os recursos necessários para o seu funcionamento e na concretização dos próprios deveres constitucionais a ele incumbidos.<sup>33</sup>

Por essa razão, não é plausível que se defenda a inexistência de uma limitação na dedução da base de cálculo referente aos gastos com instrução no IRPF, principalmente àquela camada da população, que aceita pagar quantias elevadas na procura de um modelo específico de educação.

Nesse sentido, a arrecadação do imposto de renda, em mormente de pessoa física, gera recursos bastantes consideráveis aos cofres públicos, que podem ser geridos com a finalidade de financiar diversas políticas públicas, a exemplo da alocação de determinados recursos no intuito de melhorar os déficits qualitativos do ensino básico do país.<sup>34</sup>

Contudo, nota-se que a realidade de gastos consideráveis com educação é considerada uma realidade atípica e peculiar de uma parte privilegiada da sociedade brasileira, que dispõe de recursos destoantes à maioria da população. Por conseguinte, não se pode

32 FORBES, **Quanto custa estudar em 23 das escolas mais caras do país em 2019**. São Paulo. 22 de novembro de 2018.

33 CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda*. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 30

34 PORTAL G1. **IR 2019: Saiba quanto a Receita arrecada e para onde vai o dinheiro**. 09 de março de 2019.

levar em consideração essa realidade, de modo a ser preciso e necessário atentar-se a condição do “homem médio” na percepção destes valores.

Nesse sentido, é preciso que se analise a existência de uma limitação aos gastos com instrução no Brasil, mas que preste observância aos direitos fundamentais do contribuinte. Por essa razão, inclusive, é possível demonstrar a existência de uma limitação baseando-se no princípio da razoabilidade.

Essa razoabilidade, por sua vez, pode ser vista no sentido da aplicabilidade desta limitação, que precisa levar em conta diversos fatores. Nesse sentido, segundo Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um dado momento ou lugar.<sup>35</sup>

Em uma análise minuciosa sobre a aplicabilidade do princípio da razoabilidade, é necessária a observância de dois pressupostos: a razoabilidade interna e externa. A primeira deve ser vislumbrada dentro da lei, de modo a assegurar uma relação racional e razoável entre motivos, meios e fins. Estes, por sua via, precisam coexistir de forma harmônica e relacionados entre si<sup>36</sup>.

Em havendo na realidade fática a razoabilidade interna, passa-se então à análise de uma razoabilidade externa. Esta, relaciona-se com a adequação condizente à Constituição. Dessa forma, ainda que exista uma relação racional e lógica entre os motivos, meios e fins, a norma precisa observar o texto constitucional, e, uma vez sendo contraditório a este, a razoabilidade e a legitimidade daquela resta prejudicada.<sup>37</sup>

---

35 BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça. n° 1. Jan/jun 1995. p. 165

36 Ibid., p. 166

37 Ibid., p. 166-167

Assim, é possível que o legislador brasileiro aplique um limite à dedução da base de cálculo utilizando-se da razoabilidade em sua concretização, baseando-se em uma racionalidade interna e externa consideráveis ao IRPF. Isto pois, conforme será demonstrado, a aplicabilidade da limitação atual não condiz com a realidade brasileira, ofendendo, inclusive, preceitos constitucionais.

#### **4.1. Da limitação baseada nos gastos de um “homem médio”**

Para que se possa vislumbrar com melhor assertividade todos os aspectos concernentes a limitação atual no que tange aos gastos com instrução, é imprescindível que, na prática, se possa fazer uma análise dos valores despendidos pelos gastos com educação. Para tanto, essa ponderação terá como base as despesas de um “homem médio”, e, a partir desses estudos, será estabelecida uma limitação que atenda à razoabilidade e não contrarie o mínimo existencial e os princípios do direito tributário.

