

Coordenação de  
Tássia Gervasoni

Emerson Luiz de Souza Rodrigues  
Lenise da Silva Zanato  
Carina Lopes de Souza  
(Orgs.)



# Direito, Democracia e Sustentabilidade



Os trabalhos que compõem esta obra foram desenvolvidos no âmbito de um contexto em comum: a disciplina de Jurisdição e Sustentabilidade, ofertada junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Com efeito, os textos não deixam de ser transpassados pelas inquietações e pressupostos que moldam a própria disciplina e o Programa de Mestrado. Quanto à disciplina, tem-se a refinada preocupação com a construção de um conhecimento teórico aplicável, capaz de produzir transformação social em direção ao recrudescimento da Sustentabilidade e do Estado Democrático de Direito. Quanto ao Programa de Mestrado, com área de concentração em Direito, Democracia e Tecnologia, destaca-se a preocupação em estabelecer uma qualificada discussão sobre os limites e as possibilidades do Estado Democrático e seus desafios contemporâneos, em especial no que toca às interconexões jurídico-sociais. Contemporaneamente, tratar de jurisdição no âmbito de um Estado Democrático vincula-se inelutavelmente com temas conexos aos direitos fundamentais, seus respectivos conteúdos, desafios e, notadamente, mecanismos de efetivação e exigibilidade. Sem dúvida, trata-se de obra que aborda importantes desafios aos direitos fundamentais, à democracia e à Sustentabilidade, temas cujo debate é indispensável para uma vivência que se pretenda solidamente democrática e alinhada ao respeito e promoção da dignidade humana.

**Tássia A. Gervasoni**

Doutora em Direito

Professora de Direito Constitucional e Ciência Política na Faculdade Meridional - IMED



## **Direito, Democracia e Sustentabilidade**



Inspira quem transforma

## COMITÊ EDITORIAL

---

- Prof. Dr. Neuro José Zambam – (IMED/RS)
- Prof. Dr. Henrique Aniceto Kujawa – (IMED/RS)
- Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED/RS)
- Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED/RS)
- Prof. Dr. Israel Kujawa (IMED/RS)
- Prof. Dr. Vinicius Borges Fortes (IMED/RS)
- Prof. Dra. Leilane Grubba (IMED/RS)
- Profa. Dra. Salete Oro Boff – (IMED/RS)
- Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes (IMED/RS)
- Prof. Dr. Jacopo Paffarini – (IMED/RS)
- Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – (IMED/RS)
- Prof. Dr. Fabrício Pontin (UNILASALLE/RS)
- Prof. Dr. Sandro Flöhlich (UNIVATES/RS)
- Prof. Dr. Karol Magón – (CUECCLD – Cracóvia)
- Profa. Dra. Karen Fritz – (UPF/RS)
- Profa. Dra. Daniela de Figueiredo Ribeiro – (UNIFACEF/SP)
- Prof. Dr. Daniel Rubens Cenci – (UNIJUÍ/RS)
- Prof. Dr. Cláudio Machado Maia (UNOCHAPECO/SC)
- Profa. Dra. Caliane Christie Oliveira de Almeida Silva (IMED/RS)
- Prof. Dr. Alcindo Neckel (IMED/RS)
- Profa. Dra. Grace Tiberio Cardoso (IMED/RS)
- Prof. Dr. Lauro André Ribeiro (IMED/RS)
- Profa. Dra. Thaísa Leal da Silva (IMED/RS)
- Profa. Dra. Lorena Freitas (UFPB/PB)
- Prof. Dr. Enoque Feitosa (UFPB/PB)
- Profa. Dra. Alina Celi Frugoni (Universidade de La Empresa - UDE/UY)
- Prof. Dr. Marcos Miné Vanzella (UNISAL/SP)
- Prof. Dr. Ricardo George de Araújo Silva (UEVA/CE)
- Profa. Dra. Graciela Tonon (Universidade de Palermo/AR)
- Profa. Dra. Izete Bagolin (PUC/RS)

# **Direito, Democracia e Sustentabilidade**

Organizadores

**Emerson Luiz de Souza Rodrigues**

**Lenise da Silva Zanato**

**Carina Lopes de Souza**



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)  
[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

RODRIGUES, Emerson Luiz de Souza; ZANATO, Lenise da Silva; SOUZA, Carina Lopes de (Orgs.)

Direito, Democracia e Sustentabilidade [recurso eletrônico] / Emerson Luiz de Souza Rodrigues; Lenise da Silva Zanato; Carina Lopes de Souza (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

419 p.

ISBN - 978-65-5917-376-1

DOI - 10.22350/9786559173751

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Democracia; 2. Sustentabilidade; 3. Direito; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

## Apresentação

13

Tássia A. Gervasoni

1

18

### A proteção do uso dos dados pessoais em face das novas transações digitais

Jocelino Tramontin da Silva  
Karla Eduarda Modena Pavan  
Suelen Silva de Oliveira

**Resumo:** Com a atual tecnologia de informação e de massas e seu alcance a inúmeros usuários da rede mundial de computadores, o Poder Judiciário vem sendo exigido para essas novas demandas; as quais, com o apoio da tecnologia poderão dar maior celeridade aos processos judiciais, com objetivo de dar uma maior prestação jurisdicional. A tecnologia veio com o intuito de auxiliar a população a conviver melhor em seu cotidiano, mas com isso, surgem demandas, que necessitam da intervenção do Judiciário o qual não pode se abster em analisá-las, dando uma resposta do Estado-juiz a população. Diante desta mudança de paradigma se faz necessário uma resposta rápida e eficiente que venha a atender a demanda da população.

**Palavras-chave:** Segurança, Judiciário, câmeras, vigilância, tecnologia.

2

43

### Breves reflexões sobre a imperatividade da proteção do direito fundamental à saúde no enfrentamento da pandemia Covid-19 pelo Estado Brasileiro

Jarbas Paula de Souza Junior

**Resumo:** A presente pesquisa objetiva o estudo do direito fundamental à saúde no atual cenário de calamidade instaurado pela Pandemia Covid-19 no Brasil, especificamente no que condiz a necessidade de responsabilização do Estado por eventuais omissões na adoção de medidas proativas de prevenção. Partindo-se de premissas gerais será analisada a responsabilidade civil do Estado sob a ótica constitucional da eficácia da proteção dos direitos fundamentais, no que atine ao enfrentamento da emergência de saúde pública Covid-19.

**Palavras-chave:** Covid-19; Direito fundamental à saúde; Responsabilidade civil; Omissão estatal.

3

66

### O compartilhamento de dados pessoais de saúde como um ativo na sociedade de informação

Jarbas Paula de Souza Junior

**Resumo:** Em tempos de sociedade da informação os dados dos usuários da internet, especialmente os dados pessoais de saúde, tornaram-se um ativo extremamente valorizado – dados são vistos atualmente como o “*novo petróleo*”. Termos como *Big Data*, mineração, monetização e parametrização adquiriram ampla relevância, visto tratarem-se de modernos instrumentos de captação, processamento e criação de perfis comportamentais a partir do histórico de navegação dos usuários. O presente trabalho objetiva realizar incursões neste cenário tecnológico de manipulação de dados, demonstrando a importância da proteção da inviolabilidade dos dados pessoais de saúde como um modelo de preservação da intimidade e da vida privada, sendo a Lei Geral de Proteção Dado a ferramenta que se propõe a esta proteção.

**Palavras-chave:** Proteção de dados; Dados pessoais de saúde; Intimidade e privacidade; LGPD.

## A disseminação do discurso de ódio e os limites da liberdade de expressão no estado democrático brasileiro

Carina Lopes de Souza  
Tháбата Santa Catarina de Souza

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo responder o seguinte problema de pesquisa: estabelecer limites à fruição da liberdade de expressão, frente à disseminação do discurso de ódio, representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito? Tendo como objetivos específicos: a) estudar a democracia, sobretudo, no contexto brasileiro e os contornos desse regime de organização social; b) identificar a relevância da liberdade de expressão nos moldes democráticos, bem como discorrer acerca do discurso de ódio e seus prejuízos ao ofendido; c) analisar o caráter não absoluto do direito à liberdade de expressão e a técnica da ponderação como ferramenta jurídica desses conflitos entre direitos e garantias fundamentais. O método de abordagem será dedutivo e método de procedimento monográfico e histórico, com pesquisa bibliográfica. Em conclusão, verificou-se que a liberdade de expressão deve ser estimada na sua integralidade, como um direito fundamental de maior peso, visto que é um pilar da democracia, mas é necessário atuar no sentido de atender e proteger as demandas dos grupos historicamente vulneráveis, contra os discursos de ódio. Portanto, não consiste em ameaça ao Estado Democrático aquela limitação à liberdade de expressão que almeja garantir a participação e a visibilidade das lutas de grupos minoritários.

**Palavras-Chave:** Democracia; Direito Fundamental; Discurso de ódio; Liberdade de expressão; Ponderação.

## Os contornos jurídico-políticos da democracia e do direito à liberdade de expressão: uma análise do projeto de Lei 2.630/2020

Carina Lopes de Souza  
Tháбата Santa Catarina de Souza

**Resumo:** O presente artigo analisa os contornos jurídico-políticos da democracia, com ênfase para o papel da liberdade de expressão enquanto pilar de sustentação dos regimes democráticos. Atenta-se para o processo de divulgação de notícias inverídicas, fenômeno conhecido em âmbito internacional como *Fake News*. A partir desse recorte temático, busca-se analisar o Projeto de Lei 2.630/2020. Nessa perspectiva, verificou-se que a proteção conferida ao direito à liberdade de expressão não legitima a difusão de informações inverídicas. No entanto, entende-se que a produção legislativa voltada a regular tal comportamento pressupõe uma análise criteriosa acerca da matéria, sob pena de reduzir de forma significativa os espaços democráticos de fala. Para conduzir a pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico e histórico, e como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Democracia. Liberdade de Expressão. *Fake News*

## iFood, pandemia e liberdade: uma análise do trabalho de entregadores de aplicativo em meio a pandemia a partir da teoria de Amartya Sen

Amanda Brum Porto  
Giulia Signor

**Resumo:** A pandemia do COVID-19 acentuou vulnerabilidades sociais, principalmente para os trabalhadores informais. Considerado essencial no Brasil, o setor de delivery, principalmente por aplicativo, ganhou visibilidade a partir das denúncias de falta de suporte dos aplicativos e do próprio governo, expondo a precarização do trabalho em aplicativo. Diante disso, busca-se, neste artigo, responder o seguinte problema: a liberdade dos entregadores do aplicativo iFood, encontra-se violada, no contexto da pandemia do COVID-19, no Brasil? Tem como objetivos: a) demonstrar se existe, ou não, vínculo empregatício entre entregadores e iFood; b) analisar o contexto da pandemia do COVID-19, no Brasil e as políticas de suporte disponibilizadas pelo aplicativo; c) verificar a existência, ou não, de violação da liberdade dos entregadores a partir da teoria de Amartya Sen. Utiliza-se como método de abordagem o método dedutivo e como técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-Chave:** Democracia; Economia do Compartilhamento; Liberdade; Pandemia.

## Educação para todes ? As barreiras ao acesso e permanência da população trans no Brasil

Amanda Brum Porto  
Giulia Signor

**Resumo:** A presente pesquisa tem como objetivo analisar quais determinantes que estigmatizam, inviabilizam e dificultam o acesso e permanência à educação da população trans, criando assim um problema de evasão escolar e inefetividade do direito à educação motivado pela transfobia e não sendo uma educação igual para todes e todas. O problema de pesquisa pode ser descrito pela seguinte indagação: Quais os motivos que levam à aparente evasão da população trans e à dificuldade de permanência e acesso à educação, resultando na impossibilidade de usufruir de um direito para todes e todas? Para solucionar esse problema, buscamos analisar, em primeiro lugar, a história dos corpos, gênero e sexualidade, as questões de LGBTQIfobia com foco na população trans e, em segundo lugar, a viabilização de projetos e políticas públicas de inclusão, representação e normatização, a partir de debates públicos que possam contribuir para a desmistificação dos corpos, gênero e sexo, como a importância da educação de gênero nas instituições de ensino, quebrando paradigmas estruturados na sociedade brasileira que violam direitos e corpos que não seguem os padrões exigidos e controlados por uma cultura heteronormativa. O método de pesquisa utilizado foi hipotético-dedutivo e a bibliografia exploratória utilizada como abordagem técnica.

**Palavra-Chave:** Corpos Trans; Direito; Educação; Gênero.

## Vacinação compulsória: da liberdade individual e a autodeterminação ao próprio corpo ao direito coletivo à saúde

Emerson Luiz de Souza Rodrigues  
Lenise da Silva Zanato

**Resumo:** Quando se fala em enfermidades, inquestionavelmente, a melhoria do bem-estar do ser humano está diretamente ligada à ciência que, em diversas situações, é responsável pela preservação da saúde dos seres humanos, como por exemplo, no desenvolvimento de vacinas. Hodiernamente, diante da pandemia vivida em face ao Covid-19, cientistas do mundo todo buscaram, incansavelmente, desenvolver uma vacina capaz de curar, imunizar e combater o novo coronavírus. Muitas discussões têm surgido em torno deste assunto, seja por supostos riscos cujas consequências não são completamente conhecidas ou pela vacinação compulsória prevista no Brasil que, para muitos, restringe a autonomia dos indivíduos que não desejam ser vacinados. Assim, uma nova crise jurídica se instaura no país e os debates, mais uma vez, são judicializados. O judiciário, por sua vez e devido sua função, deverá decidir acerca da “obrigatoriedade” legal de todos as pessoas tomarem a vacina analisando o que foi apontado como inconstitucional: a compulsoriedade de imunização aos indivíduos. Assim agindo, o Estado estaria ultrapassando a questão limítrofe entre a liberdade dos sujeitos de decidirem sobre o próprio corpo? Ressaltando momentos históricos do Brasil, tal questionamento será respondido levando em consideração não apenas a autonomia de vontade, mas, também, e o direito coletivo à saúde.

**Palavras chave:** Autodeterminação do corpo. Compulsoriedade. Coletividade. Vacinação.

## Uma análise da relação dos elementos constitutivos da estrutura social brasileira com as desigualdades de gênero e raça

Juliana Pires de Oliveira

**Resumo:** As desigualdades de gênero e raça estão relacionadas a um conjunto múltiplo de fatores sociais, históricos, políticos, institucionais, econômicos e jurídicos. Diante dessa complexidade, o artigo aborda a noção de democracia plural e também de um programa de coexistência que considere os diversos grupos, gêneros e raças. Entretanto, a pesquisa problematiza elementos estruturais que constituíram a formação do Estado brasileiro moderno. Observa-se que elementos como soberania e exercício do poder ilimitado, nacionalidade, cidadania e território influenciaram na formação de desigualdades sociais e econômicas, bem como na unificação cultural e tentativas de homogeneização racial, além da consolidação de hegemonia patriarcal. Esse conjunto articulado resultou numa divisão social de trabalho excludente e na formação de um sistema de produção hierarquizante. Nessa linha, o artigo apresenta algumas alternativas para a superação das desigualdades de gênero e raça, com modelação de uma cidadania de emancipação e de direitos que impeçam a exploração desigual das mulheres, a formação racializada de inimigos. Utiliza-se, metodologicamente, do pensamento decolonial e pós-colonial.

**Palavras-chave:** Democracia; Pluralidade; Desigualdade; Gênero; Racismo Estrutural.

## Lei de Cotas Brasileira para o ingresso em instituições federais de ensino: uma análise sob a ótica da sustentabilidade social

Laura Spaniol Martinelli  
Júlio César de Medeiros

**Resumo:** A Lei nº 12.711/2012 tornou obrigatória a reserva de vagas em instituições federais de ensino para pessoas pertencentes a determinados grupos da sociedade – pretos, pardos, indígenas, pessoas com deficiência, que estudaram em escola pública ou com baixa renda. Nesse liame, este artigo tem como objetivo analisar quais foram os impactos dessa lei na sociedade brasileira, especialmente em consideração à via social da sustentabilidade. A hipótese deste ensaio consiste no potencial da lei em possibilitar condições de acesso ao ensino superior que convergem com os princípios relacionados à sustentabilidade social. É relevante esta abordagem, uma vez que a educação é um direito fundamental e, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade, seu acesso precisa estar ao alcance de todos os brasileiros. Através de pesquisa bibliográfica, serão evidenciados os impactos da lei de cotas, a fim de investigar se há, em decorrência de sua vigência, avanços em relação à sustentabilidade social no Brasil.

**Palavras-chave:** Lei de Cotas; Educação; Sustentabilidade Social; Direito Fundamental.

## Tributação ambiental: a extrafiscalidade e a contribuição ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável

Júlio César de Medeiros  
Laura Spaniol Martinelli

**Resumo:** A relação do homem com a natureza, historicamente caracterizada pela expropriação, passou a ser discutida quando a finitude dos recursos do planeta ficou evidente. A busca pelo desenvolvimento a qualquer custo e a forma com que isso foi implementado causou consequências profundas para o ecossistema global, apontando que uma inversão de valores seria necessária e um meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser preocupação que toma cada vez mais espaço na sociedade atual. A ideia de sustentabilidade assumiu papel fundamental na tentativa de se desenvolver mecanismos em defesa do meio ambiente. Na esfera privada, o crescimento econômico condicionado à sustentabilidade tornou-se um objetivo a ser perseguido para romper com a lógica de lucros particulares e prejuízos sociais. O poder público, por seu turno, passou a exercer função primordial na definição de políticas públicas governamentais voltadas ao desenvolvimento associado à sustentabilidade, na busca por um equilíbrio ecológico. Neste norte, instrumentos regulatórios como a tributação extrafiscal, produto da interação entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental, passaram a desempenhar papel central para a regulação do mercado, promoção e mudanças de comportamentos sociais e efetiva ação em defesa do equilíbrio socioambiental.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento sustentável. Extrafiscalidade. Meio ambiente. Tributação ambiental.

## Projeções da constituição sobre o direito penal: a partir da análise da natureza hedionda do tráfico privilegiado (*Habeas Corpus* 118.533/MS)

Matheus H. da Silva

**Resumo:** a presente pesquisa tem como objetivo apreciar as projeções da Constituição sobre o direito penal, bem como às funções daquela exercidas sobre esta, sobretudo, no que se refere à função normativa (mandados expressos de criminalização). Utilizando-se como ponto de discussão a decisão emanada da Suprema Corte brasileira que retirou a natureza hedionda do tráfico privilegiado, nos autos do *Habeas Corpus* 118.533/MS. O método de abordagem do trabalho será o dedutivo e o método de procedimento a ser utilizado será o monográfico e histórico. No decorrer do trabalho, verificou-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, acabou dificultando o processo de constitucionalização da seara criminal, visto que a equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes aos delitos hediondos deriva do próprio texto constitucional. Ainda, a aludida decisão ensejou à alteração, por meio do “pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019), da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) cujo art. 112, parágrafo 5º, passou a desconsiderar a característica hedionda do tráfico minorado.

**Palavras-chave:** a constitucionalização do direito penal. Mandados de criminalização. Tráfico Privilegiado.

### A participação democrática na regularização fundiária urbana de interesse social no município de Passo Fundo

Suelen Silva de Oliveira  
 Jocelino Tramontin da Silva  
 Karla Eduarda Modena Pavan

**Resumo:** O artigo analisa a participação democrática no processo de regularização fundiária no município de Passo Fundo. Busca-se destacar a regularização fundiária de interesse social como instrumento efetivador do direito à moradia e elementar na promoção da garantia da cidadania e inclusão social. Nesse sentido, a pesquisa aborda a definição do direito à moradia e o papel do município de Passo Fundo na implementação de políticas públicas de participação democrática no processo da regularização fundiária de interesse social, bem como a existência de canais de participação que viabilizem de fato a atuação da população diretamente interessada.

**Palavras-chave:** Moradia. Regularização fundiária urbana. Participação democrática.

### Educar para a sustentabilidade: uma via possível para o fortalecimento da democracia

Júlio César de Medeiros  
 Laura Spaniol Martinelli

**Resumo:** A educação é um direito fundamental que vai além da formação técnico-profissional, uma vez que assume também a formação de pessoas para a cidadania, pessoas capazes de interagir nos espaços da sociedade, transformando assim a realidade e promovendo a diminuição das desigualdades injustas. A sustentabilidade também é um valor que vem ganhando ênfase nos últimos tempos, pois a preocupação com a manutenção das condições de vida na Terra está cada vez mais presente, dado que os impactos negativos da ação humana mostra-se evidente em catástrofes naturais e alterações climáticas, que têm se tornado frequentes. Nessa seara, o artigo tem como objetivo investigar a relação existente entre a educação e a sustentabilidade, buscando avaliar de que forma a educação para a sustentabilidade pode contribuir com a construção de ideais de desenvolvimento voltados para a preservação do meio ambiente e para a redução de desigualdades sociais, com vistas ao fortalecimento da democracia. Será utilizada pesquisa bibliográfica, especialmente nas obras de Amartya Sen e de Martha Nussbaum que tratam sobre as capacitações (*capabilities*). Através dessa abordagem, será demonstrado que a educação voltada à sustentabilidade pode contribuir com o desenvolvimento humano não apenas do ponto de vista econômico, mas também sustentável, social e ecologicamente.