No ano de 2009, a ANPEC (Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia) realizou um estudo que ponderou se existiria relação entre a mensalidade escolar de determinadas instituições de ensino médio e o desempenho médio da escola, que teve o ENEM como base para realização da presente indagação.<sup>38</sup>

Nesse sentido, o estudo leva em consideração a mensalidade de algumas escolas em São Paulo à época, e comparam a relação entre proficiência e anuidade por escola. Ao relacionar os dados em uma tabela, foi possível verificar que existe, de fato, uma relação diretamente proporcional entre a nota média da Escola (que, no caso, relaciona-se ao rendimento dos alunos no ENEM), com a o valor da anuidade que a escola disponibiliza. Em outras palavras, os alunos que estudavam em escolas que cobravam valores maiores tendiam a ter os melhores resultados de desempenho no ENEM.<sup>39</sup>

Nesse sentido, o estudo concluiu sobre essa perspectiva que:

38 CURI, Andréa. MENEZES FILHO, Naércio. FARIA, Ernesto. **A Relação entre Mensalidade Escolar e Proficiência no ENEM**. XXXVI Encontro Nacional de Economia. Anais... Foz do Iguaçu: ANPEC. 2009

39 Ibid, p. 10

A mensalidade é estatisticamente significativa e positivamente relacionada com o desempenho dos alunos no ENEM, isto é, as escolas mais caras apresentam desempenho médio de seus alunos maior. A elasticidade estimada foi de 0,116, indicando que para cada aumento de 10% no valor da mensalidade escolar a nota do aluno aumenta, em média, 1,16% quando controlamos por background familiar e peer effect<sup>40</sup>

Ocorre que um fato bastante curioso e interessante também pôde ser observado neste estudo. Isto pois, essa relação de proporcionalidade é finita, de modo que, a partir de um determinado valor de anuidade, não há qualquer alteração na relação de proficiência e anuidade. Ou seja, as escolas que cobram mensalidades exorbitantes não necessariamente apresentam melhores desempenhos do que aquelas que cobram um valor considerado “médio” pelo estudo.<sup>41</sup>

Esses estudos asseveram a ideia constante neste artigo de que a educação qualitativa possui relação direta com escolas particulares, sobretudo da educação de ensino básico e médio do país. Pode-se notar que os mais ricos estão dispostos a pagar mensalidades extremamente elevadas, que não influenciam, necessariamente, na qualidade do ensino, de modo que outra escola pode suprir a mesma educação de modo equivalente ou, ao menos, satisfatório.

Por esta e outras razões já debatidas, deve haver limite à dedução dos gastos com instrução. Para isso, é preciso que se analise a média de quanto as escolas particulares do Brasil cobram de mensalidade, e considerar como parâmetro os valores que se enquadram no que o “homem médio” possui condições de arcar.

Pois bem, tomando como parâmetro o levantamento realizado pela revista Quero<sup>42</sup>, no ano de 2020, a mensalidade média de cobrança das escolas particulares do Brasil no ensino médio pode ser estimada em R\$ 814,15 (oitocentos e quatorze reais e quinze centavos).

Se considerarmos esse valor pela anuidade, para fins de estabelecer a limitação, chegaremos ao resultado de R\$ 9.796,80 (nove

40 Ibid, p. 19

41 Ibid, p. 10

42 REVISTA QUERO. **Quanto custa estudar em uma escola particular no Brasil.** 2020



mil setecentos e noventa e seis reais e oitenta centavos). Considerando que existe uma margem de erro, esse valor poderia ser aproximado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mostrando-se plausível de ser considerado na realidade atual.

#### **4.2. Da lesão ao mínimo existencial pela limitação atual**

A abordagem relativa à limitação na dedução do IRPF precisa perpassar por uma ideia de mínimo existencial, a fim de que não seja atingida a própria subsistência do contribuinte. Nesse sentido, é possível considerar que o mínimo existencial decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui como princípio norteador da Constituição Federal de 1988.