**Palavras-chave:** Educação. Sustentabilidade. Capacitações (*capabilities*). Democracia.

### O direito à duração razoável do processo e as consequências provenientes da busca desenfreada pela celeridade processual no ordenamento jurídico brasileiro

Karla Eduarda Modena Pavan  
 Jocelino Tramontin da Silva  
 Suelen Silva de Oliveira

**Resumo:** O presente trabalho tem como finalidade apresentar algumas ponderações a respeito do direito à duração razoável do processo, regulamento incorporado, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, através da Emenda Constitucional nº 45/04. O estudo visa responder o seguinte questionamento: Quais são as consequências legais advindas com a busca desenfreada pela celeridade processual no sistema jurídico brasileiro e de que forma é possível garantir o processo célere sem ferir os demais direitos constitucionais? Para isso, serão verificados aspectos relevantes sobre o princípio da duração razoável do processo e a necessidade de se utilizar prudência ao defender o discurso em prol da celeridade processual a qualquer preço, bem como analisada a utilização das reformas processuais como instrumento capaz de solucionar a morosidade da prestação jurisdicional no Brasil. Depreende-se, portanto, que embora a celeridade processual seja um requisito fundamental para o desenrolar do processo, deve-se ter muita prudência ao utilizar o discurso fácil em prol da rapidez, pois este, muitas vezes, em nome da urgência processual, acaba inviabilizando a aplicação de outros direitos constitucionais e essenciais à segurança jurídica, como o direito ao devido processo legal e à ampla defesa. Assim sendo, o direito à celeridade processual deve ser, sempre, utilizado com cautela pelos operadores do direito, a fim de evitar que direitos processuais sejam feridos e, consequentemente, a justiça jurídica cerceada. O método utilizado no presente estudo foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica e a documental.

**Palavras-chave:** Celeridade processual; Duração razoável do processo; Emenda Constitucional nº 45/04; Morosidade; Reforma processual.

---

**O conceito de justiça e suas interpretações na sociedade**

Renata Aparecida Dall Asta

**Resumo:** Este trabalho tem o intuito de discutir aspectos relacionados à ideia de justiça. Essa temática é motivada pelo seguinte questionamento, o que é justiça? Nesse sentido objetiva-se problematizar a ideia de justiça, refletindo sobre tal conceito perante discussões elaboradas por doutrinadores e a pela sociedade em geral. Entremeadado a isso, busca-se analisar a prática da democracia para fortalecer a efetivação da justiça como razão pública, abraçando direitos particulares, mas também direitos públicos na qual demanda interesse coletivo da sociedade. Entende-se que quando se pensa tais conceitos, por vezes conclusões distorcidas são elaboradas, logo, esse trabalho contribuirá para melhor balizar as mesmas.

**Palavras-Chave:** Direitos humanos. Sociedade. Justiça. Democracia. Igualdade.

---

**O fenômeno da uberização e a precarização das condições de trabalho no Brasil**

Emerson Luiz da Souza Rodrigues

Lenise da Silva Zanato

**Resumo:** A presente pesquisa possui como objetivo dispor acerca da atividade do motorista que realiza transporte individual de passageiros, em especial para a plataforma Uber, como forma de sustento, estabelecendo relação com o trabalho informal e a precarização das condições de trabalho no Brasil. Há não muito a plataforma Uber se instalou no Brasil e vem conquistando espaço no mercado do transporte individual de passageiros. Tal atividade restou por oportunizar aos “motoristas parceiros” – como denominado pela plataforma, o desempenhar a atividade de motorista mediante aferição de renda. Contudo, há que se observar que, conforme contrato de adesão proposto pela Uber, não há relação de emprego entre motorista parceiro e plataforma. O trabalho informal e a precarização das condições de trabalho no Brasil, se evidenciam no nosso cotidiano. Assim, realizado o estudo, aponta-se ou não para a precarização e informalidade, no que diz respeito a atividade do motorista parceiro.

**Palavras-chave:** motorista, informalidade, precarização, renda, desemprego.

# Apresentação

Tássia A. Gervasoni<sup>1</sup>

Os trabalhos que compõem esta obra foram desenvolvidos no âmbito de um contexto em comum: a disciplina de Jurisdição e Sustentabilidade, ofertada junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Com efeito, os textos não deixam de ser transpassados pelas inquietações e pressupostos que moldam a própria disciplina e o Programa de Mestrado. Quanto à disciplina, tem-se a refinada preocupação com a construção de um conhecimento teórico aplicável, capaz de produzir transformação social em direção ao recrudescimento da Sustentabilidade e do Estado Democrático de Direito. Quanto ao Programa de Mestrado, com área de concentração em Direito, Democracia e Tecnologia, destaca-se a preocupação em estabelecer uma qualificada discussão sobre os limites e as possibilidades do Estado Democrático e seus desafios contemporâneos, em especial no que toca às interconexões jurídico-sociais.

Contemporaneamente, tratar de jurisdição no âmbito de um Estado Democrático vincula-se inelutavelmente com temas conexos aos direitos fundamentais, seus respectivos conteúdos, desafios e, notadamente, mecanismos de efetivação e exigibilidade. Nesse sentido são os trabalhos que se seguem.

Em “*A proteção do uso dos dados pessoais em face das novas transações digitais*”, Jocelino Tramontin da Silva, Karla Eduarda Modena

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política na Faculdade Meridional - IMED. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado na Faculdade Meridional - IMED. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPq.

Pavan e Suelen Silva de Oliveira analisam algumas problemáticas que envolvem a tecnologia e os novos desafios que se apresentam ao Poder Judiciário nesse cenário, seja por meio de novas demandas, seja em busca de celeridade através de novas tecnologias.

No texto *“Breves reflexões sobre a imperatividade da proteção do direito fundamental à saúde no enfrentamento da pandemia covid-19 pelo estado brasileiro”*, Jarbas Paula de Souza Junior investiga o direito fundamental à saúde no atual cenário crítico imposto pela pandemia de covid-19 e as questões acerca da responsabilidade estatal por eventuais omissões na adoção de medidas adequadas. Em um segundo texto, nomeado *“O compartilhamento de dados pessoais de saúde como um ativo na sociedade de informação”*, o mesmo autor propõe discussões sobre a relevância da proteção dos dados pessoais de saúde em um mundo em que os dados se revestem de expressivo valor econômico e passam a demandar proteção específica em nome da preservação de direitos fundamentais.

Na sequência, Carina Lopes de Souza e Thábata Santa Catarina de Souza discorrem sobre *“A disseminação do discurso de ódio e os limites da liberdade de expressão no Estado Democrático brasileiro”*, questionando o que as possíveis restrições (à luz da técnica da ponderação) a tão importante direito fundamental (que emergem da necessidade de refrear-se o discurso de ódio), podem representar ao Estado Democrático de Direito. Posteriormente, no capítulo intitulado *“Os contornos jurídico-políticos da democracia e do direito à liberdade de expressão: uma análise do Projeto de Lei 2.630/2020”*, as mesmas autoras examinam os contornos jurídico-políticos da democracia, mantendo o foco da abordagem na liberdade de expressão enquanto pilar de sustentação dos regimes democráticos e, sob essa perspectiva, dedicam-se ao estudo do Projeto de Lei 2.630/2020.

Adiante, Amanda Brum Porto e Giulia Signor trazem o texto *“Ifood, pandemia e liberdade: uma análise do trabalho de entregadores de aplicativo em meio a pandemia a partir da teoria de Amartya Sen”*, por ocasião do qual investigam a liberdade dos entregadores de aplicativo no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil, também marcado pela precarização do trabalho. As mesmas autoras também assinam o texto *“Educação para todes? As barreiras ao acesso e permanência da população trans no Brasil”*, no qual, além de buscar dar visibilidade às questões envolvendo a população LGBTI+, dedicam-se à análise dos motivos que afetam o acesso e a permanência das pessoas trans nas escolas brasileiras, questionando as razões que podem levar a esse quadro, do qual resultam prejuízos ao direito à educação.

No texto seguinte, *“Vacinação compulsória: da liberdade individual e a autodeterminação ao próprio corpo ao direito coletivo à saúde”*, Emerson Luiz de Souza Rodrigues e Lenise da Silva Zanato, situados no atual momento pandêmico que atinge o país e o mundo, analisam um problema que tem sido recorrente e polêmico, a obrigatoriedade da vacina em nome da saúde (coletiva, inclusive) confrontada pela alegação de liberdade individual quanto às decisões relativas ao próprio corpo.

Posteriormente, Juliana Pires de Oliveira, em *“Uma análise da relação dos elementos constitutivos da estrutura social brasileira com as desigualdades de gênero e raça”*, debate uma noção de democracia plural que atenda aos diversos grupos, gêneros e raças, buscando problematizar elementos estruturais que constituíram a formação do Estado brasileiro moderno.

O capítulo seguinte, *“Lei de cotas brasileira para o ingresso em instituições federais de ensino: uma análise sob a ótica da sustentabilidade social”*, de autoria de Laura Spaniol Martinelli e Júlio César de Medeiro, apresenta os desdobramentos acerca da Lei n. 12. 711 de 2012,

demonstrando os avanços galgados pela legislação no desenvolvimento do ideal de sustentabilidade social e quanto ao direito à educação. Os mesmos autores, no capítulo imediatamente subsequente, *“Tributação ambiental: a extrafiscalidade e a contribuição ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável”*, dedica-se a explicar a efetividade da tributação ambiental como instrumento em defesa de um meio ambiente equilibrado.

No capítulo intitulado *“Projeções da Constituição sobre o direito penal: a partir da análise da natureza hedionda do tráfico privilegiado (Habeas Corpus 118.533/MS)”*, Matheus H. da Silva avalia as projeções da Constituição sobre o direito penal, notadamente quanto aos mandados expressos de criminalização, valendo-se, para tanto, da decisão do Supremo Tribunal Federal que retirou a natureza hedionda do tráfico privilegiado.

Em *“A participação democrática na regularização fundiária urbana de interesse social no município de Passo Fundo”*, Suelen Silva de Oliveira, Jocelino Tramontin da Silva e Karla Eduarda Modena Pavan discorrem sobre o direito social à moradia, analisam o Instituto da Regularização Fundiária de Interesse Social e completam o estudo examinando especificamente a participação democrática na execução do processo da Reurb-S no município de Passo Fundo/RS.

Com o texto *“Educar para a sustentabilidade: uma via possível para o fortalecimento da democracia”*, Júlio César de Medeiros e Laura Spaniol Martinelli enfocam a educação como ferramenta em favor do desenvolvimento integral e da sustentabilidade em seus múltiplos aspectos, no que se incluem a redução das desigualdades e o aprimoramento da democracia.

Na sequência, Karla Eduarda Modena Pavan, Jocelino Tramontin da Silva e Suelen Silva de Oliveira apresentam pesquisa sobre *“O direito à duração razoável do processo e as consequências provenientes da busca*

*desenfreada pela celeridade processual no ordenamento jurídico brasileiro*”, ocasião em que tecem ponderações concernentes ao direito à duração razoável do processo com o objetivo de averiguar os efeitos da busca por celeridade face a outros direitos constitucionais.

O capítulo seguinte, “*O conceito de justiça e suas interpretações na sociedade*”, de autoria de Renata Aparecida Dall Asta, propõe reflexões sobre o conceito de justiça objetivando sua problematização em face de discussões doutrinárias.

Por fim, Emerson Luiz da Souza Rodrigues e Lenise da Silva Zanato, em “*O fenômeno da uberização e a precarização das condições de trabalho no Brasil*”, discorrem sobre o surgimento da chamada “economia de compartilhamento” na perspectiva do cenário brasileiro, investigando, além das condições de trabalho, especificamente, quanto à plataforma Uber, um quadro mais amplo de precarização do trabalho no Brasil.

Sem dúvida, trata-se de obra que aborda importantes desafios aos direitos fundamentais, à democracia e à Sustentabilidade, temas cujo debate é indispensável para uma vivência que se pretenda solidamente democrática e alinhada ao respeito e promoção da dignidade humana. Boa leitura!

Passo Fundo, primavera de 2021.

## A proteção do uso dos dados pessoais em face das novas transações digitais

*Jocelino Tramontin da Silva*<sup>1</sup>  
*Karla Eduarda Modena Pavan*<sup>2</sup>  
*Suelen Silva de Oliveira*<sup>3</sup>

### Introdução

Com o aumento crescente de novas tecnologias e a busca incessante para novos conhecimentos, cresce também a utilização de novos meios de comunicações. O aumento do mercado da informatização, da tecnologia faz surgir, com este avanço, redes sociais virtuais nas quais pessoas passam a ser conhecidas virtualmente e compactuam das mesmas ideias ou entram em colapsos por discussões virtuais.

Há o surgimento de grupos de pessoas direcionadas para um único fim, compactuando e divulgando os mesmos pensamentos ideológicos. Chegam a unir em aglomerações públicas milhares e milhares de pessoas. Tudo combinado e orquestrado através das redes sociais, inaugurando uma nova fase em termos de participação política na era digital.

Consegue-se, através destas redes, propagar o amor e a paixão por uma determinada causa, que muitas vezes passavam despercebidas. Por

---

<sup>1</sup> Mestrando do PPGD da Faculdade IMED. Especialista em Direito Penal pela Faculdade Processus - Brasília DF, e Segurança Pública pela IMED, Passo Fundo RS, Advogado OAB/RS 95251, e-mail: advtramontin@gmail.com - currículo Lattes (<http://lattes.cnpq.br/0727480194584812>), ID ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2765-304X>;

<sup>2</sup> Mestranda do PPGD da Faculdade IMED. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Erechim. Integrante do Grupo de Pesquisa "Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social". Advogada. Erechim - Rio Grande do Sul - Brasil. E-mail: karla-pavan14@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8890778643663357>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5192-4092>.

<sup>3</sup> Mestranda do PPGD da Faculdade IMED. Bacharela em Direito pela Universidade de Cuiabá/MT. Tabela de Notas e Protestos de Ciriaco/RS. E-mail: suelenoliveira.adv@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2168188541729202>, ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6024-511X>;

outro viés, pode ser propagado o ódio, o desamor, a intolerância com minorias. Pode-se idolatrar uma pessoa tornando-a um ícone da internet ou torná-la odiada pela população, a ponto de serem cometidos atentados como o suicídio ou até mesmo um assassinato por algum seguidor fanático da página.

Surgem, com estes novos tempos, novas moedas, ao contrário de papel e metal, as tradicionalmente conhecidas; uma moeda virtual. Internautas passam a negociá-las cotidianamente e, vem sendo utilizada por grande parte da população mundial. Moeda sem um banco oficial, mas que cai no gosto dos internautas. Com esta nova moeda há a criação de empregos, pois é preciso que alguém controle e gerencie essas relações comerciais. Tudo com a chamada criptomoeda, fomentando e agregando ao mundo digital uma nova forma de negociação.

Este avançar da tecnologia, de forma rápida e abrupta, nos colocou dentro de uma tecnologia onde não nos sentíamos seguros com nossos dados pessoais. O problema, ora levantado no presente trabalho é a segurança de nossos dados pessoais. Estamos protegidos dentro da internet?

Com todo este novo olhar, surge uma preocupação para com os dados pessoais colocados na rede. Qual a responsabilidade de quem os detém? Surgem novas expectativas, medos e angústias. E se vazarem os dados? Quem é o garantidor deste novo sistema, quem recebeu, quem guarda ou quem propaga?

O objetivo do presente trabalho, é analisar como está sendo feita a proteção de dados pessoais em face das novas tecnologias utilizadas no cotidiano como, nas redes sociais, nas localizações dos usuários do sistema, no uso seguro dos meios digitais para com senhas pessoais e dados bancários. Com o intuito de buscar delimitar a responsabilidade de quem detém o dever de resguardar o usuário e proteger seus dados surge, no

Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual visa limitar o uso dos dados pelos usuários. Para tanto, a metodologia utilizada é a bibliográfica, com pesquisas e leituras de diversos autores da respectiva área.

### **1 – As novas tecnologias e a intervenção do poder judiciário:**

Com novas tecnologias, surgem novas demandas judiciais. É compreensível, neste início da caminhada tecnológica, que o Poder Judiciário enfrente problemas para compreender as novas tendências da sociedade.

O Direito não é uma ciência exata, e como tal, muda conforme o desenvolvimento de sua sociedade. O Poder Judiciário tem por dever analisar todas as demandas a ele impostas, conforme esculpido em nossa Constituição Federal<sup>4</sup> e em diversos Tratados internacionais.

Nas últimas décadas, houve um desenvolvimento tão grande na área da ciência e tecnologia, principalmente na área da informatização, que o país carece de legislação própria para resolver os conflitos que surgem com essa nova tendência.

Conflitos sempre existiram e são naturais em uma convivência humana, há interesses de grandes conglomerados e usuários comuns, do cotidiano, que muitas vezes tem sua vida privada invadida pela atual tecnologia. Para resolver estes conflitos, o que a justiça pode e deve fazer? Qual a melhor maneira de solução destas demandas?

Neste viés, surge no Brasil, em 2012 a Lei 12.737, popularmente conhecida como a Lei Carolina Dieckmann, que promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos.

---

<sup>4</sup> Constituição Federal do Brasil de 1988 <http://www.planalto.gov.br/>, visitado em 15/04/2021.

A Lei vem merecendo constantemente críticas de juristas, peritos, especialistas e profissionais de segurança da informação, pois seus dispositivos são amplos, confusos e podem gerar dupla interpretação, ou mesmo interpretação subjetiva, o que pode ser utilizado para enquadramento criminal de condutas triviais ou mesmo para a defesa e respaldo de infratores cibernéticos, o que tornaria a lei injusta e ineficaz. Para outra corrente, ainda, as penas são pouco inibidoras, sendo muitas situações enquadráveis nos procedimentos dos Juizados Especiais, o que poderia contribuir para a não eficiência no combate ao crime cibernético no Brasil.

Pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, a legislação brasileira regula as atividades de tratamento de dados pessoais. Com isso os serviços oferecidos por empresas que trabalham com tais tecnologias têm como meta principal a colheita de dados.

Sempre que se acessa uma rede social, tais como *Facebook*, *Instagram* e *LinkedIn*, a operadora passa a colher os dados pessoais, armazenando-os em um banco de dados. Tais como endereço, amizades, gostos e principalmente interesses. Esses dados colhidos podem ter grande interesse comercial para que empresas interessadas ditem tendências de consumos em geral.

Exemplo disso é o que ocorreu nas eleições americanas onde houve o vazamento de dados de 87 milhões de usuários do *Facebook* para a empresa de marketing *Cambridge Analytica*<sup>5</sup>. Nesse contexto, o Brasil

---

<sup>5</sup> **Cambridge Analytica (UK), Ltd. (CA)** foi uma empresa privada que combinava mineração e análise de dados com comunicação estratégica para o processo eleitoral. Foi criada em 2013, como um desdobramento de sua controladora britânica, a SCL Group para participar da política estadunidense.[2] Em 2014, a CA participou de 44 campanhas políticas. A empresa é, em parte, de propriedade da família de Robert Mercer, um estadunidense que gerencia fundos de cobertura e que apoia muitas causas politicamente conservadoras. A empresa mantinha escritórios em Nova York, Washington DC e Londres. Em 2015, tornou-se conhecida como a empresa de análise de dados e inteligência estratégica que trabalhou inicialmente para campanha presidencial de Ted Cruz. Em 2016, após a derrota de Cruz, a CA mudou seus algoritmos e trabalhou para a campanha presidencial de Donald Trump,[3] e também para a do Brexit, visando a saída do Reino Unido da União Europeia. O papel da CA e o impacto sobre essas campanhas tem sido contestado e é objeto de várias investigações criminais em andamento tanto nos Estados Unidos quanto no Reino Unido. Em 18 de maio de 2018, a empresa registrou seu pedido de falência na Corte de Falências do Distrito Sul de Nova York, que foi assinado em nome do conselho de administração da Cambridge Analytica por Rebekah e Jennifer

acreditou ser necessário haver a regulamentação da legislação própria para este cenário, com o escopo de evitar danos à privacidade e à intimidade das pessoas.

Cabe salientar que tal preocupação é de um cenário internacional, pois em 25/05/2018 passou a vigorar o Regulamento Geral de Proteção de Dados, conhecido como GDPR. O GDPR é uma legislação editada pela União Europeia que estabelece regras sobre como se deve lidar com os dados pessoais. Por sua vez a legislação considera “dados pessoais”, a informação relacionada a uma pessoa natural. Por exemplo: seu nome, RG, CPF, profissão, estado civil e grau de escolaridade.

Importante destacar que a Lei nº 13.709/2018<sup>6</sup> utiliza, em diversas oportunidades, a expressão “tratamento de dados pessoais”, que nada mais é do que toda e qualquer conduta realizada com dados pessoais. Entre elas, a coleta, produção, recepção, classificação, reprodução, distribuição, arquivamento, avaliação, difusão etc.

Os principais fundamentos ao editar-se esta lei é a disciplina da proteção de dados pessoais. Entre eles destacamos:

- a) o respeito à privacidade;
- b) a autodeterminação informativa;
- c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- d) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- e) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;
- g) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

---

Mercer, filhas do bilionário Robert Mercer, encerrando assim suas operações tanto nos EUA quanto no Reino Unido. Com o escândalo do vazamento de dados do Facebook, a empresa juntamente com sua controladora britânica "SCL Elections Ltd", já haviam dito que fechariam imediatamente e começariam os procedimentos de falência após uma forte queda nos negócios. Logo após a falência legal da Cambridge Analytica, ela se dividiu em 2 empresas, uma chamada **CA Political**, responsável pela parte política da empresa, e a **CA Commercial**, responsável pela parte comercial. [https://pt.wikipedia.org/wiki/Cambridge\\_Analytica](https://pt.wikipedia.org/wiki/Cambridge_Analytica)

<sup>6</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm). Data de acesso: 12.05.2021.

Esta Lei se aplica, a qualquer operação de tratamento de dados pessoais, realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

- a) a operação de tratamento seja realizada no território nacional; ou
- b) a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou
- c) os dados pessoais objeto do tratamento tenha sido coletados no território nacional.

A LGPD (Lei nº 13.709/18) foi fundamentada nos princípios do respeito à privacidade, liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; não violação da intimidade, honra e imagem; livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor e, principalmente, os direitos humanos. A LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural com fins exclusivamente particular e não econômicos; realizados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos ou acadêmicos; segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD. (P PIURCOSKY; et. al, 2019, vol.10, pp.89-99).

Com o passar dos tempos constata-se ue o Judiciário não pode ser o único caminho para resolver todos os conflitos sociais. Hoje com o crescer

da tecnologia poderia se pensar, em alguns casos; substituir o Juiz por máquinas, principalmente naquelas ações em que existe a judicialização de demandas repetitivas. Isso economizaria tempo e resultaria em mais agilidade no julgamento de processos.

Não é de hoje que se percebe, que o judiciário está abarrotado de demandas, muitas vezes repetitivas, onde somente os nomes das partes são alterados. Estas demandas “roubam” tempo e dinheiro do Poder Judiciário, ficando à espera, demandas que carecem de caráter probatório, instrução e realmente uma atenção amíúde do Juiz.

É claro, que mesmo se a decisão viesse de um programa de computador, passaria pela análise do Juiz, o qual poderia discordar e fundamentadamente, dar outra decisão. Para a continuidade dessa elaboração crítica, são necessárias e muito bem-vindas, as reflexões sobre novas tendências e direcionamentos das tecnologias da informação e nesse particular, uma das derivações mais relevantes, se não a mais, é justamente o conjunto de fenômenos ligados à chamada internet das coisas. (MAGRANI, 2018. p 192).

Este avanço deve chegar ao Poder Judiciário para que se agilize as ações judiciais. Uma vez que o cidadão ao requerer a análise de suas demandas espera uma resposta mais ágil, que realmente venha a atender seus anseios. Não é concebível que ações simples possam perdurar por anos; trazendo com isso, descrédito e morosidade ao Poder Judiciário. Esta demora na análise de casos leva profissionais do Direito a desanimarem com a advocacia, desistirem de sua atuação. Buscando, para se sustentar outras formas de atuação.

Urgentemente, necessitamos que a tecnologia avançada, seja usada no Poder Judiciário, no entanto, para que isso ocorra, temos um longo caminho a percorrer. A sociedade precisa evoluir um pouco mais e a forma de resolver os litígios deve ser um assunto a ser revisto cotidianamente. Já

evoluímos bastante neste pensar e, principalmente, nas últimas décadas, mas ainda há um longo caminho pela frente.

## **2 – As lentes tecnológicas que nos vigiam:**

Quando nos debruçamos a analisar o dia a dia, referente a ideia de que estamos sendo cotidianamente monitorados, vigiados, começamos a ficar perplexos de que nada escapa aos olhares atentos do mundo digital. O condor dos ares sul-americanos tornou-se olhos digitais, em vez de aves que no passado nos observavam lá de cima, hoje temos grandes lentes. Lentes que observam com o objetivo de vigiar, zelar ou até mesmo bisbilhotar. (KNAKE, 2015).

Esta observação pode ser para simplesmente monitorar ou até mesmo para grandes ataques, como os que ocorrem através de ‘Drones’, (veículo aéreo não tripulável), como já vistos em ataques ocorridos no Oriente Médio. Onde os ataques ocorrem a distância. Quem sofre o abate é somente o inimigo, ficando o autor do atentado protegido em sua zona de conforto.

É uma guerra moderna onde não se coloca o autor em risco, as perdas e baixas são somente do país alvo. O custo pode ser alto, mas o resultado é suficiente para suprir os desgastes paralelos. Com toda esta modernidade, equipamentos de última geração e a busca incessante de altas tecnologias nos direciona sempre à frente, sem sabermos quando e onde iremos parar. A tecnologia veio para ficar e para onde irá nos levar só o tempo nos dirá.

De certo modo, isso nos apresenta uma certa dualidade. Em primeira instância, estamos sendo observados e nossa privacidade realmente está sendo invadida. Basta analisarmos quando saímos à rua. Câmeras de monitoramento por todos os lados. Ao avançar com o veículo um sinal semafórico proibido, a notificação de trânsito logo bate a nossa porta,

entrar em um estabelecimento comercial, num escritório, numa residência. Tem-se a sensação de que todos estão de olho, mas muitas vezes não conseguimos verificar quem nos observa.

Esse modelo lembra o panóptico de Bentham, trabalhado por Michel Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, em que operando na lógica “o tudo ver sem ser visto”. O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou uma escola (FOUCAULT, 1999, p.224).

Na visão de Foucault, conforme ensina Márcio Notari, a máquina panóptica para o encarceramento é essencial ao panoptismo como exercício do poder disciplinar no qual a vigilância regrada e permanente a qual constituirá o princípio geral de uma anatomia política cujo escopo seria as relações de disciplina, isto é, a sociedade de espetáculos passará a ser de vigilância relacionada há uma tecnologia vigilante na distribuição da visibilidade do espaço, seu lugar efetivo de exercício, funcionando esse arranjo como dispositivos presentes em toda parte e em toda sociedade como mecanismo disciplinar verticalizado (NOTARI, 2019, p. 87).

A perspectiva foucaultiana pode estar presente, contemporaneamente, à medida que conseguimos perceber onde e quando estamos sendo observado, tais como monitoramento de prédios, casas, empresas. Com isso, temos a certeza de que não estamos só. O próprio celular nos grupos privados funciona como uma forma panóptica de controle, pois é possível saber em que locais que frequentamos e/ou estamos.

A área da privacidade está se transformando num local de encarceramento, o proprietário do espaço público é condenado e destinado a arcar com as consequências de suas ações; forçado a uma condição caracterizada pela ausência de ouvintes ávidos por extrair nossos segredos e tirá-lo de trás das trincheiras da privacidade, colocá-los em exposição pública, torná-los propriedade comum de todos, e uma propriedade que todos desejam compartilhar (BAUMAN, 2013, p. 114).

Um manifestante que carrega seu celular para um protesto, se expõe ao gerar informações que podem ser utilizadas contra ele. O simples fato de portar um celular ligado, mesmo que ele não seja efetivamente utilizado, já é suficiente para que informações sobre sua localização e seus deslocamentos sejam coletadas. Um caso que evidencia tal situação ocorreu durante as manifestações do dia 21 de janeiro de 2014 em Kiev, capital da Ucrânia. Manifestantes, espectadores e outras pessoas próximas ao local dos protestos receberam em seus celulares uma mensagem de uma fonte não identificada dizendo: “Caro assinante, você foi fichado como participante de um motim em massa”.

A mensagem, que muito provavelmente partiu do governo e com anuência dos operadores de telefonia, foi enviada a partir das informações da localização dos celulares daquelas pessoas e tinha o claro intuito de convencê-las a desistir do protesto. Entretanto, mesmo que um manifestante não carregue consigo seu celular, sua presença no espaço monitorado provavelmente não irá passar despercebida, já que seus rastros podem ser detectados por diversos outros sensores, como câmeras de vigilância ou câmeras dos celulares de outros manifestantes. Logo, ele está sujeito a uma vigilância que o desapodera. (LUCAS MELGAÇO, 2015, p 11)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Espaço e Vigilância, reflexões a partir da geografia nova Space and surveillance: insights from the renewed geography.

O texto acima é só um exemplo, mas temos também os aplicativos de transportes (UBER, 99) que, para oferecer seus serviços, nos monitora e sabe onde estamos. Ao viajar para outra localidade, recebe-se, frequentemente, mensagens informando se necessitamos de tais serviços. Fica transparente o monitoramento automático. E isso é só o início da abertura do que a tecnologia é capaz.

Em segunda instância, o usuário é observado e monitorado, muitas vezes pelo fato de conectar-se à internet. Onde a partir da conexão e dos sítios acessados já se tem ideia dos sítios que mais nos agradam. Nossas procuras por produtos passam a ser monitoradas e cotidianamente passamos a receber propagandas de produtos parecidos dos pesquisados anteriormente. Assim, se tem uma ideia de uma invasão de nossa privacidade. Tudo é vigiado.

As smart TVs podem ser acessadas remotamente por sítios maliciosos, bastando estar conectada à rede. Desta forma, nos sentimos invadidos e devemos ter uma grande cautela em usufruir destes equipamentos. Como já caiu na rotina tal uso, o que pode ser feito para amenizar esta invasão? Há realmente algo que possa ser feito? A tecnologia veio para ficar, qual a resposta do direito para este grande fenômeno atual e futurístico?

Com o passar do tempo, a sociedade sofreu mudanças radicais em sua forma de ser e existir, principalmente de se comunicar, surgindo então, a tecnologia cibernética, uma verdadeira “Revolução Informática”. Com isso, novos cuidados que não se tinha no passado, principalmente com a segurança na internet, passou a ser necessários nos tempos atuais. Preocupações com os dados pessoais lançados na rede devem ser analisados e somente se colocar quando o local em que serão armazenados trouxer segurança ao internauta.

Dessa forma, os principais crimes virtuais mais comuns no Brasil. Dentre eles estão: calúnia, insultos, difamação, revelar segredos de terceiros, divulgação de material íntimo, como fotos e documentos, atos obscenos, apologia ao crime, preconceitos/racismo e pedofilia (POZZEBOM, 2015, p. 03).

Um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o TJMG, nos traz a realidade de alguns crimes cometidos no Brasil.

Ementa: apelação cível. Instituição financeira. Hacker. Responsabilidade objetiva. Danos materiais. Correção monetária e juros. Termo inicial.

As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, invasão e uso de conta corrente do usuário por aplicativos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno - A correção monetária por danos materiais decorrentes de obrigação líquida incide a partir do efetivo prejuízo, nos termos do enunciado da Súmula nº 43 do Superior Tribunal de Justiça - Os juros de mora, na hipótese de responsabilidade contratual, têm como termo inicial a data da citação válida, conforme preceitua o art. 405 do Código Civil de 2002.

Mas, é preciso deixar aparente, compreender o mundo (não parte dele) não é uma tarefa simples, ou melhor, talvez sequer seja uma tarefa verdadeiramente possível ou viável, embora algumas evidências tornem o processo um pouco mais factível. Castells (2002), em livro que compõe uma trilogia, resumiu da seguinte forma a gênese do mundo no qual nos encontramos hoje:

A interação entre esses processos e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real. A lógica inserida nessa economia, nessa sociedade e nessa cultura está subjacente à ação e às instituições sociais em um mundo interdependente (CASTELLS, 2002: 412).

Quando dizem que atualmente é uma era de transição, como se isso fosse uma espécie de consolo aos tormentos de não compreender o mundo que nos circula, há, ao menos, uma verdade aparente: embora o mundo de hoje, segundo Castells, seja resultado da soma de três processos independentes que se chocaram entre si, a nova ordem mundial que daí surgiu não aniquilou a ordem antes vigente, acabando por conviver com partes dela ao invés de sobrepor-la por completo.

Todo cuidado é pouco, mas mesmo tendo muito cuidado, não se consegue prever o amanhã, não há como gerenciar este tipo de situação. O que de real existe é que o monitor do nosso computador é uma espécie de espelho que reflete nossos próprios interesses, baseando-se na análise de nossos cliques feita por observadores algorítmicos. (Eli Pariser, 2012).

Hoje em dia, a rede monitora todo e qualquer sinal que consiga obter sobre nós. Não se pode subestimar a força desses dados, essa é a realidade. Por mais cuidadosos que tentamos ser, estamos à mercê da internet. É praticamente impossível passarmos de forma invisível por este sistema.

A ideia principal, em que pese as legislações extravagantes, Instituído pela lei 13.460 de 2017, “o CDU estabelece as normas básicas para a proteção e a defesa dos direitos e deveres do usuário dos serviços públicos e para a participação dos cidadãos na administração pública direta e indireta, além de prever importantes instrumentos de controle social” (BRASIL, 2017).

Demonstra que alguns serviços públicos não caracterizam relação de consumo, mas não coloca fim na polêmica em torno da amplitude da aplicação das normas consumeristas aos serviços públicos. Sobre o tema, existem três entendimentos: 1.º entendimento (tese ampliativa): todos os serviços públicos submetem-se ao CDC, que menciona os serviços públicos sem qualquer distinção, bem como pelo fato de que todos os serviços

públicos seriam remunerados, ainda que genericamente por impostos. 2.º entendimento (tese intermediária): o CDC deve ser aplicado aos serviços públicos *uti singuli*, que são remunerados individualmente pelos usuários-consumidores (taxa ou tarifa), em conformidade com o art. 3.º, § 2.º, do CDC. 3.º entendimento (tese restritiva): o CDC incide apenas sobre os serviços individuais, remunerados por tarifas, excluídos da sua aplicação os serviços *uti universi* e os serviços, individuais remuneradas por taxa entendemos que a aplicação do CDC.

Nas décadas de 1980 e 1990, começa-se a fazer um movimento dando os contornos do que seria o cyber espaço, partindo do pressuposto do homem vivendo em uma realidade virtual, portanto, um mundo intangível de locais onde os seres cibernéticos habitam em um cenário computacional. (BRANT, 2014, p. 149).

Isso, é o que se conhece por cyber cultura, é um conjunto de atividades e características, comuns ao cidadão digital, que são marcadas pelo uso da tecnologia, sobretudo, da informática. São capazes de potencializar o indivíduo no universo, por reconhecer sua identidade e traços socioculturais que se relacionam com a tecnologia da informação. (BRANT, 2014, 150).

A Lei do Marco Civil, em seu artigo 6º, faz referência aos usos e costumes na Internet que nada mais são do que a cibercultura – como meios influentes para a resolução de conflitos. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural. (BRASIL, 2014).

A ideia de se criar um marco regulatório para a Internet não é algo inusitado. Muito vinha se discutindo acerca dessa possibilidade. Foi em 1999, por meio de um Projeto de Lei de Crimes Digitais nº 84/1999, mais conhecido como o “AI-5 da Internet” (tal projeto guardava semelhanças com a redução das liberdades individuais na época da Ditadura Militar, uma vez que os provedores deveriam monitorar as ações dos usuários em casos de atividades suspeitas, bem como coletar dados deles).

A doutrina costuma dividir em honra subjetiva, que trata do próprio juízo valorativo que a pessoa faz de si mesmo e honra objetiva, que diz respeito à reputação que a coletividade dedica a alguém. Tanto a violação da honra objetiva como da subjetiva ensejam, na órbita civil, a reparação por dano moral.

Conforme o artigo 20 do Código Civil Brasileiro, o qual assim determina:

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

No sistema global ou das Nações Unidas, procurou-se, a proteção dos direitos do homem com o surgimento de vários Tratados e Convenções. Entre eles citamos: Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O Brasil, em aceitando sua participação no cenário mundial e ratificando sua presença passa a fazer parte deste grupo. Para tanto, deve colocar em

prática a legislação pertinente aos Tratados e Convenções ao qual participa. Desta forma dois são os requisitos os quais o STF interpretou do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o requisito material é que o tratado verse sobre direitos humanos e o requisito formal é que o tratado seja aprovado tal qual emenda constitucional, ou seja, por três quintos dos membros de cada. O direito brasileiro passou a ter três graus hierarquias no que tange aos tratados internacionais: lei ordinária, suprallegalidade e status de emenda constitucional.

Os direitos humanos, a internacionalização, possuem motivos distintos daqueles que acarretam a internacionalização dos direitos, o tratado contém deveres do Estado, a Assembleia Geral da ONU, possui forças vinculadas, porém atualmente devem os “Estados observar os ditames da declaração universal dos direitos humanos, as resoluções são consideradas hoje uma importante etapa na consolidação de costumes de direito internacional existentes”(RAMOS, 2012, p. 53).

No Brasil, a Lei 13.460 de 26 de junho de 2017, dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Sobre o tema, é o controle de nossos dados pessoais, o que deve ser respeitados pelos gerenciadores da rede mundial de computadores. Dúvidas e perguntas sobre como proteger nossos dados.

O fornecedor tem o dever de prestar informação clara, objetiva, adequada ao consumidor sobre o produto ou serviço que está a oferecer, dever que decorre do princípio da transparência máxima nas relações de consumo, conforme art. 4º, caput, e art. 6º, III, Lei 8078 /90.

O art. 4º traz que o consumidor, sem prejuízos dos dispositivos no art. 86º, terá acesso as informações existentes em cadastros, fichas registros e dados pessoais e de consumo arquivados, sobre ele e bem como as suas respectivas fontes.

Quem possui nossos dados pessoais, que dados são esses e como são usados. Temos que ter a capacidade de impedir que dados coletados para um determinado propósito sejam usados para outro. Temos que conseguir corrigir informações incorretas sobre nós mesmos. Nossos dados devem estar seguros. (NUNES, 2018, p. 122).

Versando sobre estes quesitos, grandes litígios aportam no Judiciário cotidianamente. Quem detém o controle da rede, detém o controle de nossos dados. A responsabilização pelo uso inadequado deve ser resolvida de forma a impedir esta propagação de venda, interesses escusos e até mesmo o uso inadequado. Estamos longe deste real controle, mas a iniciativa já é válida na tentativa de impedir que usurpadores das informações pessoais possam transitar livremente pelos caminhos que a rede proporciona.

### **3 – A segurança da informação:**

Neste ponto, é importante a preocupação de todos para com a segurança dos dados pessoais, os quais são colocados junto à rede mundial de computadores. Todos devem estar cientes que crimes cibernéticos ocorrem. Em que pese a tecnologia vir para auxiliar a população, não podemos olvidar, também que, com o avançar da tecnologia, devido ao monitoramento pela rede e câmeras, esta tecnologia pode ser usada para o lado bom, além de vigiar, mas também pode ser usada para o lado criminoso.

Quando se cita criminalidade, cita-se em todos os sentidos. Desde a descoberta de crimes; como é o caso em que criminosos são descobertos pelo GPS ou câmeras de monitoramento nas ruas. Delatando seus itinerários, no transcorrer do “*inter criminis*”. Vários crimes já foram desvendados usando este método de investigação. Onde, diga-se de

passagem, a Polícia já solicita de imediato filmagens do local e buscas as câmeras pelo caminho suspeito em que o criminoso possa ter passado.

Sem falar, é claro, das operadoras de telefonia, que quando solicitadas fornecem extrato das ligações feitas do usuário para com o suspeito de um crime. Auxiliando as investigações tanto do local onde se encontra bem como as conversas realizadas.

Assim, vislumbramos tecnologia trabalhando para o lado do bem, para a proteção do cidadão. Toda a tecnologia possui dois lados, basta saber qual lado, se deseja fazer parte. Mas com a nitidez podemos assegurar que esta tecnologia veio para ficar e a tendência é cada dia mais melhorar seu modo de atuação, descobrindo outros campos que podem ser aplicados.

Também, não podemos esquecer da tecnologia que já está sendo usada para identificar pessoas, ou seja, hoje, no Brasil já temos o uso de reconhecimento facial. Munidos da tecnologia de reconhecimento facial, os policiais, atualmente no Estado de São Paulo, pioneiros nesta área, aqui no Brasil; poderão cruzar fotos e vídeos dos suspeitos flagrados com mais de 35 milhões de rostos hospedados no banco de dados do Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt. É a tecnologia a serviço da segurança pública.

Como por exemplo, um estádio de futebol onde milhares de pessoas se aglomeram para assistir um jogo de futebol e instantaneamente o rosto de algum criminoso é identificado; o trabalho da Polícia é facilitado, e, assim, tira-se do convívio social o malfeitor. Parece uma ideia futurística, mas já é realidade em alguns países do mundo e agora chegando ao Brasil.

Com isso, se percebe que a tecnologia pode e deve ser usada para o bem, para o auxílio de toda a população. Se de um lado tem-se o desvio de informações e repasse de dados para interesses escusos, de outro, o uso da tecnologia para auxiliar o gestor público para uma administração séria e

pautada no bem-estar do cidadão. Usando, como diríamos na simplicidade do ser, a tecnologia a serviço do bem.