Segundo a ministra Carmem Lúcia, uma das conquistas essenciais do direito contemporâneo é justamente a condição da dignidade da pessoa humana como norma jurídica. Nessa abordagem, é importante mencionar que este princípio é mais do que um dos fundamentos do Estado Brasileiro (artigo 1º, III, da Constituição), mas também uma base na aplicação das diversas situações fáticas da vida, tanto na imersão jurídica quanto nas próprias relações sociais.<sup>43</sup>

Nessa perspectiva, a dignidade está intrinsecamente ligada à pessoa humana. É, portanto, o “ser” humano que precisa ser assegurado, e, por consequência, não há de ser preservar quaisquer medidas que vão de encontro ao bem estar do mesmo; que prejudiquem consideravelmente o respeito à sua dignidade como condição de sua existência.<sup>44</sup>

O ideal preservado pelo constituinte pauta-se justamente nessa preservação da pessoa humana, que precisa ter assegurado todos os seus direitos fundamentais. Ocorre que, em sentido contrário, a realidade brasileira muitas vezes demonstra uma inefetividade na concretização daqueles, seja por uma atuação omissiva do Estado, seja por fatores sociais e de marginalização que assolam o país. Nesse sentido:

---

43 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista de Direito Administrativo: RDA. Rio de Janeiro. Vol. 255 (set./dez. 2010). p. 16

44 Ibid., p. 17

O Brasil ainda vive uma situação de desigualdade social demasiadamente forte. E isso afeta profundamente a dignidade da pessoa humana. As diferenças sociais são tão estampadas que podem ser vistas, por exemplo, no céu de São Paulo: muitos se deslocam de helicóptero, enquanto outros vão ao trabalho a pé, muitas vezes andando quilômetros. Há, ainda, em se tratando do Nordeste do Brasil, os que vão trabalhar no lombo de um jumento ou crianças que, para estudar, são transportadas na carrocera de algum caminhão. E o pior, quando chegam na escola, essas crianças não têm lugar para sentar, tal a precariedade da instituição. Enquanto isso, outras crianças são alfabetizadas em ótimos colégios que ensinam ainda duas ou três línguas. Ou seja, o Brasil vive uma desigualdade social tão grande, que se torna difícil sua mensuração.<sup>45</sup>

Dessa forma, é possível verificar que a concretização da dignidade da pessoa humana encontra-se intimamente correlacionada à concretização de direitos fundamentais. O mínimo existencial, por sua vez, possui duas vertentes: a prestacional e a garantista. No que tange à primeira, há justamente uma obrigação do Estado em garantir direitos sociais à população, de modo que o indivíduo deve exigí-los perante a esta Instituição.<sup>46</sup>

Existe uma atenção significativa quanto à vertente garantista, pois esta possui uma relação direta com o tema do presente artigo. Isto pois, a sua conotação refere-se à dispensa de determinados direitos e/ou deveres em razão de um “bem maior”, ou seja, pela garantia das condições mínimas da vida digna da pessoa ou de sua família.<sup>47</sup>

Nesse sentido, é possível aqui ponderar o próprio dever de pagar imposto, que é atribuído à condição de ser um contribuinte. Partindo-se da exemplificação do Imposto de Renda de Pessoa Física, nota-se que existe um valor “mínimo” de renda anual que o indivíduo deve auferir para que haja a tributação. Dessa forma,

---

45 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista de Direito Administrativo: RDA. Rio de Janeiro. Vol. 255 (set./dez. 2010). p. 20

46 GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, n. 9, p. 379-397, dez. 2006. p. 387-388

47 Ibid., p. 387

caso este receba, anualmente, uma importância menor do que a tipificada, estará isento do pagamento deste imposto.<sup>48</sup>

Para além disso, o mínimo existencial nessa vertente garantista, protege os direitos sociais, na medida em que entende-os como necessários à vida humana, e, por isso, há a dedução de gastos com direitos como saúde e educação, que compõem a ideia de um mínimo existencial, e, portanto, precisam ser amparados pelo Estado.<sup>49</sup>

Conforme asseverado, atualmente, os gastos com a educação possuem um limite anual na dedução correspondente ao valor de R\$ 3.561,50 (três mil quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos).