O uso desta tecnologia no meio policial ainda está muito recente, as tecnologias de informações são ferramentas essenciais, que cruzam dados e os analisam. Mas a cultura policial dos órgãos de segurança pública ainda é enraizada no não compartilhamento de dados entre si por medo, insegurança ou por uma falta de política pública que incentive esta troca de informações entre os órgãos. Se houvesse um banco de dados único seria muito mais fácil a identificação de pessoas e objetos. Já se progrediu muito, mas ainda há um árduo caminho pela frente.

Um exemplo é o caso de identificação de veículos clonados e roubados, com o uso de câmeras com OCR capazes de ler placas. Se houvesse a integração dessas câmeras com os bancos de dados das polícias e dos DETRAN permitiria uma identificação imediata de veículos roubados em circulação. Mas, tudo isso esbarra nas dificuldades e nos interesses das instituições que prevalecem sobre os interesses da segurança pública.

A quebra desta cultura policial não é muito fácil, já tivemos algum progresso, mas ainda é muito superficial. Acredita-se que em breve o Brasil todo possa estar conectado em um único cadastro.

Sem falar, também que a compra desta tecnologia requer verba e o setor público tem enorme dificuldade com compras públicas, as quais são regidas pela lei 8666/93. Muitas das vezes até o término da licitação, da compra do produto e da entrega, o material comprado já possui uma tecnologia ultrapassada. Uma vez que a tecnologia evolui constantemente e cada vez mais são colocados produtos com uma melhor qualidade.

No que tange a segurança pública, não podemos deixar de comentar, também o custo da manutenção que se feita por particular tem um custo elevado, o que também deve ser constado na licitação. Com outro olhar, não podemos esquecer que quem manejará este equipamento é o policial,

que necessita ter um treinamento específico na área e que muitas vezes este policial técnico não vê a valorização de sua função. Vê uma carreira desvalorizada e sem perspectiva de melhoras, este profissional muitas vezes parte para o trabalho em empresas privadas. As academias de formação policial devem preparar os cadetes para o uso das tecnologias que serão usadas no cotidiano e no combate da criminalidade, mudando consideravelmente sua estrutura curricular.

Esta nova forma de atuar no policiamento, com inovações tecnológicas traz uma mudança gerencial. Deve haver o estudo e comparação de dados e a aplicação dos recursos disponíveis como pessoal e viaturas para as áreas onde os indicadores demonstram o aumento da criminalidade.

É a tecnologia a serviço de todos. Hoje os órgãos de segurança, sejam de policiamento ostensivo ou investigativo, devem ter em mãos meios tecnológicos para o enfrentamento do aumento de crimes. A tecnologia está presente em todos os setores policiais, seja no acompanhamento de dados, na perícia com equipamentos mais sofisticados seja no setor investigativo.

A administração pública deve investir nestas tecnologias as quais trarão uma redução e melhor acompanhamento por parte da polícia aos diversos crimes cometidos. Esta é a tendência e é, sem sombra de dúvidas, a melhor forma de se prevenir e principalmente de se investigar um fato ocorrido.

Tudo hoje pode ser rastreado, o que se precisa é um sistema tecnológico a serviço da segurança pública. Precisa-se de investimento, de tecnologia e principalmente do preparo do operador. O policial precisa ser treinado para lidar com as modernas tecnologias existentes.

Já se abandonou o policial truculento, o qual usava muitas vezes a força bruta para obter declarações. Hoje, no atual estado democrático os

entes investigativos policiais trabalham com provas. E, estas provas ficam muito mais fácil de serem obtidas pelos meios tecnológicos. Para isso se faz necessário o preparo do policial. Com cursos para o uso dos sistemas informatizados. Nas academias deve-se preparar o policial para o que se encontra no nosso cotidiano.

Para esta dura realidade no meio policial ou melhor dizendo, para preparar o neófito na atuação policial, deve o Estado dar os meios e investir em equipamentos que utilizam a tecnologia. Com isso haverá um enfrentamento a criminalidade de acordo com o real combate ao crime organizado.

O criminoso hoje tomou proporções gigantescas. O crime organizado, como o próprio nome diz, organizou-se. Desta forma, deve haver uma investigação a altura. Para que isso aconteça o Estado deve, também, ter em seu corpo homens preparados para tratar de igual para igual.

A tecnologia veio para ficar, cabendo ao Estado utilizar estas novas ferramentas para combater o criminoso. É a tecnologia a serviço do bem. Se existem as ferramentas, por que não usar. Em termos gerais, apesar do sistema de vigilância hoje em dia estar associado ao mundo digital, por sua facilidade e monitoramento, ao seu largo campo de visão. Alcançando lugares distante e remotos, não podemos esquecer que é uma prática espacial.

Vigia-se, lugares e principalmente fronteiras onde o atual mundo conectado em rede é um mundo vigiado cotidianamente. Com isso o monitoramento de aglomerações, espaços públicos gera mais segurança a todos. O índice de criminalidade e pessoas com má intenção tende a cair. Pois em se praticando algo criminoso onde existe o monitoramento, certamente deixará vestígios, pistas para se chegar ao autor do fato.

## **Conclusão**

De todo o exposto, percebe-se que a tecnologia veio para mudar a visão de mundo. Trazendo nova forma de trabalho, lazer e simplicidade para as coisas complexas; facilitando a vida de todos. O Direito, da mesma forma, como uma ciência que não é exata, precisa moldar-se aos novos interesses da sociedade. Pois, temos uma nova forma de convivência social.

A sociedade modifica-se de tempos em tempos e para acompanhá-la os legisladores precisam estar atentos aos atuais interesses conflitantes impostos pelos novos tempos. O Direito passa a ter um papel importante, sendo protagonista e não secundário, havendo a necessidade de leis que venham a proteger o usuário das novas tecnologias. Principalmente quando falamos em internet, onde o mundo todo se conecta em questões de segundos.

Percebe-se, que atualmente, a internet tornou-se presente em fase mundial. Dados pessoais, cifras bancárias, grandes empresas; todos estes emaranhados de interesses precisam ser protegidos. Diante desta atual conjectura há a necessidade de que a legislação acompanhe esta progressão atmosférica. Para isso, se faz necessário novas legislações com a atualidade do fabricante e principalmente protegendo o usuário; para que não tenha sua vida privada violada.

Os dados pessoais de cada cidadão, de empresas e grandes grupos empresariais, são dados sensíveis. Uma vez violados a indenização, se ocorrer, não evita o dano; somente ameniza-o. Dentro deste raciocínio a legislação deve regular os produtos oferecidos, com filtros aos que podem acessar. O produto já sairia de fábrica com acessos limitado para determinados assuntos ou acessos.

Para isso, o futuro do Direito é incerto, mas a direção já foi dada. Precisa-se de legisladores preocupados com a tecnologia atual, preocupados com os dados que são conectados diariamente.

Com este intuito, oferecer-se-á ao cidadão a verdadeira cidadania, com seus direitos preservados e cumprindo o princípio esculpido em nossa Constituição Federal, onde todos são iguais perante a Lei. Mas, para que isso ocorra precisa-se da conscientização de todos; a luta é cotidiana e árdua. Há a necessidade de cautela e um uso consciente dos meios tecnológicos, pois, sempre existem os dois lados, o bom e o mau. Cautela nos acessos de sítios desconhecidos e muita atenção quando colocamos nossos dados pessoais, pois, se colocados sem segurança poderemos estar abrindo as portas para o invasor.

Com grande vigor nossa legislação pátria, concernente ao tema, está cada dia mais avançando à medida que aumentam as demandas relacionados a interpretação e a necessidade de proteção dos dados de nossa população. Preocupação essa, de forma mundial, uma vez que toda a comunidade se sente insegura e busca uma proteção legislativa.

Novos ares surgem e com o avanço tecnológico haverá também um avanço relativo as legislações que protegem os cidadãos; trazendo com isso uma maior segurança no tocante as inovações trazidas pela tecnologia.

## **Referências**

- ASSANGE, J. *Cyberpunks: Liberdade e o futuro da internet*. São Paulo: Bomtempo Editorial, 2013.
- BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.
- BAUMAN, Z.; LYON, D. *Vigilância líquida*. Madrd: Grupo Planeta Spain, 2013.
- BOEHM, F. **Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice: Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level**. Springer Berlin Heidelberg, 2011.

- CRISTINA Leis Leal Calegario, **A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras**: uma análise de múltiplos casos. Artigo Disponível em [www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n23/2215-910X-sdn-10-23-89.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n23/2215-910X-sdn-10-23-89.pdf)
- FABRÍCIO Pelloso Piurcosky, **A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras**: uma análise de múltiplos casos. Artigo Disponível em [www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n23/2215-910X-sdn-10-23-89.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n23/2215-910X-sdn-10-23-89.pdf)
- FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GOODMAN, E.; POWLES, J. **Open Letter to Google from 80 Internet Scholars**: Release RTBF Compliance Data – Medium. Disponível em: <https://medium.com/@ellgood/open-letter-to-google-from-80-internet-scholars-release-rtbf-compliance-data-cbfc6d59f1bd>. Acessado em 12/03/2020.
- GOOGLE. **Report of The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten Members of the Council**. San Francisco, EUA: [s.n.]. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B1UgZshetMd4cEI3SjlvVohNbDA/view>  
Acessado em 15/03/2020.
- JENTZSCH, Nicola. **The economics and regulation of financial privacy**: an international comparison of credit report systems. Nova Iorque: Physica-Verlag, 2006.
- KONOPACKI, Marco; FERREIRA, Rodrigo. **Política de oposição: influência e informação nas eleições de 2018**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, 2019. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/02/politica-de-oposicao.pdf>. Acessado em 30/03/2020.
- LEMOS, R. **O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil**. In: LEITE, G.; LEMOS, R. (Eds.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 03-11.
- LYON, David. **Surveillance after Snowden**. Cambridge: Polity Press, 2015.
- NOTARI, Márcio Bonini, **A ilegalidade de bens e direitos no sistema capitalista**: uma análise a partir do pensamento de Michael Foucault. 2019.
- MARCELO Aparecido Costa, **A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras**: uma análise de múltiplos casos. Artigo Disponível em [www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n23/2215-910X-sdn-10-23-89.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n23/2215-910X-sdn-10-23-89.pdf)

MELGAÇO, Lucas. **Espaço e vigilância: reflexões a partir da geografia nova**. Anais do III Simpósio Internacional LAVITS: Vigilância, tecnopolíticas, territórios. Rio de Janeiro: LAVITS, 2015.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

\_\_\_\_. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

\_\_\_\_. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014.

M., P.R.; KEITH, P. **O Aluno Virtual**. [Editora Artmed]: Grupo A, 2004. 9788536311494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536311494/>. Acesso em: 22 May 2021

NUNES. Rizato. **Curso de direito do consumidor**. Ed. 13<sup>o</sup>. Editora Saraiva. São Paulo, 2018.

PELOSO PIURCOSKY, Fabrício; et. al. **A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras: uma análise de múltiplos casos**. *suma neg.* [online]. 2019, vol.10, n.23, pp.89-99. ISSN 2215-910X. <https://doi.org/10.14349/sumneg/2019.v10.n23.a2>.

PARISER, E. **O filtro invisível: O que a internet está escondendo de você**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual Vol. Único**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530989712. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989712/>. Acesso em: 22 May 2021.

## **Breves reflexões sobre a imperatividade da proteção do direito fundamental à saúde no enfrentamento da pandemia Covid-19 pelo Estado Brasileiro**

*Jarbas Paula de Souza Junior*<sup>1</sup>

### **Introdução**

O ressurgimento de uma nova “onda” de Covid-19, ainda mais assustadora, em meados de dezembro de 2020, após as aglomerações nas festas de Natal e Ano Novo, fez com que os números de internações e de óbitos voltassem a crescer, deixando o sistema de gestão da saúde do Brasil novamente à beira de um colapso.

Mais uma vez, diversamente do que ocorreu em países como Alemanha, Inglaterra, Itália, Espanha e Portugal, dentre outros, que recorreram, a medidas restritivas como lockdowns e toques de recolher noturno, o Estado brasileiro age relativizando a gravidade da crise sanitária de caráter global, banalizando o número de mortos.

No dia 11 de janeiro de 2021, o Brasil superava a marca das 203 mil vítimas fatais do Covid-19, sendo que à época estimativas da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) indicavam que o total real já poderia ter ultrapassado os 260 mil casos (Senadonotícias, 2021) não tendo o governo brasileiro até o mês de janeiro de 2021, contrariando diversos nações mundo afora, iniciado a imunização da população, por meio do uso emergencial de vacinas registradas e autorizadas por autoridades

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, Pós-graduado em Direito Processual Civil (URI-FW), Direito Tributário (Unoesc), Direito Médico e Hospitalar (EPD-SP) e Direito da Medicina (Coimbra-POR)

estrangeiras como, por exemplo, o Food and Drug Administration (FDA) dos Estados Unidos<sup>2</sup>.

Transcorridos mais de 5 meses, bem como iniciada a imunização em nível nacional e instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) objetivando “apurar, no prazo de 90 dias, as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da Pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas” (SENADO FEDERAL, 2021), atingiu o Brasil, em 12 de junho de 2021, a marca histórica de 486.272 óbitos confirmados por Covid-19, conforme informação vinculada ao portal eletrônico “Painel Coronavírus” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

O presente trabalho científico objetiva o estudo do atual cenário de calamidade instaurado pela Pandemia Covid-19 no Brasil, especificamente no que condiz a necessidade de responsabilização do Estado por eventuais omissões na adoção de medidas proativas de prevenção e enfrentamento da crise mundial de saúde, garantindo o direito à saúde da população brasileira.

Partindo-se de premissas gerais, sem a intenção de exaurir-se o assunto, será analisada a responsabilidade civil do Estado sob a ótica constitucional da eficácia da proteção dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, em que pese tratar-se de uma prestação constitucionalmente indispensável à proteção do ser humano, restando, no enfrentamento da emergência de saúde pública e de combate aos efeitos decorrentes da pandemia de Covid-19, desautorizadas omissões.

---

<sup>2</sup> Neste sentido impende ressaltar que a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, em seu artigo 3º, inciso VIII, autoriza o uso emergencial de vacinas e outras medidas profiláticas, desde que registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: Food and Drug Administration (FDA); European Medicines Agency (EMA); Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); e National Medical Products Administration (NMPA).

De toda sorte, levando-se em conta à linha de pesquisa “Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade”, dividiu-se a pesquisa em objetivos geral e específicos, conforme delinea-se abaixo.

O objetivo geral da pesquisa foi investigar os aspectos gerais da Responsabilidade Civil do Estado, particularmente a perante eficácia da proteção dos direitos e garantias fundamentais à saúde.

Por sua vez, os objetivos específicos da pesquisa relacionaram-se a analisar a possibilidade, considerando a não adoção de medidas eficazes, de responsabilização civil do Estado brasileiro, por omissões, no enfrentamento da Pandemia Covid-19.

Adotou-se na pesquisa, como método de abordagem, o método dedutivo, tendo como finalidade abordar o conteúdo a partir de “argumentos gerais para argumentos particulares” (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 65).

Já como método de procedimento instrumental utilizou-se predominantemente a pesquisa bibliográfica na qual foram utilizados livros, periódicos nacionais e internacionais, bem como páginas da *internet* que exploram a temática alvo.

## **1 – A proteção do direito fundamental à saúde e a emergência sanitária Covid-19**

Atualmente, com a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) firmada pela Organização Mundial de Saúde (ONU) em decorrência da pandemia causada pela Covid-19, a problemática atinente a responsabilidade civil do Estado ganhou novos ares. Assim como a evolução social nos conduziu a um novo modelo de desenvolvimento - passamos de uma sociedade agrícola e industrial, para uma sociedade da informação, extremamente interligada e globalizada – tornou-se imprescindível investigar a possibilidade de responsabilização

do Estado por eventuais omissões na proteção da saúde dos cidadãos brasileiros.

Ainda em 2016 profetizou Harari, em seu *best-seller* *Homo Deus* (2015, p. 23) que embora:

[...] sem a certeza de que algum novo surto de ebola ou uma linhagem desconhecida de gripe não possa assolar o mundo e matar milhões, não vamos considerar que se trata de uma calamidade natural inevitável. Ao contrário, vejamos nisso uma indesculpável falha humana e peçamos a cabeça dos responsáveis. [...] a humanidade dispõe do conhecimento e dos instrumentos de prevenção; se mesmo assim uma epidemia sai do controle, isso se deve mais à incompetência humana do que à ira divina.

O progresso catastrófico da situação de emergência sanitária, vivenciada após o surgimento do vírus Covid-19 (Sars-Cov-2)<sup>3</sup>, enseja, por parte das autoridades competentes, uma maior atenção, quanto a análise das providencias empregadas pelo Estado no combate da crise global de saúde, a fim de que seja possibilitado o resguardo da saúde da população e evitadas futuras reparações de danos.

Não por menos em 2007, com o propósito de auxiliar no combate de emergência em saúde pública, utilizando-se das experiências acumuladas com os tratamentos da Pandemia do vírus influenza A(H1N1) foi elaborado pela Organização Mundial da Saúde o Regulamento Sanitário Internacional (RSI)<sup>4</sup>. Dispõe o artigo 1º, que emergência de saúde pública de importância internacional significa:

[...] um evento extraordinário que, nos termos do presente Regulamento, é determinado como: (i) constituindo um risco para a saúde pública para outros

---

<sup>3</sup> Brasil atingiu no dia 07 de janeiro de 2021 a histórica e trágica marca de 200 mil mortes por Covid-19. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55581800>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

<sup>4</sup> O Brasil ratificou e aprovou o referido Regulamento pelo Decreto Legislativo nº 395, de 13 de março de 2009.

Estados, devido à propagação internacional de doença e; (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada.

Infelizmente, fica a cargo de cada Estado Membro a adoção das recomendações da Organização Mundial de Saúde, seja para a contenção de doenças ou para outra medida qualquer. A ausência de um órgão com poderes jurisdicional de polícia e sancionatórios, com atribuição e competência para julgar os Estados Membros, diante de circunstancial violação das suas deliberações, contribui para pontuais e circunstanciais infrações globais aos direitos fundamentais, especialmente à saúde.

É indiscutível, considerando o nosso ordenamento jurídico, tal quais particulares recomendações oriundas de organizações internacionais, que competia ao Estado, em face dessa inevitável agressão instaurada pela Pandemia Covid-19, garantir a preservação dos direitos fundamentais, máxime o direito à saúde dos seus cidadãos, ainda, que não seja, vale ressaltar, um “segurador, garantidor universal”.

### **1.1 Da responsabilidade civil do estado**

A problemática atual, atinente à responsabilidade civil do Estado, em muito se distingue daquela decorrente da sociedade pós-industrial. A evolução social nos conduziu a um novo modelo de desenvolvimento, passamos de uma sociedade agrícola e industrial, para uma sociedade da informação, extremamente interligada e globalizada, lastreada em novos desafios e, como consequente, instrumentalizada por novos direitos dos cidadãos e deveres do Estado.

Ferrajoli (2020) expõe, em uma breve resenha, sob título “O vírus põe a globalização de joelhos”, o caráter universal da contaminação:

Apesar das conquistas tecnológicas, do crescimento das riquezas e da invenção de armas cada vez mais letais, continuamos – todos, simplesmente como seres humanos – a estar expostos às catástrofes. Com uma diferença em

comparação com todas as tragédias do passado: o caráter global das catástrofes atuais, que afetam todo o mundo, a humanidade inteira, sem diferença de nacionalidade, de cultura, de língua, de religião e até de condições econômicas e políticas.

Diante do cenário de imprescindibilidade da proteção estatal aos direitos fundamentais de todo cidadão brasileiro ou estrangeiro que se encontrar em território brasileiro é que discorrerá acerca da obrigatoriedade do Estado na adoção de medida proativas de prevenção e enfrentamento a Covid-19.

A teor do que dispõe o artigo. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup> restou implementada no ordenamento jurídico brasileiro, de forma pacífica, que a responsabilidade civil do Estado em suas condutas comissivas é objetiva, sendo que esta não é uma novidade da Constituição Cidadã, visto que referida responsabilidade, sem culpa, já encontrava previsão nas Constituições de 1946<sup>6</sup> e 1967<sup>7</sup>.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2020, p. 286), a responsabilidade objetiva do Estado fundamenta-se na teoria do risco administrativo, a qual foi imaginada originalmente por Léon Duguit e pode ser assim compreendida:

[...] a Administração Pública gera riscos para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem

---

<sup>5</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

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

<sup>6</sup> Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

<sup>7</sup> Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo Único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.

Logo, a teoria do risco administrativo, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, afasta a necessidade da demonstração da conduta culposa, desde que o resultado danoso esteja relacionado a um determinado comportamento estatal.

A circunstancial análise da culpa, em atenção ao que fixou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 940<sup>8</sup> em Repercussão Geral, somente terá relevância em eventual ação de regresso do Estado contra o responsável pelo dano.

Consequentemente, o sistema jurídico pátrio afastou a teoria do risco integral, não se podendo demandar nas hipóteses em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa estatal. A teoria do risco administrativo torna desnecessária a discussão sobre a culpa, bastando que o dano seja oriundo de alguma atividade administrativa estatal.

A nosso ver, a partir da adoção da teoria do risco administrativo, foi afastada definitivamente a celeuma acerca da responsabilidade civil por ação ou omissão estatal. Nesse sentido, aduz PIERRI (2010, p. 178):

Mesmo contando com mais adeptos, a despeito também de transparecer na literalidade das normas (CF, art. 37, § 6º e art. 43 do Código Civil de 2002), há ainda quem somente reconheça a vincule as omissões estatais à

---

<sup>8</sup> Tema 940: Responsabilidade civil subjetiva do agente público por danos causados a terceiros, no exercício de atividade pública. Tese Fixada: a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

responsabilidade subjetiva. Não é difícil imaginar que isso possa ocorrer, pois a clareza ou não de um texto não lhe retira a necessidade de interpretação, mais ainda quando o que está em jogo é um aspecto normativo da lei fundamental. De qualquer modo, não há justificativa teórica para restringir-se a indenização dos danos, nos casos envolvendo omissões dos agentes públicos, a prévia comprovação da culpa em qualquer de suas modalidades.

Não se pode olvidar que, a despeito da teoria do risco administrativo dispensar a análise do elemento subjetivo culpa, exige-se, para a caracterização da obrigação indenizatória, a presença dos demais requisitos/pressupostos da responsabilidade do Estado, os quais serão abordados a seguir.

### **1.1.1 pressupostos da responsabilidade civil estatal**

Em geral são elencados como pressupostos da responsabilidade civil, a conduta culpável, a ilicitude, onexo causal e o dano. Entretanto, tratando-se de responsabilidade objetiva do Estado no direito brasileiro, dispensa-se a análise do elemento normativo culpa, bastando a relação de causa e efeito entre a conduta do agente público e o dano experimentado pelo administrado. Em suma, sendo a responsabilidade civil do Estado objetiva, lastreada na teoria do risco administrativo, seus pressupostos são os da responsabilidade civil objetiva.

Normalmente temos, como fato gerador da responsabilidade civil subjetiva, a ocorrência de um ato ilícito (conduta antijurídica), sendo, no entanto, referido elemento subjetivo inexigível quando do trato da responsabilidade civil do Estado.

Oportuno atentar, que não será objeto de análise no presente artigo a responsabilização civil estatal decorrente de atos lícitos, mesmo sabendo-se de suas relevantes consequências para fins do dever de reparação, explorando-se, unicamente, a hipótese de violação da legalidade (condutas ilícitas, antijurídicas).

Ademais, não se pode falar em responsabilidade civil e, conseqüentemente, em indenização ou ressarcimento, sem que ocorra um dano. Nesse sentido ilustra Cavalieri Filho (2020, p. 89) que:

Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não deve haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. [...] Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o dano sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito.

O dano, na hipótese da responsabilidade civil do Estado, constitui a violação a interesse jurídico do lesado em decorrência do exercício da atividade estatal, sendo que o “Estado não pode responder por danos causados por alguém que não é seu agente ou que, embora o seja, não esteja, quando da prática do ato que deu causa ao dano, no desempenho das atribuições do seu cargo” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 291).

O nexo de causalidade, por sua vez, constitui um dos pontos intrincados da responsabilidade civil, existindo inúmeras teorias que objetivam lhe explicar. De qualquer forma, o exame da relação causal entre o dano e a atividade efetivada pelo Estado é essencial para a caracterização do dever de reparar o dano.

O falecido e ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki, declarou, quando do julgamento do Recurso Especial nº 719.738/RS, que o nexo causal é um elemento lógico-normativo – lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade entre os elementos de fato; e é normativo

porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito (SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA, 2021).

Além de tudo, considerando, que a teoria do risco administrativo foi internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro como diretriz, impende-se observar que, a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado, comporta algumas exceções, sendo causas basilares de exclusão do dever de indenizar estatal: o fato exclusivo da vítima, o caso fortuito ou força maior e o fato exclusivo de terceiro.

Enfim, na sociedade contemporânea atual, centrada nos deveres fundamentais do Estado, amplificam-se cotidianamente o rol das hipóteses de danos indenizáveis ao passo que se reduz drasticamente o catálogo das omissões estatais, tidas como legais. O Estado torna-se responsável por garantir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, dentre esses o direito à saúde e, indiscutivelmente, de medidas de prevenção cientificamente reconhecidas.

### **1.1.2 responsabilidade civil por omissão no enfrentamento da Covid-19**

A Carta Política, dispondo sobre Direitos e Garantias Fundamentais, entre outros, assegura o direito à vida, liberdade, segurança, igualdade, etc (art. 5º, caput<sup>9</sup>); direito à saúde, proteção à infância, assistência aos desamparados, trabalho, educação, lazer, segurança, previdência social, etc. (art. 6º, caput<sup>10</sup>). Ao tratar dos Direitos Sociais, inserto no Capítulo II do Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece expressamente ser a saúde direito de todos e dever do Estado, sem qualquer limitação ou restrição.

---

<sup>9</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

<sup>10</sup> 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.

E no que respeita aos Direitos Garantias Fundamentais, entre eles a saúde, a Constituição Federal é clara, no parágrafo 1º, do artigo 5º, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2019, p. 277) ao enfrentar o tema direito à saúde leciona que:

[...] como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: ‘uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas’. Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo ‘que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...), de cujo cumprimento depende a própria realização do direito’, e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, ‘a’, e 103, § 2.º) e, por outro lado, o seu não atendimento, in concreto, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de injunção (art. 5.º, LXXI)

Do delineado até momento extrai-se que a ineficiência ou a incapacidade estatal na utilização de políticas públicas que objetivem a prevenção e o enfretamento da disseminação do Covid-19, através da construção emergencial de um plano de vacinação, a exemplo do que ocorre, ao menos em 47 países mundo afora, pode gerar o dever de reparar os danos causados aos que forem lesados.

De acordo com a plataforma online *Our World In Date* (2021), até o dia 10 de janeiro de 2021, já haviam sido administradas mais 23,75 milhões de vacinas à população mundial. Lamentavelmente, no citado período,

enquanto vários países do mundo imunizam diariamente milhões de pessoas contra a Covid-19, o Brasil, então terceiro colocado em número de mortes por coronavírus no mundo – com mais de 202 mil óbitos pela doença (dados de janeiro de 2021), segundo o site de busca Google – continua sem uma previsão para iniciar a vacinação em massa.

Destaca, novamente, o historiador israelense Harari (2020, p. 21) que:

Nos anos 1970, a humanidade conseguiu derrotar o vírus da varíola porque as pessoas em todos os países se vacinaram. Bastava que um único país não vacinasse sua população para que a humanidade inteira ficasse exposta ao perigo, pois, enquanto o vírus da varíola existisse e evoluísse em algum lugar do mundo, sempre poderia voltar a propagar-se por toda a parte.

Verificada a escalada no número de óbitos no Brasil, fato que demonstra a ineficácia das medidas de prevenção e/ou precaução, mesmo após a vigência da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020), que dispõe sobre as medidas de combate à pandemia, caberia indagar se o Estado poderiam ser civilmente responsabilizados pela eventual verificação do aumento catastrófico de mortos (quase uma “mistanásia<sup>11</sup>” à brasileira), em que inúmeros brasileiros viram-se constrangidos a um fim de vida doloroso e solitário, sem acesso ao devido tratamento médico ou a vacinação emergencial – iniciada, conforme referido alhures, ainda, no dia 8 de dezembro de 2020 no reino Unido, posteriormente nos Estados Unidos, Canadá e União Europeia e assim por diante.

---

<sup>11</sup> O portal Âmbito Jurídico definiu mistanásia como: o oposto da Eutanásia, sendo caracterizada pela bioética e biodireito brasileiros como modalidade de termino de vida, a qual, se concretiza quando um indivíduo vulnerável socialmente é acometido de uma morte precoce, miserável e evitável como consequência da violação de seu direito a saúde. Na maioria dos casos, a Mistanásia atinge indivíduos excluídos do seio social que dependem das políticas públicas de saúde na garantia de sua dignidade, e mesmo assim, são expostos a situações de risco, em razão da burocracia exagerada, má gestão hospitalar, financeira e governamental, além da omissão estrutural (ÂMBITO JURÍDICO, 2020).

Aliás, segundo informação veiculada pela CNN Brasil até o dia 06 de janeiro do corrente ano, ao menos 49 países já haviam iniciado a imunização das suas populações, sendo Holanda, República de Palau, Islândia, Singapura, Irlanda e Belarus, os últimos a entrarem na lista (FRANZÃO, 2020).

Apesar disto, patente que não é qualquer omissão do Estado que justifica a responsabilidade civil estatal. É indispensável uma omissão específica, inerente ao Estado garantidor de direitos fundamentais, principalmente no caso de uma pandemia, de importância internacional, com grau máximo de alerta, que exige extrema diligência da Administração Pública, na implementação de políticas públicas eficientes para enfrentamento da crise sanitária (STOCO, 1997, p. 624).

Malgrado a divergência, doutrinária e jurisprudencial<sup>12</sup>, quanto a espécie da responsabilidade civil estatal por omissão (objetiva ou subjetiva), a despeito do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal pela sua objetivação, mesmo conhecendo-se o entendimento de alguns ministros que posicionam-se no sentido da responsabilidade civil envolver um elemento subjetivo.

Resta inegável, então, que o risco administrativo do Estado e, logicamente, sua responsabilização civil, tanto podem se originar de atos comissivos como também de atos omissivos. À vista disso, optou-se por adotar a corrente doutrinária de Juarez de Freitas<sup>13</sup>, dentre outros constitucionalistas modernos, que bem relaciona à responsabilidade civil

---

<sup>12</sup> Há uma divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O primeiro entende ser aplicável a responsabilidade objetiva nas omissões administrativas, à medida que o segundo entende pela aplicação da responsabilidade subjetiva.

<sup>13</sup> Autor das obras: 1) Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. São Paulo: Malheiros, 2006; 2) A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005; e A Constituição, a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

do Estado a eficácia, direta e imediata, dos direitos fundamentais, vedando-se excessos e omissões.

Segundo o entendimento do citado catedrático, o dano, situa-se na esfera de risco da atividade estatal, sendo o Estado responsabilizado independentemente de culpa - tanto por condutas comissivas como por omissivas.

Oportuno ponderar que a tónica correspondente a responsabilidade civil por omissão do Estado, consoante referido alhures, encontra refúgio na tutela dos direitos fundamentais. Nesse sentido, argumenta Freitas (2005, p. 381) que:

[...] o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais. Será, nessa perspectiva, proporcionalmente responsabilizável, tanto por ações como por omissões [...].

Dessa maneira, torna-se irrelevante, para referida concepção da responsabilidade estatal, a prova da culpa. Da mesma forma, a querela sobre a previsibilidade ou não do dano, visto que, como linha de tendência, há que se sopesar meramente se houve ou não a observância das medidas preventivas de cuidado e proteção.

Ensina Peces-Barba (1995, p. 263) que “os sentidos atuais se relacionam com o fundamento dos direitos humanos, com o fundamento dos deveres jurídicos positivados (e dos direitos difusos e coletivos) e ainda como forma de cooperação social”.

Portanto, na análise da eventual responsabilidade estatal por omissão, decorrente de caso fortuito ou fenômeno da natureza - a Pandemia Covid-19 é um caso típico -, bastaria examinar-se se, o agravamento da situação de calamidade pública, deu-se, única e

exclusivamente, pela ausência da adoção das correlatas medidas preventivas indicadas cientificamente ao Estado.

Nesse condão, necessário reforçar que, no presente momento, o Estado não só é obrigado a se abster de violar direitos fundamentais, como deve impreterivelmente salvaguardar os bens jurídicos fundamentais de injustas violações, como se atuasse como um “garantidor de direitos fundamentais”.

Para Baptista (2003, p. 129-130):

Está havendo, em todos os domínios jurídicos, uma releitura dos velhos conceitos à luz dos paradigmas dos princípios e direitos fundamentais. O direito administrativo começa a perceber as mudanças que isso implica em sua disciplina: “Das condições de súdito, de mero sujeito subordinado à administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da administração pública. Direcionada para o respeito, à dignidade da pessoa humana, a administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social”.

A preservação das normas constitucionais fundamentais, frente às recentes formas de transgressão, é medida que se impõe obrigatoriamente. Fleiner-Gerster (2007, p.160) explicam que:

[...] o Estado moderno não deve, como no passado, proteger o cidadão tão somente dos ladrões, assassinos e outros malfeitores, mas a sua tarefa de proteção ampliou-se consideravelmente. De fato as dependências e as interações cada vez maiores do ser humano conduziram não só à ampliação das possibilidades de comunicação mas também a uma ampliação dos perigos aos quais o homem está exposto. O Estado é então obrigado a assumir novas tarefas em matéria de proteção.

O atual momento de instabilidade mundial na área de saúde, decorrente da Pandemia Covid-19, é emblemático neste sentido. Destarte, era imaginável que a Covid-19 vitimaria uma extensa parcela da população brasileira. O vírus infectou cidadãos em praticamente todo o globo terrestre, sendo ilógico imaginarmos que o território nacional seria exceção.

Neste sentido, oportuno acentuar ser manifesto que o Estado não se trata de um “segurador, garantidor universal”, como referido anteriormente, e, em vista disso, desde que implementados os correlatos programas de prevenção e combate à doença, dentro de protocolos científicos nacional e internacionalmente reconhecidos - ainda que, de forma insuficiente para eliminar por completo o contágio da enfermidade-, não há que se falar em responsabilidade civil e dever de reparar ao Estado.

Por isso, consoante Bisneto, Santos e Cavet (2020, p. 79):

A ineficiência ou a ausência de adoção de medidas políticas, sociais e econômicas que visam à prevenção da disseminação da COVID-19 e seus desdobramentos, pela Administração Pública, pode gerar o dever de reparar os danos causados aos que forem lesados. Entretanto, não é qualquer omissão do Estado que ensejaria a responsabilidade civil. Seria necessária uma omissão qualificada (específica), ou seja, aquela que, além de decorrer de um dever legal particular, é causa direta e imediata do dano.

Lamentavelmente, nem sempre as recomendações divulgadas por entidades nacionais e internacionais, são eficientes para impulsionar os entes estatais na adoção de medidas de prevenção. Logo, nem todos os efeitos da Pandemia Covid-19 podem ser caracterizados como inevitáveis, hipótese em que incorrerá o ente estatal a subsunção na figura da responsabilidade civil objetiva por omissão.

Não há dúvidas que certas consequências do Covid-19 se originaram de ato omissivo do Estado - negacionismo do Presidente da República. O descaso, menosprezo e a banalização estatal, mesmo após as curvas de contágio, internações e mortes acentuarem-se após as festas de final de ano, poderá despontar à responsabilização do Estado, caso se ateste que a adoção tempestiva de medidas profiláticas como, por exemplo, a implementação emergencial e urgente de um plano de imunização (vacinação) contra a Covid-19, teria contribuído para combater a contaminação, reduzindo o risco de contágio, bem como a velocidade de propagação do vírus e de mortes.

Em reportagem vinculada em 13 de janeiro de 2021, pelo portal de notícias G1, sob o título “Bolsonaro tentou sabotar medidas contra Covid-19, diz o relatório anual da Human Rights Watch” revela-se que:

O presidente Bolsonaro minimizou a Covid-19, a qual chamou de “gripezinha”; recusou-se a adotar medidas para proteger a si mesmo e as pessoas ao seu redor; disseminou informações equivocadas; e tentou impedir os governos estaduais de imporem medidas de distanciamento social.

A eventual interligação entre a omissão estatal e a infecção de milhares de pessoas por Covid-19 deverá ser objeto de análises futuras no Brasil, no intuito de verificar-se a existência ou não do nexo de causalidade entre o não-agir público e os danos experimentados. Pondera Frazão (2016, p. 23) que “fica claro que as excludentes de responsabilidade apenas poderão ser consideradas como tal, para fim de afastar a imputação, quando foram consideradas estranhas ao risco”.

Lembra-nos Freitas (2006, p. 381-401) que:

A omissão causa o dano injusto que se consuma pelo não-cumprimento do dever estatal incontornável. Não há, com a devida vênia, nada de substancial que justifique tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões, no

modelo constitucional brasileiro: a responsabilidade é proporcional seja por ações, seja por omissões danosas por agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras dos serviços de titularidade do Poder Público.

A análise da responsabilidade civil do Estado reclamaria, desta forma, a confirmação da omissão estatal na adoção de medidas necessárias para minimizar o caos instalado pela crise sanitária mundial instaurada pela pandemia Covid-19. Arremata Godinho (2020, p. 413) que:

Naturalmente, não apenas a demonstração da conduta omissiva se faria imprescindível, como também a existência de liame causal entre tal comportamento desidioso e um potencial estágio de contaminação em massa, superlotação dos hospitais e o número excessivo e desproporcional de mortes em comparação a outros países.

Neste cenário, desponta não só a possibilidade de responsabilização estatal por ausência ou deficiência no atendimento médico às vítimas contaminadas pelo Covid-19, como também em razão da desídia e morosidade estatal em implementar um plano de nacional de vacinação.

## **Conclusão**

Não é novidade que a pandemia do Covid-19, com sua abrangência global e agressividade, alterou drasticamente nosso modo de vida. A metamorfose do mundo é evidente e o Brasil não excetua a regra. O mundo é outro, a fragilidade e vulnerabilidade da humanidade é evidente. Ninguém está seguro, e o dilema entre direitos individuais e coletivos inaugura uma nova encruzilhada.

Por certo, a mesma conversão ocorre com a responsabilidade civil estatal, sensível às alterações nos valores e costumes sociais (solidariedade social), balizados pelos novos rumos civilizatórios instaurados a partir da

Pandemia Covid-19. Este eco é inevitável, emana do caráter dinâmico e inovador do Direito, busca reflexões contextualizadas, razoáveis e proporcionais.

Notadamente em relação a responsabilidade civil do Estado, podemos afirmar que a ausência ou inobservância de medidas preventivas e razoáveis de cuidado e proteção à saúde da população brasileira pode ensejar a responsabilização civil do Estado, desde que presentes aos seus pressupostos.

Sepulta Harari (2020, p. 54 e 75):

Quando a vacina ficar pronta e a pandemia chegar ao fim, qual será a principal lição que a humanidade extraíra disso tudo? Muito provavelmente, que precisamos dedicar ainda mais esforços à proteção das vidas humanas. Precisamos de mais hospitais, mais profissionais de medicina e enfermagem. Precisamos estocar mais respiradores, mais equipamentos de proteção, mais kits de teste. Precisamos investir mais dinheiro em pesquisa de patógenos desconhecidos e no desenvolvimento de novos tratamentos. Não podemos ser pegos desprevenidos de novo.

[...]

O que temos visto ao redor do mundo não é um desastre natural e inevitável. É um fracasso humano. Governos irresponsáveis negligenciaram seus sistemas de saúde, não reagiram a tempo e, no momento, mostram-se incapazes de cooperar de forma efetiva em um nível global. Temos o poder de parar tudo isso, mas até o momento nos falta a sabedoria necessária.

Neste sentido, observa-se que, tal qual os trágicos avanços da Pandemia Covid-19, deve haver uma ascensão da responsabilidade civil do Estado, pautada na teoria do risco administrativo, prevista no § 6º, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, tanto pelos atos comissivos praticados, quanto pelas omissões do Estado, com presunção de culpa, bastando a comprovação, nestes casos, do nexo causal e do dano injusto, restando caracteriza a ilicitude (antijuridicidade) estatal.

A ineficiência do atendimento prestado às vítimas do Covid-19, bem como a ausência de um plano nacional efetivo e eficaz de imunização da população brasileira, na contramão do que ocorre no restante mundo, não pode ser desprezado, ainda mais se consideramos o dever legal e constitucional do Estado em assegurar o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução das doenças, a teor do artigo 196 da nossa Carta Magna<sup>14</sup>.

É notório que o Estado não se trata de um garantidor universal. Dessa forma, respeitadas as orientações cientificamente recomendadas e adotadas as, respectivas ações proativas de prevenção e combate ao Covid-19, ainda que, insuficiente para eliminar por completo os riscos de contágio, não há que se falar em responsabilidade civil, seja por conduta comissiva ou omissiva, e dever de reparar pelo Estado.

Por fim, dependendo do modo como se portem os entes públicos no combate a Pandemia Covid-19, será possível - por tratar a saúde de um direito fundamental no Brasil - positivar a existência dos requisitos indispensáveis à responsabilidade civil do Estado, ou seja, o nexo de causalidade entre as condutas comissiva, em especial a omissiva e os danos às vítimas provenientes da presente crise mundial de saúde.

## Referências

ÂMBITO JURÍDICO. **Mistanásia: a morte precoce, miserável e evitável como consequência da violação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/biodireito/mistanasia-a-morte-precoce-miseravel-e-avoidavel-como-consequencia-da-violacao-do-direito-a-saude-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

---

<sup>14</sup>Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BBC, News Brasil. **Brasil chega a 200 mil mortes por covid-19 em dia com recorde de óbitos e casos**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55581800>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

BISNETO, Cícero Dantas; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. **Responsabilidade civil do estado por omissão e por incitação na pandemia da covid-19**. Revista IBERC. v. 3, n. 2, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/111>>. Acesso em 07 ago. 2020.]