Ocorre que, pelos estudos realizados no presente artigo, um valor de limite razoável e aplicável à dedução seria o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mostrando-se, dessa forma, a disparidade exorbitante que existe na relação entre o que é exposto pela legislação e o que deveria ter como base para limitação, considerando os gastos com instrução de um “homem médio” no país.

Dessa forma, a limitação atual não se mostra adequada à realidade, de modo que atinge sobremaneira o mínimo existencial e, por consequência, à dignidade da pessoa humana.

### 4.3. Dos princípios do Direito Tributário violados pela limitação atual

É possível ponderar ainda que não apenas o mínimo existencial pode ser afetado em razão do limite atual de dedução em gastos com instrução. Isto pois, o imposto também deve obedecer aos próprios princípios do direito tributário, a fim de que se verifique a sua adequação principiológica ao sistema.

48 No ano de 2020 (exercício de 2019) a tributação do IRPF levou em consideração os rendimentos tributáveis, sujeitos ao ajuste na declaração, cuja soma anual foi superior a R\$ 28.559,70, bem como aqueles que receberam rendimentos isentos, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte, cuja soma foi superior a R\$ 40.000,00. (RFB - Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº 1.924**, de 19 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre Renda Pessoa Física referente ao exercício de 2020, ano-calendário de 2019, pela pessoa física residente no Brasil, Brasília, DF. 2020).

49 REGO, Nara Mariano et al. **Imposto de Renda versus mínimo existencial**. Direito em Foco, Ed. 10, Ano: 2018

A priori, é possível levar em consideração as ponderações de Roque Antônio Carraza sobre a lei 9.250/95, que, como visto, traz a limitação de gastos com instrução, designando ainda valores nos índices e tabelas anexos à legislação. Segundo o autor, a lei se baseia em parâmetros concernentes a realidade à época, que em nada relacionam-se com a situação econômica atual em que o país se encontra.<sup>50</sup>

Embora essa lei seja atualizada anualmente, há de se notar que não existe uma atualização baseada no aumento real dos descontos ganhos, ou seja, que condiz efetivamente com o que é gasto em educação pelo “homem médio” brasileiro. Dessa forma, o valor atual de R\$ 3.561,50 (três mil quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos) é resultante de uma atualização monetária, de modo que o seu acréscimo relativo ao exercício anterior levou em conta, apenas, o aumento nominal do rendimento dos contribuintes.<sup>51</sup>

Dada essas premissas, é possível considerar que a limitação atual se desvincula, consideravelmente, de alguns dos princípios básicos do direito tributário, como os princípios da igualdade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.<sup>52</sup>

O princípio da igualdade não apenas relaciona-se ao direito tributário, mas constitui-se como uma máxima do Estado, que precisa assegurar condições igualitárias entre os indivíduos. Dessa forma, a carta constitucional expõe no caput do artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.

Contudo, é necessário que se analise o princípio da igualdade pelo entendimento de que as pessoas são diferentes, e existem em condições distintas umas das outras, de modo que essa ponderação se faz imprescindível. É nesse sentido que o professor Nelson Nery Junior afirma que “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.<sup>53</sup>

50 CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda*. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 327

51 CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda*. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009., p. 326

52 *Ibid.*, p. 326

53 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72.

Baseando-se nesta premissa, o direito tributário atua justamente para que aqueles que se encontram em situações equivalentes não sejam tratados de maneira desigual. Contudo, é possível, bem como necessário, atribuir tratamento tributário diferenciado. Esse, por sua vez, tem como base o princípio da capacidade contributiva, além das possíveis razões extrafiscais.<sup>54</sup>

Nesse sentido, para concretização do princípio da igualdade, a capacidade contributiva deve ser analisada. Esse princípio também possui aparo constitucional, e é essencial para a que haja uma “harmonia fiscal”<sup>55</sup>.