BRASIL, **Constituição Federal**. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2021.

BRASIL, **Constituição Federal**. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2021.

BRASIL, **Constituição Federal**. 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: 8 jan. 2021.

BRASIL, **Lei 13.979** (Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019). 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DA SILVA, JOSÉ AFONSO. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.<sup>a</sup> Edição.

FERRAJOLI, Luigi. **O vírus põe a globalização de joelhos**. Revista do Instituto Humanitas UNISINOS. 2020. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 7 jun. 2021.

FRANZÃO, Luana. **Veja quais países iniciaram a vacinação contra a Covid-19; Brasil está fora**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/12/24/>>

quais-os-paises-que-ja-comecaram-a-vacinacao-contra-a-covid-19>. Acesso em: 08 jan. 2021.

FREITAS, Juarez. **A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão**. Revista de Direito Administrativo. n. 241. Rio de Janeiro, 2005.

G1. **Bolsonaro tentou sabotar medidas contra Covid-19, diz relatório anual da Human Rights Watch**. 2021. Disponível em:<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/01/13/bolsonaro-tentou-sabotar-medidas-contra-covid-19-diz-relatorio-anual-da-human-rights-watch.ghml>>. Acesso em: 13 jan. 2021

GODINHO, Adriano Marteleto. Coronavírus e mistanásia: a morte indigna dos excluídos e a responsabilidade civil do Estado. In: RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Editora Foco, 2020

HARARI, Yuval Noah. **Homo deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia: breves lições para o mundo pós-coronavírus**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus brasil**. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

OUR WORLD IN DATE. **Vacinação contra Coronavírus (Covid-19)**. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

PECES-BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PIERRI, Deborah. **As omissões dos agentes públicos: Faute du Service e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO

Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIERRI, Deborah. **As omissões dos agentes públicos: Faute du Service e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SENADO FEDERAL. **CPI da pandemia**. 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SENADO FEDERAL. **Senadores lamentam 200 mil mortes por covid e comemoram coronavac**. 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/01/08/senadores-lamentam-marca-de-200-mil-mortes-por-covid-19>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 719.738-RS**. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=818499&num\\_registro=200500121767&data=20080922&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=818499&num_registro=200500121767&data=20080922&formato=PDF)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 940**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5136782&numeroProcesso=1027633&classeProcesso=RE&numeroTema=940#>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

## O compartilhamento de dados pessoais de saúde como um ativo na sociedade de informação

*Jarbas Paula de Souza Junior*<sup>1</sup>

### Introdução

Vivemos a era da economia do *Big Data*, da inteligência artificial (IA), da Internet das Coisas (IoT), do rentismo, da monetização e compartilhamento de informações digitais. Nossos dados pessoais estão sendo cada vez mais expostos, sem que sequer percebamos. Basta um clique para que seja iniciado o registro de nossas preferências, criando-se um verdadeiro perfil comportamental desde então.

Ocorre que, diante dos numerosos casos envolvendo o compartilhamento de dados dos usuários da *internet*, especialmente a partir da polêmica instalada entre o *Facebook* e a *Cambridge Analytica* nas eleições nos EUA, em 2016, na qual informações de milhões de usuários foram parametrizados e empregadas na campanha eleitoral de Donald Trump, sem qualquer autorização, tornou-se necessário destinar-se uma maior atenção à proteção de dados pessoais, no que atine ao seu valor mercadológico.

Os dados e, conseqüentemente, as informações por eles geradas são considerados “o novo petróleo” (RIPARI, 2020). Eles refletem nossas informações pessoais, nossos hábitos, nossas escolhas, nossas predisposições morais, políticas, religiosas e de saúde. Criam-se

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, Pós-Graduado em Direito Processual Civil (URI-FW), Direito Tributário (Unoesc), Direito Médico e Hospitalar (EPD-SP) e Direito da Medicina (Coimbra-POR)

verdadeiras estratégias mercadológicas a partir dos dados obtidos do nosso histórico de navegação.

Em uma sociedade de informação os dados, especialmente as informações de saúde, despertam um interesse impar do mercado, apesar da garantia da confidencialidade destas informações, encontrando-se os dados de saúde entre os expoentes da proteção da privacidade.

Ademais, a evolução tecnológica ocasionada pelo *Big Data* e pela inteligência artificial (IA), no que condiz a apropriação, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais de saúde, está gerando controvérsias significativas concernentes à eventuais violações aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais dos pacientes.

De toda sorte, a problemática que ora é apresentada é complexa, uma vez que envolve a tutela jurídica de dados pessoais de saúde, de modo a assegurar aos titulares a autonomia sobre as suas informações pessoais, tendo como fundamento-lastro a dignidade da pessoa humana. Ainda mais se considerarmos, conforme referido alhures, a mineralização e a monetização desses dados pessoais na esfera informacional atual.

Assim, com o objetivo de demonstrar os constrangimentos a que poderão estar expostos os titulares, no que condiz ao direito à proteção de seus dados pessoais de saúde - como um ativo na atual economia da informação, faz-se imprescindível assegurar a devida proteção a estes dados, por decorrência lógica, da tutela constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada dentre outras previsões legais.

## **1. Da sociedade da informação**

A evolução social nos conduziu a um novo modelo de desenvolvimento, passamos de uma sociedade agrícola e industrial, para uma sociedade da informação, lastreada na geração, processamento e disseminação de conhecimento por meio da virtualização da informação.

### Segundo O’Neil (2020):

Vivemos na Era do Algoritmo. Cada vez mais, as decisões que afetam nossas vidas – onde estudamos, se obtemos um empréstimo para comprar um carro, quando pagamentos pelo seguro de saúde – estão sendo tomadas por modelos matemáticos. Em teoria, isso deveria nos conduzir para um mundo mais justo: todos são julgados de acordo com as mesmas regras e o preconceito é eliminado.

Passou-se a entender a sociedade da informação como o período que se inicia após a preponderância da informação sobre os meios de produção, observando-se que o conhecimento está em tudo o que se produz, se vende ou se compra.

Segundo Lisboa (LISBOA, 2006, p. 89/90) a sociedade da informação não se resume ao ambiente virtual, sendo que da mesma forma como ocorrerá com a revolução industrial, não se afastou da sociedade a informação por outros meios, como a escrita em papel.

Em decorrência disso convertem-se os dados pessoais, que integram um banco de informações, em matéria-prima essencial - para uma economia consubstanciada na exploração de tecnologias de informação e comunicação (TIC).

Nesse novo cenário o conceito a informação, especialmente na área da saúde, converteu-se em um dos ativos mais desejados pelo mercado. Os dados pessoais, dos quais se extrai as preferências e rotinas de cada usuário, transformam-se em verdadeiras “fábricas” de riqueza.

Por meio do registro da navegação cria-se um perfil comportamental do usuário, otimizando-se as probabilidades comerciais futuras ou dificultando-as. Esta novel ferramenta mercadológica permite, por exemplo, que se investiguem os dados de navegação de um usuário, no intuito de excluir ou permitir o acesso a um determinado tratamento

médico como, por exemplo, sob a (in)existência de uma doença pré-existente.

Consequentemente, na atual sociedade da informação - de facilidades tecnológicas, àqueles usuários que não se adaptarem a esta atual concepção mercantil sofrerão sérios problemas, em decorrência da virtualização e circulação de seus dados pessoais de saúde.

### **1.1 Conceituação de dados, dados pessoais, informação e *big data***

Em uma sociedade da informação os dados pessoais converteram-se em um expressivo ativo econômico, notadamente os dados referentes à saúde (BIONI, 2020, p. 12):

Para se ter uma ideia da valorização de dados referentes à saúde, reportagem divulgada na revista Exame em junho de 2008 afirmava que a perspectiva até 2025 era de que o tamanho do setor de produtos farmacêuticos chegaria a aproximadamente 740 bilhões de dólares, sendo um dos ramos mais promissores a fabricação de medicamentos ‘personalizados’ (produtos desenvolvidos com base em informações genéticas); o setor de seguros deveria chegar à cifra de 2,2 trilhões de dólares (TEICH, 2010, 154).

Nesse sentir torna-se oportuno e conveniente fazer uma pequena distinção entre os termos “dados” e “informação”, sendo que, apesar de sua sinonímia, ambos não se equivalem - quando se está a tratar-se de sistemas de informação.

De acordo com Rob (2011, p. 4):

Para compreender o que deve orientar o projeto de banco de dados, você deve entender a diferença entre dados e informação. Os **dados** são fatos brutos. A palavra *bruto* indica que os fatos ainda não foram processados para revelar seu significado. (...) As **informações** são o resultado do processamento de dados brutos para revelar o seu significado. **(Grifo nosso)**

Por sua vez Stair e Reynolds (2009. p. 4) acrescentam que:

**Dados** são compostos por fatos básicos, como o nome e a quantidade de horas trabalhadas por semana de um funcionário, número de peças em estoque ou pedidos. (...) Quando esses fatos são organizados ou arranjados de maneira significativa, eles se transformam em informações. **Informação** é o conjunto de fatos organizados de modo a terem valor adicional, além de valor propriamente dito. **(Grifo nosso)**

Dessa forma, poderíamos definir que dados são todo o conjunto de informações aleatoriamente armazenadas, que após seu devido processamento e organização passam a ser tratados como informações, acabando por integrar um banco de dados.

Para Doneda (2006. p. 152), a distinção entre “dados” e “informação” é relativizada pela doutrina:

(...) o “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como observamos por exemplo em um autor que entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida; o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega em si um sentido instrumental, no sentido de uma redução de um estado de incerteza.

A seu turno impende-se ainda buscarmos uma definição para a tecnologia identificada como *Big Data*, a qual permite que o processamento de um grande volume de dados, bem como sua conversão em informações mais individualizadas (BIONI, 2020, p. 34).

Pode extrair importante registro acerca do *Big Data* a partir do relatório elaborado, em 2014, pelo Escritório Executivo do ex-presidente

dos EUA, Barack Obama, intitulado *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values* (PRESIDENT, 2014. p. 2/3):

Existem muitas definições de “Big Data” que podem diferir dependendo de se você é um cientista da computação, um analista financeiro, ou um empreendedor lançando uma ideia para um capitalista de risco. A maioria das definições refletem a grande capacidade da tecnologia de capturar, agregar e processar um sempre crescente volume, velocidade e variedade de dados. Em outras palavras, ‘os dados estão agora disponíveis de forma mais rápida, têm maior cobertura e alcance, e incluem novos tipos de observações e medidas que anteriormente não estavam disponíveis’. Mais precisamente, bases de dados relacionadas ao Big Data são ‘grandes, diversas, complexas, longitudinais e/ou referentes a um conjunto de dados distribuídos e gerados a partir de instrumentos, sensores, transações de internet, email, vídeos, rastreamento do usuário de internet [clickstreams] e/ou todas as outras fontes digitais disponíveis hoje e no futuro.

Como acentua Laney, o *Big Data* é uma técnica de processamento de dados em enorme volume, velocidade e variedade (LANEY, 2012).

Pontualmente Magrani e Oliveira (2019. p. 405) esclarecem que Big Data “*é um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações*”.

Os bancos de dados são estruturados para conter uma enorme quantidade de dados pessoais dos usuários da Internet (*Big Data*). Nossa vida, nossas preferências de consumo, histórico de créditos são armazenados e transformados em informações úteis para a tomada de decisões – o denominado perfil comportamental do potencial consumidor (BIONI, 2020. p. 17).

A facilidade de compartilhamento, de criação de perfis de usuários, tornou-se um campo fértil para a mineração e construção de banco de

dados, visando unicamente a monetização das informações em lucros, uma verdadeira “mina de ouro (BIONI, 2020. p. 38).

Por meio do *Big Data* padronizam-se dados, criam-se probabilidades futuras (BARAÚNA JR, 2019. p. 135). Nesse sentir, o registro de dados atinentes ao histórico de saúde dos usuários adquire um relevante potencial econômico. Por meio da análise do consumo em farmácias, por exemplo, poderiam as operadoras de planos privados de saúde implementar uma verdadeira seleção de riscos, recusando ou aceitando a adesão de determinada pessoa, tornando-se mais eficazes e diminuindo seus custos.

Diante deste horizonte, ou seja, do processamento de dados em um grande volume, é crível imaginarmos a vulnerabilidade em que se encontram expostos os dados dos usuários da internet e, conseqüentemente, as suas informações pessoais de saúde.

## **2. Da garantia da intimidade e privacidade dos dados de saúde**

É notório que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. X, garantiu a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagens das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

A evolução da tecnológica da informação conduziu a análise de dados de saúde para fora dos consultórios médicos ou ensaios clínicos tradicionais. Atualmente, os dados de saúde encontram-se disponíveis em um novo “varejo” virtualizado de informações. Nessa circunstância, de forma a preservar a segurança dos dados pessoais de saúde dos usuários, tornou-se imperioso a imposição de ferramentas de padronização e regulamentação, no condão de garantir à privacidade e à proteção destes dados pessoais.

A integração ocasionada pela Sociedade de Informação deu início a um novo conjunto de preocupações, quanto aos riscos de incorporação do *Big Data*. Ainda mais se considerarmos que todos os *websites* podem se apropriar de informações digitais de seus usuários, que tanto podem ser dados comuns e pessoais.

Espaços antes privados convertem-se cada vez mais em públicos, impulsionando o compartilhamento indiscriminado de dados pessoais em redes sociais (como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *LinkedIn* e *TikTok*). Conteúdos particulares da personalidade dos usuários são exteriorizados a terceiros desinibidamente.

A vulnerabilidade da proteção de dados no Brasil e no mundo permite o acesso irregular a informações de saúde. Nesse sentido poderíamos citar, como exemplos, o vazamento de dados de 267 milhões de usuários do Facebook, incluindo seu nome e telefone (DEMARTINI, 2019); o monitoramento e coleta de dados de geolocalização dos usuários também do Facebook, mesmo com o recurso desativado (WAKKA, 2019); o tratamento ilegal de dados de adolescentes pelo aplicativo TikTok (BRITO, 2019); e a investigação instaurada pelo Ministério Público do Distrito Federal que tem como objeto a venda e o repasse de dados de clientes de farmácias locais à empresas de plano de saúde e análise de crédito, tendo o responsável pela investigação relatado que o histórico de compras de um cliente em uma farmácia reflete, muitas vezes, o seu estado de saúde (LUIZ, 2018).

É nessa conjuntura informacional, de apropriações indevidas de dados de saúde, não obstante a existência de outras normas legais que regulamentam o setor de captação e processamento de dados<sup>2</sup>, que se inseriu no âmbito normativo brasileiro a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de

---

<sup>2</sup>Como exemplos, podemos citar a Lei do Cadastro Positivo (Lei n.º 12.414/2011), a Lei do marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990).

2018, conhecida usualmente como Lei Geral de Proteção de Dados ou simplesmente LGPD (BRASIL, 2018).

A Lei Geral de Proteção de Dados tem como escopo garantir aos cidadãos a proteção de seus dados e informações pessoais, impondo limites para o seu processamento e compartilhamento, assim como, sua competente responsabilização para as hipóteses de infração de seus dispositivos legais.

Importante consignar que a Lei Geral de Proteção de Dados possuía *vacatio legis* de dois anos, sendo que entraria em vigor em agosto de 2020. Entretanto, sua vigência integral foi postergada, por meio da Medida Provisória nº 959/2020, para 03 de maio de 2021, em razão da crise econômica instalada no Brasil e no mundo pela pandemia Covid-19.

A Lei Geral de Proteção de Dados positiva em seu texto normativo (art. 5º, inc. I) o conceito de dados pessoais, considerando como dado pessoal a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (BRASIL, 2018).

Nessa perspectiva de *health analytics*, isto é, da análise de dados de saúde que permite um gerenciamento dos riscos inerentes a cada usuário, é que se insere o poder-dever do Estado de proteção de dados, especialmente àqueles pessoais obtidas sem consentimento do titular.

Em decorrência disto preocupou-se a Lei Geral de Proteção de Dados em considerar os dados de saúde como dados pessoais sensíveis, quer dizer, dados que gozam de uma maior proteção jurídica.

Vislumbra-se, pelo exposto, uma crescente preocupação das autoridades públicas em regulamentar o acesso às informações de um banco de dados pessoal, particularmente os sensíveis, por se tratarem de informações pessoais relativas à intimidade e à vida privada dos usuários.

## **2.1 Da proteção inserida pela lei geral de proteção de dados aos dados pessoais sensíveis de saúde**

A Lei Geral de Proteção de Dados em si dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, em meio digital ou não, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo basilar de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

A inovadora Lei de Proteção de Dados possibilita o apoderamento dos dados pessoais pelo usuário, lhe possibilitando, por exemplo, o acesso, o direito de retificação, a oposição ou limitação de utilização e até mesmo a portabilidade destes.

O ambiente de revolução introduzido pela “recém-chegada” lei protetiva de dados impulsiona as margens da segurança jurídica em todo o território brasileiro, podendo até mesmo ter abrangência extraterritorial.

No art. 2.º a Lei geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) encontram-se os fundamentos da proteção de dados pessoais, tais como, o respeito à privacidade (inc. I), a autodeterminação informativa (inc. II) e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inc. IV), dentre outros.

Como a intenção do presente trabalho não é realizar uma análise pormenorizada da Lei Geral de Proteção de Dados, mas exclusivamente dos aspectos referentes aos dados de saúde, impende-se destacar que estes mereceram, quando da elaboração da referida legislação protetiva, uma atenção especial, conforme se pode aferir da redação do inc. II do art. 5º da lei, que descreve o dado referente à saúde como um dado pessoal sensível.

Lamentavelmente, o inc. II do art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados não traz em seu texto a definição do que seria um “dado pessoal

sensível”, mas arrola individualidades para sua caracterização como sensível.

Vejamos o que dispõe o art. 5º da LGPD:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados;

XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado;

XV - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro;

XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; e (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

Com efeito, a enumeração trazida pelo inc. II do art. 5º da Lei Geral de Proteção Dados não deixa dúvidas acerca da classificação dos dados pessoais de saúde como dados pessoais sensíveis. Merecendo, inclusive, um tratamento diferenciado pela norma protetora.

Pertinente sublinhar que o dado sensível é um dado pessoal, mas nem todo dado pessoal pode ser considerado sensível. Decorre que para a caracterização de um dado como pessoal é imprescindível que tanto ele, considerado de forma isolada, quanto da sua associação com outras informações, acarretem uma identificabilidade (KONDER, 2019. p. 452).

Já o dado será classificado como sensível, segundo o inc. II do art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, quando referir-se a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Vislumbra-se, então, que os dados sensíveis são dados pessoais “*suscetíveis de utilização para fins discriminatórios, como estigmatização, exclusão ou segregação, de modo que seu tratamento atinja a dignidade de seu titular, lesionando sua identidade pessoal ou privacidade* (KONDER, 2019. p. 455)”.

Por consequência lógica, e considerando os objetivos do legislador ao definir os limites de abrangência dos dados sensíveis, identificados em decorrência da potencialidade lesiva do seu processamento, verificou-se ser ineficaz a instituição de um rol taxativo de dados sensíveis, considerados como *numerus clausus* (KONDER, 2019. p. 455). Optando, então, o legislador por um rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), amplificando-se, assim, as suas hipóteses de incidência.

Aludido entendimento pode ser extraído da regra esculpida no § 1º do art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados, o qual consagra que qualquer dado pessoal pode revelar dados sensíveis e avocar o tratamento diferenciado. Desta maneira, “*hábitos de compras, preferências de filmes e históricos de pesquisa podem parecer inofensivos isoladamente, mas um*

*rápido tratamento em conjunto pode servir a identificar orientação religiosa, política e mesmo sexual” (KONDER, 2019, p. 455).*

Em relação ao tratamento diferenciado destinado aos dados pessoais sensíveis, acentua Mulholland (MULHOLLAND, 2018, p. 454):

(...) já é conhecido da legislação brasileira desde a promulgação da Lei de Cadastro Positivo - Lei 12.414/11 - que em seu artigo 3º, §3º, II, proíbe anotações em bancos de dados usados para a análise de crédito de ‘informações sensíveis’, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas’.

O tratamento de dados de saúde, em atenção ao que regulamenta a Lei Geral de Proteção de Dados, dar-se-á com o consentimento do titular ou do seu responsável legal (art. 11, inc. I) ou em outras sete (07) hipóteses, as quais dispensam o consentimento do titular (art. 11, inc. II), sendo elas: (i) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, (ii) tratamento e execução de políticas públicas, (iii) realização pesquisas, (iv) exercício regular de direitos, (v) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, (vi) tutela de saúde e (vii) garantia da prevenção à fraude e à segurança.

### **2.1.1 Do tratamento dos dados pessoais de saúde**

De início deve-se destacar que a potencialidade lesiva dos dados sensíveis (neste rol encontram-se os dados referentes à saúde), justifica, sobremaneira, a existência de regramento próprio na Lei Geral de Proteção de Dados (DONEDA, 2019, p. 446).

Para Limberger “*A proteção do dado sensível tenta prevenir ou eliminar discriminações. Pode-se dizer que é uma nova leitura do princípio da igualdade, e sua intenção é a de que dados armazenados não sirvam para prejudicar as pessoas*” (LIMBERGER, 2008).

Oportuno atentar que, quando do trato dos dados pessoais de saúde (dados considerados sensíveis), devemos interpretá-los a luz da dignidade da pessoa humana, como se fossem uma verdadeira cláusula geral. Devem ser abarcadas numerosas formas de proteção do usuário, como também fomentadas formas para combater os novos mecanismos de instrumentalização ou subjugação dos dados pessoais de saúde (DONEDA, 2019, p. 447).

Para Rodotá (2008, p. 113):

A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria persona, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito.

Não podemos esquecer que a velocidade e a facilidade de processamento e acessibilidade das informações representaram uma significativa conquista para a democratização do conhecimento, mas também serviu como uma espécie de derrota para a privacidade.

Segundo Mulholland (MULHOLLAND, 2018, p. 171) no tratamento de dados pessoais sensíveis, sob o panorama da Lei Geral de Proteção de Dados:

(...) parte-se da ideia de que os dados são elemento constituinte da identidade da pessoa e que devem ser protegidos na medida em que compõem parte fundamental de sua personalidade, que deve ter seu desenvolvimento privilegiado, por meio do reconhecimento de sua dignidade.

Assim, os dados pessoais sensíveis de saúde, por se tratarem de dados idôneos a eventuais processos sociais de exclusão e segregação, são objeto de um rigoroso controle estatal (DONEDA, 2019, p. 451).

Logo, apura-se que a prevenção e a eliminação de “*processos sociais de exclusão e segregação*” (DONEDA, 2019, p. 451), em virtude da criação de perfis psicográficos de saúde, são os principais objetivos do tratamento distinto imposto pela Lei Geral de Proteção de Dados, quando da classificação dos dados como dados pessoais sensíveis e dados pessoais não sensíveis.

A pessoa natural é a proprietários de seus dados pessoais de saúde, possuindo amplo direito sobre o seu controle (coleta, processamento e destinação), podendo inclusive exigir a exclusão de determinado banco de dados, se assim desejar.

O direito à eliminação de dados dos dados pessoais encontra-se previsto no inc. VI do art. 18 da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), o qual dispõe que o titular dos dados pessoais tem direito, a qualquer momento, de requisitar a eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular.

Todavia o direito à eliminação dos dados pessoais não é absoluto, encontrando uma ressalva - hipóteses elencadas no art. 16 da Lei Geral de Proteção de Dados. São excepcionados os seguintes casos:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- c) transferência à terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta lei; e
- d) uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Resta evidente que a intenção do legislador foi garantir a preservação da intimidade e da privacidade dos titulares dos dados processados (especialmente dos dados relacionados à saúde, classificados como

sensíveis), condicionando eventual manutenção a anonimização e a fiscalização da idealizada autoridade nacional de proteção de dados (ANPD).

Restou, igualmente, autorizada a conservação dos dados, mesmo nas hipóteses de requisição para eliminação, quando estes destinarem-se ao cumprimento de obrigação legal ou regulatórias pelo controlador. Nesse sentido bem observa Konder, citando Mulholland (KONDER, 2019, p. 457):

(...) a LGPD permite que haja tratamento de dados sensíveis sem a necessidade de fornecimento de consentimento do titular de dados, quando for indispensável para o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos (artigo 11, II, b, LGPD), além de outras hipóteses que se referem, em grande medida, a interesses públicos. Neste último caso, o consentimento do titular dos dados sensíveis, seja genérico, seja específico, ficaria dispensado em decorrência de uma ponderação de interesses realizada pela lei, aprioristicamente, que considera mais relevantes e preponderantes os interesses de natureza pública frente aos interesses do titular, ainda que estes tenham qualidade de Direito Fundamental.

Diante das particularidades normativas introduzidas pela Lei Geral de Proteção de Dados, para o tratamento de dados sensíveis de saúde - especificadamente no que confere o direito à eliminação, já podemos antever a ocorrência de um conflito aparente de normas, uma vez que a Resolução CFM n.º 1.821/07 (de natureza jurídica complementar não prevalece sob os regramentos da LGPD), estabelece em seu art. 8º o prazo mínimo de 20 anos, a partir do último registro, para a preservação dos prontuários dos pacientes em papel, que não foram arquivados eletronicamente em meio óptico, microfilmado ou digitalizado (BRASIL, 2007).

Dessa forma, com o início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, poderão os pacientes, mediante requerimento expresso, requisitar a exclusão dos seus dados pessoais dos registros médicos, restando ao profissional da saúde notificar, mediante a assinatura, por exemplo, de termo de responsabilidade, o titular dos dados para os riscos e consequências da eliminação.

### **2.1.2 Da exigência do consentimento “específico e destacado” do titular dos dados pessoais de saúde**

Os dados sensíveis, por integrarem o conceito de dado pessoal e inter-relacionar-se, quase que indistintamente, com os elementos característicos de uma pessoa natural, conquistaram uma posição de destaque na Lei Geral de Proteção de Dados (TEPEDINO, 2019. p. 306).

A princípio, para que ocorra o tratamento dos dados pessoais sensíveis, portanto referentes à saúde, é obrigatório a prévia elaboração do competente termo de consentimento, conforme preceitua o art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados.

Tal obrigatoriedade justifica-se diante do atual quadro econômico erigido pela Sociedade da Informação (mercantilização dos dados pessoais), merecendo destaque os dados de saúde, pela espécie de informação que os dados sensíveis de saúde trazem – que podem “ensejar a discriminação de seu titular” (TEPEDINO, 2019. p. 308).

Alerta Doneda (2019. p. 306-307) que:

(...) deve-se ter em conta que o próprio conceito de dados sensíveis atende à uma necessidade de delimitar uma área na qual a probabilidade de utilização da informação é potencialmente maior – sem deixarmos de reconhecer que há situações onde tal consequência pode advir sem que sejam utilizados dados sensíveis, ou então que a utilização destes dados se preste a fins legítimos e lícitos.

Nesse sentido, a teor do que impõe a Lei Geral de Proteção de Dados e com o intuito de legitimar o tratamento de dados sensíveis de saúde, deverão os titulares, em harmonia com o tratamento dispensado aos dados pessoais (§ 1º do art. 11 da LGPD)<sup>3</sup>, ser informados e esclarecidos, de forma específica e destacada (em linguagem simples e de fácil compreensão), mediante a elaboração de documento escrito ou outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular, acerca da destinação do uso dos seus dados pessoais sensíveis de saúde.

Conforme destaca Tepedino e Teffé (2019, p. 299), citando Doneda:

(...) o consentimento para o tratamento de dados pessoais toca diretamente elementos da própria personalidade, porém não dispõe destes elementos. Ele assume mais propriamente as vestes de um ato unilateral, cujo efeito é o de autorizar um determinado tratamento para os dados pessoais, sem estar diretamente vinculado a uma estrutura contratual.

De atentar, que o ônus da prova de que o consentimento foi obtido, em conformidade com o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados, compete ao controlador (pessoa natural ou física, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais), à medida do que ditam os arts. 5º, inc. VI e 8º, § 2º (BRASIL, 2018) do mencionado diploma protetivo.

O consentimento expresso no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais de saúde não é uma novidade da Lei Geral de Proteção de Dados, ele aparece no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018), no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e na Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), conforme salientam Tepedino e Teffé (2019, p. 309).

---

<sup>3</sup> Observa-se o relativo paralelismo entre as hipóteses do art. 7º e aquelas previstas no art. 11 da LGPD, devendo todos os cuidados já previstos para o tratamento de dados ser aplicados de forma ainda mais intensa ao tratamento de dados sensíveis, já que para eles se espera um padrão ainda mais rigoroso de proteção. (TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 306).

De mais a mais, não serão admitidas no consentimento finalidades indeterminadas, sendo consideradas nulas autorizações genéricas para o tratamento de dados sensíveis de saúde, a teor do que institui o § 4º do art. 8º da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

Outrossim, alerta o § 5º do art. 8º da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), aplicável por simetria aos dados pessoais sensíveis de saúde, que o consentimento poderá ser revogado a qualquer momento, exigindo-se para isto manifestação expressa do titular dos dados de saúde.

Enfim, os dados pessoais sensíveis, sobretudo de saúde, considerados por Schaefer (2010, p. 228) bens da personalidade, sujeitos ao regime da proteção à privacidade, demandam uma proteção ímpar, “uma tutela diferenciada e especial, de forma a se evitar que informações dessa natureza sejam vazadas, usadas indevidamente, comercializadas ou sirvam para embasar preconceitos e discriminações em relação ao titular” (TEPEDINO; TEFFÉ, p. 310).

## **Conclusão**

O estudo acerca do compartilhamento de dados pessoais sensíveis de saúde como um ativo na sociedade de informação é assunto atual, em decorrência da voracidade mercadológica na busca de novos instrumentos de monetização dos dados pessoais, seja no ambiente físico ou digital.

As obscuras formas de captação, processamento e destinação dos dados gerados pelos hodiernos mecanismos tecnológicos criam enormes dificuldades para que ocorra um efetivo controle da criação irregular de perfis econômicos, isto é, de nossas propensões de consumo.

É nesse domínio que as gigantes da tecnologia da informação subvertem ferramentas de interação social, aparentemente triviais, em verdadeiras minerais de dados, prospectando elementos de interesse

econômico para, por exemplo, empresas de informática, indústria farmacêutica e empresas destinadas ao gerenciamento de riscos.

A falta de uma estrutura normativa sólida de caráter regulatório e até mesmo desestimulante e sancionatório, a nível nacional, fez com que as ações de exploração incessante e desautorizadas de dados pessoais, particularmente daqueles relacionados com a saúde, atingissem patamares inaceitáveis.

Foi neste contexto de sociedade da informação, *Big Data* e de necessidade de garantia da inviolabilidade da intimidade e da privacidade dos dados pessoais que foi introduzida a Lei Geral de Proteção de Dados no ordenamento jurídico pátrio, com o exclusivo propósito de consolidar, em um único texto legal, as inúmeras previsões normativas esparsas, disciplinando o uso e a integridade dos dados de cada pessoa.

A promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados fez surgir no Brasil uma fonte de proteção condizente com o vigente “*cenário de elevada circulação de informação*”, que objetiva não só garantir a autonomia dos titulares dos dados pessoais de saúde (autodeterminação informativa) e o livre desenvolvimento de sua personalidade, mas a inviolabilidade dos dados de saúde como forma de preservação da intimidade e privacidade.

## Referências

BARAÚNA JR, Haroldo V. **Documentos médicos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

BRASIL, **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.709** (Lei Geral de Proteção de Dados). 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2020.

BRASIL, **Resolução do CFM nº 1.821**. 2007. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

BRITO, Sabrina. **TikTok é processado os EUA por tratamento ilegal de dados de menores**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/tiktok-e-processado-nos-eua-por-tratamento-ilegal-dos-dados-de-menores/>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

DEMARTINI, Felipe. **Vazam dados de 267 milhões de usuários do Facebook**. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/seguranca/vazam-dados-de-267-milhoes-de-usuarios-do-facebook-158331/>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. In: TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD** apud FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. **O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LANEY, Doug. **3D data management: controlling data volume, velocity, and variety**. Disponível em: <<https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>>. Acesso em: 06/05/2020.

LIMBERGER, Têmis. **Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais**. Revista de Direito da Unisc. Santa Cruz do Sul, n. 30. p. 138-160, jul.-dez. 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito na sociedade da informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUIZ, Gabriel. **CPF em troca de descontos: MP investiga venda de dados de clientes de farmácias**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/cpf-em-troca-de-desconto-mp-investiga-venda-de-dados-de-clientes-por-farmacias.ghtml>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

MAGRANI, Eduardo. OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **O big data somos nós: novas tecnologias e projetos de gerenciamento pessoal de dados**. In: TEPEDINO, Gustavo. Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados**. Revista de Direito e Garantias Fundamentais. Vitória, v. 19, n. 3, set.-dez. 2018.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020. 2018.

PRESIDENT, Executive Office of the. **Big data: seizing opportunities, preserving values**. The White House, Washington, maio de 2014. p. 2 e 3. Disponível em: <[https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big\\_data\\_privacy\\_report\\_may\\_1\\_2014.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf)>. Acesso em abril de 2020.

RIPARI, César. **Por que os dados são considerados o novo petróleo?** Disponível em: <<https://administradores.com.br/noticias/por-que-dados-sao-considerados-o-novo-petroleo>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ROB, Peter. **Sistemas de bancos de dados: projeto e implementação**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- SCHAEFER, Fernanda. **Proteção de dados de saúde na sociedade de informação**. Curitiba: Juruá, 2010.
- STAIR, Ralph; REYNOLDS, George W. **Princípios de sistemas de informação: uma abordagem gerencial**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- TEICH, D. H.; COSTA, M. **Os negócios da vida**. In: SCHAEFER, Fernanda. **Proteção de dados de saúde na sociedade de informação**. Curitiba: Juruá, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- WAKKA, Wagnwer. **Facebook admite que monitora localização mesmo com recurso desativado**. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/facebook-admite-que-monitora-localizacao-mesmo-com-recurso-desativado-158167/>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

## **A disseminação do discurso de ódio e os limites da liberdade de expressão no estado democrático brasileiro**

*Carina Lopes de Souza*<sup>1</sup>  
*Thábara Santa Catarina de Souza*<sup>2</sup>

### **Introdução**

Contemporaneamente, a democracia vem sofrendo retrocessos ao redor do mundo todo. Nesse contexto, é imprescindível tratar acerca da estabilidade e garantia do direito à liberdade de expressão, sobretudo, como um pilar da democracia. Um direito que, com as transformações sociais que a ampla revolução tecnológica causou, vem enfrentando, mais do que nunca, uma infinidade de conflitos quanto aos seus limites constitucionalmente previstos. Nessa perspectiva, o objetivo do presente artigo é analisar se podem ser impostos limites à liberdade de expressão frente a disseminação do discurso de ódio, sem que essa restrição caracterize uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Diante da deturpação da ideia de liberdade como um elemento basilar de manutenção de um ambiente democrático, surgiu o seguinte problema de pesquisa: estabelecer limites à fruição da liberdade de expressão, frente à disseminação do discurso de ódio, representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito?

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Advogada. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade da Faculdade Meridional - IMED/CNPq. Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/3105828369221271>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8770-3790>. Endereço eletrônico: [adv.carinalopes@gmail.com](mailto:adv.carinalopes@gmail.com).

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito na Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2478265556025667>. Endereço eletrônico: [thabatao9898@gmail.com](mailto:thabatao9898@gmail.com).

Abordar-se-á, a partir disso, a atribuição do Poder Judiciário em realizar a diferenciação das legítimas manifestações de ideias plurais no espaço público, em comparação com as expressões discriminatórias de ódio. Para tanto, busca-se, em primeiro plano, realizar uma breve análise sobre a democracia no Brasil e os contornos desse regime de organização social. Após, pretende-se observar a relevância da liberdade de expressão nos moldes democráticos, bem como discorrer acerca do discurso do ódio e seus prejuízos ao ofendido. Por fim, o último capítulo do trabalho consistirá num estudo sobre o caráter não absoluto do direito à liberdade de expressão, bem como numa análise breve da técnica da ponderação como ferramenta jurídica para esses conflitos entre direitos e garantias fundamentais.

A metodologia empregada na busca por uma resposta satisfatória ao problema de pesquisa formulado consistirá no método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico e histórico, com pesquisa bibliográfica, que compreenderá a análise do que já foi produzido acerca do tema em obras doutrinárias, leis, periódicos e artigos científicos.

Por fim, convém registrar, que o presente estudo tem como pretensão ser uma ferramenta de entendimento e aprofundamento acerca do tema e não tem o condão de esgotar a matéria, mas unicamente de provocar o interesse e o debate dessa temática tão relevante.

### **1 Breve análise da implementação, da estrutura e do funcionamento da democracia no Brasil**

O cidadão integrante de um sistema democrático tende a ser visto como detentor de poder, pois possui voz ativa na escolha dos representantes e na destinação e preservação de direitos. Nesse sentido, a existência de conflitos sociais é inerente à dinâmica democrática, uma vez que o direito de se manifestar acerca das mais variadas questões é garantido a todos. Dessa forma, a liberdade de expressão, de imprensa e

de manifestação constituem-se como verdadeiros pilares de sustentação das sociedades democráticas (DUTKA, 2016, p. 112).

A consolidação da democracia desenvolveu-se com o caminhar da humanidade, a partir de experiências variadas. Na Grécia antiga (século VI a.C.) já era executada uma forma de governo semelhante à prática democrática, no âmbito das cidades-Estado, embora envolvesse apenas cidadãos adultos do sexo masculino, conforme se verifica na ilustre República de Platão, onde são proferidas críticas à organização social da época. Dahl (2012, p. 33) é cirúrgico ao apontar que a democracia grega era exclusiva e não inclusiva, ela compreendia somente membros da mesma *pólis*, uma concepção grega que enfraqueceu tentativas de união de diversas cidades em entidades maiores e, portanto, mais poderosas.

Demais tentativas fragmentadas sucederam-se pelo mundo, através da utilização de métodos democráticos, como, por exemplo, a decisão por consenso. O regime passou a ser entendido como um arranjo político que abrangia um conjunto de instituições destinado a garantir direitos fundamentais e sociais, e não mais como participação direta do povo (DUTKA, 2016, p. 112), pois embora o povo desempenhasse uma importante função no governo, essa participação era limitada, ou seja, a função do povo não era governar, mas nomear líderes competentes para desempenhar o ímprobo papel de governar (DAHL, 2012, p. 32).

Foi na segunda metade do século XX que a ideia de democracia se estabeleceu efetivamente. Ela passou a ser enxergada como um regime de organização social à qual qualquer nação tem direito, juntamente, com a consciência de que o “melhor Estado possível seria aquele que minimizasse a coerção e maximizasse o consentimento, dentro dos limites definidos pelas condições históricas e pela busca de outros valores, entre os quais a felicidade, a liberdade e a justiça” (DAHL, 2012, 76)

Contudo, certamente, trata-se de uma prática imatura que, a partir de um processo contínuo, evoluíra (SEN, 2013, p. 373-374). Sabe-se que, apesar do vasto lapso temporal entre a Grécia Antiga e os dias atuais, muitos processos democráticos continuam a se apresentar com um modelo exclusivo. A primeira democracia moderna, a dos Estados Unidos, deixou de incluir mulheres, negros e índios (DAHL, 2012, p.6).

O sistema majoritário de democracia respeita a vontade da maioria na escolha dos representantes. Contudo, tal maioria é entendida e representada por apenas 50% mais um, seria essa gama da população que manteria o poder de escolha. A partir disso, Dahl (1989, p. 83), com a poliarquia traz o enfoque, não em requisitos constitucionais prévios, mas nas premissas elementares a uma democracia. A poliarquia é uma ordem política que se distingue pela presença de sete instituições “1. Funcionários eleitos. 2. Eleições livres e justas. 3. Sufrágio inclusivo. 4. Direito de concorrer a cargos eletivos. 5. Liberdade de expressão. 6. Informação alternativa. 7. Autonomia associativa”.

O sistema consensual de democracia, por sua vez, emergiu em contraponto ao modelo majoritário, objetivando-se distribuir o poder para além daqueles que fazem parte dos 50% mais um. Enquanto no modelo majoritário há uma grande probabilidade de um número próximo da metade dos eleitores serem os representantes da minoria que deve se contentar apenas com a chance de oposição ao governo através de críticas, no modelo consensual a ideia é diminuir a minoria e, enquanto existente, valorizá-la. Nesse sentido, esse último mostra-se como um modelo inclusivo que valoriza a participação e o debate (DUTKA, 2016, p. 49).

Notadamente, a democracia pode se estruturar com fundamento em diferentes tendências, mas sempre terá como cerne a soberania do povo, que elege os representantes para advogarem pelos interesses da coletividade. O modelo liberal de democracia valoriza a autonomia do

indivíduo, onde o Estado é um instrumento de proteção e garantia a máxima liberdade, enquanto o modelo participativo respalda a possibilidade de manejo da administração pública pela sociedade, ou seja, influências diretas do movimento comunitário na pauta das demandas sociais, tal ideal de democracia participativa era central no pensamento e nas práticas políticas de Gandhi (ALMEIDA; DIEHL, 2017, p. 03-04).

Pode-se afirmar que no Brasil a pauta democrática é recente, de meados da década de 80, sobretudo, quando comparada com sistemas democráticos de países como Suíça e Reino Unido, que já apresentam uma longa caminhada. Para o brasileiro o sentimento democrático encontra-se atrelado às lutas populares recentes, que reivindicaram direitos e garantias fundamentais. Ainda, estamos vivenciando um período de continuidade da democracia inédito no Brasil, que perdura desde a promulgação Carta Magna até os dias atuais (DUTKA, 2016, p. 53).