Há de se notar que o princípio da capacidade contributiva, na acepção objetiva, precisa de fundamento da tributação, e é exigido do legislador a obrigatoriedade em eleger um “signo presuntivo da riqueza”, para que se configure a incidência do tributo. Já na acepção subjetiva, deve-se analisar o sujeito em si, de modo que haja graduação da tributação, apresentando os limites máximos e mínimos para esta.<sup>56</sup>

Dessa forma, a capacidade contributiva leva em consideração a análise do “*quantum*” que cada contribuinte consegue arcar com determinada carga tributária. Em suma, este princípio possui um caráter pessoal que demanda um ideal de “justiça tributária”, na medida em que o contribuinte que possui um aporte maior de riqueza arcará com o ônus de pagar um valor maior de imposto, com base na proporcionalidade.<sup>57</sup>

É importante então analisar a interseção do princípio da capacidade contributiva com o princípio da vedação ao confisco. Este, encontra-se exposto no artigo 150, IV, da Constituição Federal, e determina que a utilização do tributo com efeito de confisco deve ser vedada.

Nesse sentido, existirá de fato o efeito de confisco quando o tributo não obedecer a capacidade contributiva do indivíduo. As-

54 MACHADO, Graziela. OLIVEIRA, Francisco. MACEI, Demetrius. **O princípio da igualdade em matéria tributária**. vol. 03, n°. 44, pp. 473-498, Curitiba, 2016. p. 481.

55 CARRAZZA, Op cit., p. 329

56 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **O princípio da capacidade contributiva nos impostos, nas taxas e nas contribuições para fiscais**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, 2010. p.7-8

57 CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a Renda. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 114 -115.

sim, aquele princípio garante que o Estado não se utilize da sua soberania para tributar o próprio patrimônio do contribuinte, em inobservância a real finalidade da tributação.<sup>58</sup>

Pelo exposto, o valor de R\$ 3.561,50 viola à igualdade e capacidade contributiva, na medida em que o limite neste patamar faz com que o impacto na tributação seja muito maior na classe média e naqueles que possuem uma maior quantidade de filhos. Essa consideração pode ser facilmente concluída quando se analisa minuciosamente o cálculo do IRPF. Nesse caso, a palavra “impacto” é proposital, pois, evidentemente, aquele que mais auferiu renda e rendimentos tributáveis deverá pagar um valor maior de IRPF.

Contudo, em se tratando do *quantum* de limitação, é possível afirmar que a classe média sentirá um peso maior na dedutibilidade, uma vez que, muitas vezes, o valor de imposto a pagar corresponde a mais da metade de seu salário mensal, situação bastante diversa do que acontece com os contribuintes que possuem maior poder aquisitivo. Por essa razão, há um “confisco” do Estado, visto que tributa mais do que a capacidade que contribuinte médio deveria dispor, o que resulta ainda na lesão ao mínimo existencial.

## 5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, é possível asseverar que o Imposto de Renda de Pessoa Física é um tributo de caráter pessoal, que possui como fato gerador auferir renda e proveitos de qualquer natureza. Para tanto, existem gastos que podem ser dedutíveis em sua base de cálculo, relacionados, em mormente, aos direitos sociais. No que tange à educação, existe uma limitação imposta pela lei 9.250/95, na importância de R\$ 3.561,50 (três mil quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos).

Existem, no entanto, determinadas nuances a serem observadas no que tange à educação, que, embora seja dever do Estado, não é garantida na totalidade em todos os graus, e o seu fornecimento possui déficits qualitativos e quantitativos. Os primeiros relacionam-se principalmente ao ensino básico, fundamental e médio fornecidos pelas escolas públicas no país, de modo que é consideravelmente inferior à maioria das escolas particulares.

---

58 Ibid., p. 117-118

Os segundos, relacionam-se ao ensino superior fornecido pelo Poder Público, que evidencia uma qualidade notável, mas não obtém quantidade de vagas a todos os brasileiros, que acabam por recorrer as instituições privadas.

De todo modo, pôde-se observar que o ensino particular no Brasil, atualmente, é bastante necessário, de modo que o poder público não possui condições de fornecer um ensino de qualidade e que atenda a toda população.

Por essa razão, não se configura justo atribuir um limite bastante irrisório como parâmetro para dedução no imposto de renda de pessoa física, havendo a necessidade, portanto, de estabelecê-lo com base em uma razoabilidade.

Nesse sentido, o presente artigo demonstrou que a limitação da legislação atual ofende ao mínimo existencial, além de ir de encontro aos princípios básicos do direito tributário, que precisam ser atendidos, quais sejam: o princípio da igualdade, da capacidade contributiva e vedação ao confisco.

Dessa forma, foram analisadas as condições fáticas da atualidade, que demandam gastos consideráveis com instrução, de modo que os brasileiros gastam em média R\$ 814,15 (oitocentos e quatorze reais e quinze centavos) por mês em educação no ensino médio. Esse valor levou a ponderação de que a quantificação razoável, que deveria substituir a limitação atual anual, deveria ser no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nota-se, então, que existe uma diferença bastante significativa entre o valor de limitação atual e a ponderação sobre o valor considerado a partir dos parâmetros de razoabilidade e a realidade dos gastos com instrução no Brasil.

É importante salientar, contudo, que o valor de R\$ 10.000,00 não pode ser considerado como parâmetro infinito, de modo que é possível haver a sua majoração, levando em conta o aumento real de gastos que se tem com a educação em cada ano, o que inclui ainda uma análise tanto de correção monetária como inflacionária no país.

Há ainda a possibilidade do importe supramencionado ser minorado, caso a sociedade brasileira consiga chegar a um *status quo* onde o ensino público supere os déficits quantitativos e qualitativos da educação brasileira que existem atualmente.

Assim, é preciso atentar-se que a educação é um direito fundamental a todos os brasileiros, e esta precisa ser levada em consideração com o máximo de respeito a sua efetividade. O valor proposto como razoável deve ser atualizado anualmente no Brasil, sempre com base em uma realidade econômica e social.

## REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Tradução de Luis Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n 217 jul.set/ 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>. Acesso em: 05/10/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça. nº 1. Jan/jun 1995

BORBA, Bruna Estima; COELHO, André Felipe Canuto. **Imposto de renda da pessoa física, isonomia e capacidade econômica: analisando o atributo da generalidade**. Rev. Investig. Const., Curitiba, v. 3, n. 2, 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S235956392016000200199&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392016000200199&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09/09/2020

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). **Censo da Educação Superior 2018**: notas estatísticas. Disponível em: [http://download.inep.gov.br/educacao\\_superior/censo\\_superior/documentos/2019/censo\\_da\\_educacao\\_superior\\_2018-notas\\_estatisticas.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2019/censo_da_educacao_superior_2018-notas_estatisticas.pdf). Acesso em: 10/10/2020

\_\_\_\_\_. Lei 9.250 de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5. 172 de 25 de Outubro de 1966. Código de Tributário Nacional. 1995.



- CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a Renda. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Ed. 24. São Paulo: Saraiva, 2012
- CURI, Andréa. MENEZES FILHO, Naércio. FARIA, Ernesto. **A Relação entre Mensalidade Escolar e Proficiência no ENEM**. XXXVI Encontro Nacional de Economia. Anais... Foz do Iguaçu: ANPEC. 2009. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2009/inscricao.on/arquivos/000dc5e-b653b0963602b4037e0ae9e07493.pdf>. Acesso em: 07/11/2020
- FORBES, **Quanto custa estudar em 23 das escolas mais caras do país em 2019**. São Paulo. 22 de novembro de 2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2018/11/quanto-custa-estudar-em-23-das-escolas-mais-caras-do-brasil/>. Acesso em: 15/10/2020
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, n. 9, p. 379-397, dez. 2006. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista09/artigos/sidney.pdf>. Acesso em 10/11/2020.
- MACHADO, Graziela. OLIVEIRA, Francisco. MACEI, Demetrius. **O princípio da igualdade em matéria tributária**. vol. 03, n°. 44, pp. 473-498, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1877>. Acesso em: 05/11/2020
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 11ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- PESQUISA DE ORÇAMENTOS FAMILIARES 2017-2018: primeiros resultados / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 02/10/2020
- PORTAL G1. **IR 2019: Saiba quanto a Receita arrecada e para onde vai o dinheiro**. 09 de março de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/imposto-de-renda/2019/noticia/2019/03/09/ir-2019-saiba-quanto-a-receita-arrecada-e-para-onde-vai-o-dinheiro.ghtml>. Acesso em: 21/10/2020

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Imposto sobre a Renda da Pessoa Física: perguntas e respostas 2020**. Brasília: Receita Federal do Brasil. Disponível em: [https://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2020/perguntao/pr-irpf-2020-v-1-2-2020-04-13\\_publicacao.pdf](https://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2020/perguntao/pr-irpf-2020-v-1-2-2020-04-13_publicacao.pdf). Acesso em: 05/10/2020

REGO, Nara Mariano et al. **Imposto de Renda versus mínimo existencial**. Direito em Foco, Ed. 10, Ano: 2018

REVISTA QUERO. **Quanto custa estudar em uma escola particular no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://querobolsa.com.br/revista/quanto-custa-estudar-em-uma-escola-particular-no-brasil>. Acesso em: 10/11/2020

RFB - Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº 1.924**, de 19 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre Renda Pessoa Física referente ao exercício de 2020, ano-calendário de 2019, pela pessoa física residente no Brasil, Brasília, DF. 2020. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaosSelecionados=&tiposAtosSelecionados=42&lblTipo>. Acesso em: 11/11/2020

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **O princípio da capacidade contributiva nos impostos, nas taxas e nas contribuições parafiscais**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1371>. Acesso em: 05/11/2020

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista de Direito Administrativo: RDA. Rio de Janeiro. Vol. 255 (set./dez. 2010).

SALDANÃ, Paulo. **Vestibular ditará reforma do ensino médio em escolas particulares**. Folha de São Paulo. 2016. São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2016/10/1821222-vestibular-ditara-reforma-do-ensino-medio-em-escolas-particulares.shtml>. Acesso em: 10/10/2020

SILVA, Monica Ribeiro da. Ampliação da obrigatoriedade escolar no Brasil: o que aconteceu com o Ensino Médio?. **Ensaio: aval.pol.públ.Educ.**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 107, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-40362020000200274](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362020000200274). Acesso em: 20/10/2020

SOUZA, Beatriz. **Como os gastos com educação pesam no bolso dos brasileiros**. Jornal Exame. 2014. Disponível em: <https://exame.com/brasil/como-os-gastos-com-educacao-pesam-no-bolso-dos-brasileiros/>. Acesso em: 05/10/2020

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: Neto, C. P. S.; Sarmiento, D. (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: [http://www.opet.com.br/faculdade/revistaanima/pdf/anim1/artigo\\_Andre\\_Ramos\\_Tavares\\_direito\\_fund.pdf](http://www.opet.com.br/faculdade/revistaanima/pdf/anim1/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf). Acesso em: 10/10/2020

VALADARES, Marcelo. OLIVEIRA, Elida. **Apenas 2% das instituições de ensino superior têm nota máxima em avaliação do MEC**. Portal G1. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/12/12/apenas-2percent-das-instituicoes-de-ensino-superior-tem-nota-maxima-em-avaliacao-do-mec.ghtml#:~:text=Apenas%202%25%20das%20institu%C3%A7%C3%B5es%20de%20ensino%20superior%20e%201%2C7,em%20institu%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%ABlicas%20quanto%20privadas>. Acesso em: 15/10/2020