No entanto, apesar do referido período vasto de estabilidade institucional, por diversos anos o Brasil foi um Estado autoritário disfarçado, com uma cultura golpista enraizada nas engrenagens do sistema-político, onde a participação popular era restrita, as liberdades da burguesia eram o foco de representação dos partidos políticos e os brasileiros vivenciavam períodos turbulentos de regimes autoritários (TASSINARA; LIMA, 2016, p. 157). Até que a democracia pensada como um processo de construção social e um princípio de conduta, especialmente pela esquerda brasileira, iniciou o rompimento dos elementos golpistas tradicionais no pensamento político. Foi com a Constituição de 1988 que um amplo conjunto de direitos sociais foi instituído possibilitando condições de participação na esfera pública aos cidadãos.

Mas é importante reconhecer que o Brasil teve uma cultura escravagista fortemente enraizada e o catolicismo era representatividade do bom cidadão brasileiro. À vista disso, o direito de votar, que teve início

no século XVI, ainda durante o Brasil Colônia, foi por muito tempo restrito a uma minoria muito exclusiva e levou quase 500 anos para ser ampliado.

Apesar de a primeira Constituição republicana ter abolido o caráter censitário do voto e apresentado alguns mecanismos que podem ser tidos como democráticos – separação dos poderes, laicidade do Estado, habeas corpus, eleições diretas para chefe do executivo e autonomia dos estados-membros, por exemplo – houve um retrocesso em relação à estrutura eleitoral, principalmente no que concerne aos indivíduos legitimados a participarem do processo. As mulheres, os analfabetos, os mendigos, os membros de ordens religiosas e os soldados continuaram de fora (Constituição de 1891. Art. 70, BRASIL, 1891). Por outro lado, a eleição para Presidente e vice, Deputados e Senadores passou a ser direta (DUTKA, 2016, p. 55).

Um passo relevante em direção à democracia foi dado após a Revolução Constitucionalista de 1932, quando foi promulgada a Constituição de 1934, ocasião em que foram criadas a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e as Comissões Parlamentares de Inquérito. Já na era de Getúlio Vargas, foi outorgada a Carta de 1937 iniciando o Estado Novo, caracterizado pelo autoritarismo e pela supressão de direitos fundamentais, como o direito de votar. Mas não demorou muito para acontecer a chamada “redemocratização”, com a Constituição de 1946, onde tornaram-se novamente relevantes os direitos individuais e sociais, o funcionamento do Congresso Nacional, a reinserção do mandado de segurança e da ação popular, e também do voto direto nas eleições. Após vários percalços do governo de João Goulart, em 1º de abril de 1964 o Comando Militar Revolucionário assumiu o poder e, com sucessivos Atos Institucionais, instaurou a “ditadura militar”, restringindo de forma radical os direitos individuais e sociais e retornando a forma indireta para escolha dos governantes. Após esse período turbulento, foi editada a Lei 6.767/79 que, com a reforma partidária, trouxe o pluralismo partidário. O

primeiro civil eleito em eleições indiretas, após o período do governo dos militares, foi Tancredo Neves (DUTKA, 2016, p. 55).

A Emenda Constitucional 26, datada do ano de 1985, preceituou a instituição da Assembleia Nacional Constituinte, dedicada à elaboração do texto de uma nova Constituição brasileira. Desse modo, em 1988 foi finalmente promulgada a Constituição Federativa do Brasil. A redação da constituição foi elaborada e escrita sob um amplo consenso de que o sucesso da democracia se baseava na competência do governo dar respostas céleres e propícias às crescentes demandas postas por sociedades modernas e complexas (LIMONGI, 2008, p. 04).

No entanto, as mudanças sociais e institucionais promovidas pela Constituição de 1988 não atenderam de maneira efetiva certa parcela da população brasileira, a qual continuou (e continua) marginalizada diante do processo político-social, que mesmo numa sociedade sem castas, sequer conhecem seus direitos (SCOREL, 1993, p.43-47). Cenário extremamente preocupante, pois se algumas pessoas são excluídas e rejeitadas do *demos* e, ao mesmo tempo, forçadas a cumprir leis, elas possuem uma reivindicação legitimada de inclusão junto ao *demos*.

Conforme destaca Felipe Goulart Cunha:

[...] uma parte da população não vive a efetividade dos seus direitos fundamentais e um caso como de fala em tom repressivo a um grupo considerado por suas características históricas de luta por direitos fundamentais é um aspecto que desequilibra o sistema democrático instalado no Estado, o que conseqüentemente pode evidenciar a baixa qualidade da democracia no Brasil (2020, p. 14).

Nesse sentido, as políticas públicas se apresentam como uma ferramenta imperiosa que os Estados democráticos dispõem para enfrentar os graves dilemas sociais que ameaçam o seu funcionamento e a sua

organização em vista da justiça social (ZAMBAM; KUJAWA, 2017, p. s/p). Trata-se de um mecanismo recente na democracia brasileira, que “continua pouco democrática no funcionamento de seu sistema representativo” (TASSINARA; LIMA, 2016, p. 158). Toda e qualquer política pública tem o fito de construir a liberdade do indivíduo, seja para escolher uma instituição de ensino, uma profissão, um estilo de vida, ou até mesmo a liberdade de não escolher, a efetivação do Estado Democrático de Direito passa necessariamente por essa condição (CARCARÁ, 2017, p. 510).

Indubitavelmente a ideia de comunidade perpassa o ideal de regime democrático, mas, apesar dos conceitos que podem surgir dessa concepção, a imposição da vontade da maioria não representa uma democracia. Visto que quando a vontade que predomina é a vontade da maioria, a ação estatal não se mostra aberta à participação das minorias na expressão de vontades e ações que fomentem o acesso desses grupos no debate democrático. Em outras palavras, a vontade estatal não só se sedimenta na elaboração de leis, mas na participação da formação das ideias sociais, prejudicando o debate formador da opinião pública (CARCARÁ, 2017, p. 517).

Nesse âmbito, a liberdade é o elemento basilar de manutenção de um ambiente democrático, imprescindível na vivência dos cidadãos. Entretanto, como a construção política do Brasil não elaborou da melhor maneira as bases sólidas da democracia, constituindo um ambiente desfavorável ao fortalecimento de direitos fundamentais, é necessária cautela para que a liberdade não sirva para macular contextos de segregação causados pelo ódio e preconceito. Nessa senda, é atribuição do Poder Judiciário, diferenciar as manifestações da vontade popular, como as expressões de ódio, realizando um filtro das deliberações e providências populares, em detrimento de vulgares declarações discriminatórias e opressivas (CUNHA, 2020, p. 18-20).

Ademais, pelo caminhar histórico que constituiu a democracia brasileira, mascada pelos diversos movimentos autoritaristas militares, é possível compreender que aquela é o regime político mais adequado na contemporaneidade, pois, um povo prioriza as normas quando essas são criadas na solidez do regime democrático, garantindo a autonomia (CUNHA, 2020, p. 18).

Enfim, a democracia é considerada como um valor que direciona onde se pretende chegar e como um processo que designa a forma operar. É uma abordagem evolutiva que pode ser alcançada no Brasil, a qual ultrapassa a tradicional interpretação que caracteriza esse modelo de organização social pelos procedimentos eleitorais e representativos, vez que, para além disso, a democracia regula a cultura política do país e permeia todas as relações estabelecidas entre indivíduos, entre sujeitos coletivos e entre a Sociedade e o Estado (SCOREL, 1993, p.42).

Não há como abordar os entraves democráticos sem analisar as questões contraditórias apresentadas pelo avanço tecnológico na atual civilização hiperconectada. Vivencia-se o tráfego rápido de informações e um mercado financeiro mundial integrado. Com efeito, a democracia se apresenta como o regime que melhor ampara essa realidade dentro dos interesses da coletividade, tendo em vista que é marcada pela soberania popular e proporciona a participação efetiva dos cidadãos ao elegerem seus representantes (ALMEIDA; DIEHL, 2017, p. 03-04).

Todavia, quando se olha para a realidade fática, a democracia rumo a retração num âmbito global. A “recessão democrática” é como os especialistas vem denominando o fim do processo contínuo de engrandecimento de democracias no mundo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.8), pois ao longo dos últimos 13 anos tem-se experimentado uma conjuntura social de recessão democrática, onde um maior número de

países estão se afastando da democracia do que caminhando em sua direção (MOUNK, 2018, p.7).

Tal enfraquecimento acontece de forma sutil, através de atos isolados que não resultam em grandes comoções sociais ou indignação logo de pronto, fundamentados em discurso contrário aos preceitos constitucionais, somente tornando-se perceptíveis quando já não é possível o retorno ao estágio anterior de garantias democráticas. Analisando o contexto brasileiro atual, é possível visualizar tais condutas por parte dos representantes do Executivo Federal, atos correntes que enfraquecem o regime democrático nacional, demandando-se, assim, uma rápida resposta institucional do Judiciário e do Legislativo no tocante a custódia dos preceitos constitucionais para uma restauração do equilíbrio democrático (MAZZEI, 2020, p.126-128).

Enfim, sabe-se que a associação mais significativa e necessária ao ser é o convívio em sociedade. A ideia de democracia carrega consigo a promessa de gerenciar as diferenças entre os indivíduos no sentido de viabilizar a paz social. À vista disso, dentro do cenário brasileiro atual vislumbra-se uma tendência à recessão democrática. A realidade que vem sendo testemunhada é justamente a expansão de discursos de ódio, sejam eles ideológicos, políticos, religiosos, sexistas, racistas, gordofóbicos ou homofóbico, bem como, manifestações de intolerância àqueles que propagam ideais favoráveis ao funcionamento independente das instituições democráticas.

## **2 A liberdade de expressão no contexto do chamado discurso de ódio**

A liberdade de expressão tem como desígnio a exteriorização de pensamentos, ideias, pontos de vista, crenças e juízos de valor (FARIAS, 2004, p. 46). Esse direito se caracteriza como uma das dimensões das liberdades pessoais que são garantidas nas atuais sociedades

democráticas, funcionando como um termômetro do regime. Um aspecto de grande relevância social, pois diz respeito à comunicação a partir da linguagem e à participação nas relações sociais (CAZELATTO; CARDIN, 2018, p. 79-80).

Acerca do aspecto histórico desse direito, no âmbito da filosofia clássica de Aristóteles, Platão e até mesmo dos Estoicos, o foco principal era a identificação do que seria o bem supremo, ocasião em que a concepção de liberdade vincula-se com o poder de deliberação sem interferências externas, em outras palavras, caracteriza-se pelo poder escolhas entre possibilidades variadas (BARROSO, 2000, p. 36). Contudo, sabe-se que na concepção grega e romana apenas parte das pessoas eram consideradas cidadãos livres, os demais eram escravos, ou seja, não existia a definição da liberdade como um valor (uma necessidade) universal, reconhecida como um atributo do homem como homem.

A instituição do Estado moderno representou a opção por uma racionalidade laica, fundada em convicções iluministas que repeliam qualquer subordinação aos preceitos religiosos, sobrepondo e defendendo a autonomia do pensamento político e religioso. No século XVIII a grande maioria dos Estados reivindicam princípios laicos, com o fito de separar a Igreja da ingerência política. Contudo, a partir dessa intenção o Estado moderno vinculou-se à essa racionalidade política, independente de qualquer ideologia irreligiosa ou antirreligiosa, traduzindo em autonomia e reciprocidade, o que não significou confronto entre Estado e Igreja. À vista disso, é possível observar que a construção histórica das liberdades pelo Estado teve início com a proteção da liberdade religiosa (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 338).

Outrossim, foi após a Revolução Francesa, um processo vigoroso de transformações políticas e econômicas, reconhecido como um marco do Estado Liberal e dos direitos individuais, que adveio a consciência da

liberdade do homem universal. (MACEDO, 1998, p. 20). Importante destacar que essa revolução ocorreu conjuntamente com um ciclo de outras revoluções. Cita-se a Revolução Inglesa caracterizada pela limitação do poder monárquico e, em contraponto, pela afirmação do Parlamento, ocorreu a instalação de um regime parlamentarista sólido que perdura até os dias atuais. Também, a Revolução Americana envolta de intensas mudanças como a emancipação das colônias inglesas do território americano e a promulgação da Carta de 1787, considerada a primeira Constituição Americana ratificada (posteriormente) pelos 13 estados americanos.

É na Revolução Francesa e na subida da burguesia ao poder que as transformações refletiram (e refletem) em todo ocidente, alterando o destino da humanidade. Nesse sentido, afirma Macedo (1998, p. 22):

Abrem-se indefinidas possibilidades de modelamento do social pelos projetos humanos. Com a grande Revolução o problema da liberdade torna-se prático e político. Não se trata mais de uma liberdade no seio do cosmos como na Antiguidade, ou do sutil problema medieval da liberdade da criatura face ao Deus criador e onisciente; tampouco da liberdade renascentista entendida como exaltação do homem face à natureza. Com os pensadores que a preparam, a Revolução Francesa desloca a tônica para a liberdade como coexistência de liberdades, como problema ético-político, além de significado geral da cultura.

Então, nessa conjuntura histórica foi proclamada a liberdade de expressão e de comunicação como um direito fundamental na forma atualmente entendida. A declaração francesa dos direitos do homem, de 1789, em seu dispositivo 11, estabelecia que “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos

determinados por lei". Bem como a Constituição de 1793 assegurava no seu artigo 7º: "O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos" (FARIAS, 2004, 50)

Posteriormente, essa preocupação assumiu um caráter global, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas proclama no seu artigo 19 que "todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independentemente de fronteiras" (FARIAS, 2004, p. 51). Dentre outros importantíssimos documentos de âmbito mundial que conferem prestígio à liberdade de expressão.

À vista disso, a democracia genuína deve propiciar o exercício livre de manifestações e garantir a liberdade de expressão, permitindo ao indivíduo formar seu pensamento e sua consciência em um ambiente aberto e encharcado das mais diversificadas ideias, além da possibilidade de participação da formação desse ambiente (CARCARÁ, 2017, p.520). Uma vez que, além do caráter político público, a garantia de tal direito viabiliza a integração comunicacional do sujeito em suas mais variadas esferas da vida privada, como na família, no lazer e no esporte, dentre outros (CAZELATTO; CARDIN, 2017, p. 57).

Diante desses aspectos, no Brasil a Liberdade de expressão é um direito fundamental, conforme preconiza o artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos IV e IX<sup>3</sup>. Ocorre que, por vezes, a propagação de

---

3 Artigo 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

ideias e conceitos necessita de vedações expressas, realizadas pela própria Constituição Federal, ou por meio das leis infraconstitucionais, como por exemplo: o caso das autorizações constitucionais ou o princípio da proibição do abuso dos direitos fundamentais ou da personalidade (CAZELATTO; CARDIN, 2017, p. 57). Dado que nenhum direito, mesmo que fundamental, é absoluto ou ilimitado.

Contemporaneamente o mundo vivenciou uma revolução comunicacional, a virtualização da comunicação trouxe novos desafios ao Direito e às sociedades democráticas pluralistas, porque promoveu a expansão da liberdade de expressão. Contudo, observou-se uma intensificação dos discursos de ódio proferidos contra minorias. Os sujeitos, através do anonimato que a rede proporciona, externam pensamentos discriminatórios e perpetuam a violência, apoiando-se no direito à liberdade de expressão com o intuito de legitimar tais ações. É vital uma atenção ao contexto relatado, vez que a liberdade de expressão pode ser um robusto mecanismo subjugador e perpetuador da desigualdade, pois permite que pessoas e/ ou grupos permaneçam em situação de subalternização, alvos de discursos que promovem a estigmatização de características que lhes são inerentes. O desrespeito expresso por meio da intolerância ou de qualquer aspecto discriminatório é um desafio à implementação dos direitos humanos (PERRONE, 2015, p. 02).

Não se pode negar que o ódio é um sentimento inerente ao ser humano e que a sua manifestação pelo discurso sempre vai existir no seio da sociedade, pois o indivíduo como ser humano é propenso a essa natureza. Mas é necessário reconhecer que o discurso do ódio é um dos males do mundo moderno, as manifestações contemporâneas dessa

---

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

espécie de discurso são resultado de discriminações fomentadas há tempos (CARCARÁ, 2017, p. 527). Em verdade, o discurso do ódio consiste em uma variável do direito ao livre pensamento e, como tal, sendo somente um sentimento de rejeição não externado, não tem nenhuma influência mundo jurídico. Ocorre que, quando manifesto, o discurso de ódio representa um perigo tóxico, que dependendo do meio de disseminação poderá promover um dano permanente. A internet, por exemplo, possibilita um prejuízo em escala mundial, trazendo ainda uma dificuldade maior no que se refere à questão do anonimato e sua investigação de autoria (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344).

O ambiente democrático é desvigorado quando são legitimados discursos de ódio, uma vez que eles “se dedicam a minar a existência da pluralidade, da diversidade, que são condições de existência do regime democrático” (MARTINS, 2020, p. 18). Em outras, palavras, o discurso de ódio inviabiliza a manutenção das condições imprescindíveis à democracia, ao deixar de instigar a inclusão e desestimular a diversidade (MARTINS, 2020, p. 211). Diante desses quadros de conflitos entre direitos constitucionalmente tutelados, é de veemente importância conhecer quais são as fronteiras de um determinado direito, uma incumbência dos operadores do direito nada inteligível, que não segue um padrão estável e linear.

### **3 Das limitações à liberdade de expressão e da ameaça à democracia**

A troca de ideias e o exercício livre dos debates plurais na vida em sociedade, possibilitando e legitimando as mais variadas perspectivas políticas, são cenários indispensáveis à uma realidade democrática. A comunicação social, sobretudo por meio da internet, desempenha uma tarefa basilar, uma vez que garante e facilita a difusão das informações.

Não obstante o valor do direito à liberdade de expressão como cerne de uma sociedade democrática e assegurador da autonomia humana, é coerente que seu exercício encontre fronteiras quando ao encontro de outros direitos fundamentais ou da personalidade, de modo que essa liberdade seja compatível “com interesses públicos e privados, evitando, assim, a prevalência incondicional de um direito sobre outro” (SILVA, 2012, p.131).

Indiscutivelmente, um direito fundamental não poderá ser empregado para fins ilícitos, razão pela qual a própria Carta Magna de 1988 fornece mecanismos normativos de controle das manifestações de ódio quando assegura, no inciso XLI do artigo 5º, que “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais” deve ser repreendida. O texto legal demonstra o compromisso constitucional de fomento à luta contra o preconceito, sobretudo, de grupos que são historicamente vulneráveis. Esse panorama também fica claro em um dos objetivos fundamentais da República, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, o qual estabelece o dever de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (SILVA; MONTEIRO; GREGORI, 2017, p. 08).

Mesmo diante de uma legislação bem estruturada acerca da proteção da liberdade de expressão, o país enfrenta um período delicado. A possibilidade de limitação desse direito fundamental é objeto de intensas discussões acadêmicas no âmbito jurídico, a fim de moldar a responsabilização dos propagadores dos discursos de ódio sem suceder um contexto de censura. “Devido a isso, não há uma legislação firme e concreta que preveja sanções específicas para esses casos” (SILVA; MONTEIRO; GREGORI, 2017, p. 08).

De maneira geral, incumbe ao Poder Judiciário a atribuição de realizar a diferenciação das legítimas manifestações de ideias plurais no

espaço público, em comparação com as expressões discriminatórias de ódio. Conforme leciona Silva (2012, 135) quando o julgador se coloca numa situação de colisão entre duas regras constitucionais, uma delas terá que ceder para que, no caso concreto, prevaleça aquela que tiver maior peso, sendo que para obtenção dessa medida é necessário um processo de ponderação mediante a utilização de princípios constitucionais.

A regra da proporcionalidade foi desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy e é frequentemente levantado no Brasil, sobretudo, pelos juristas do Supremo Tribunal Federal. A proporcionalidade em sentido estrito (também chamada de ponderação, sopesamento) é a terceira dimensão da regra da proporcionalidade e almeja superar a colisão de princípios, verificando se o grau de satisfação de um princípio justifica a não-satisfação de outro. Assim, funciona como uma espécie de baliza para o exercício da jurisdição constitucional e para a pretensão de correção ínsita ao Direito, dotando os princípios constitucionais de eficácia irradiante, mas limitando o julgador com um procedimento delimitado a ser seguido ao decidir (RIOS, 2017, p.1).

Tal técnica tem o fito de identificar qual interesse tem mais relevância no cenário fático em análise, visto que na teoria os direitos detêm o mesmo valor. No que diz respeito à colisão entre o direito à liberdade de expressão e os direitos daquele que foi ofendido, a saída é dada através da utilização da ponderação, que tem como método a instituição de pesos aos bens jurídicos em questão (SILVA, 2012, 135).

Os direitos devem ser constantemente submetidos ao escrutínio crítico e à ponderações sobre conteúdo e limites dentro da diversidade associada ao seu contexto social, geográfico e histórico. A democracia pluralista exige que todos tenham um tratamento igualmente nobre, como condição para que o resultado do processo político seja apto a expressar o interesse comum da sociedade (PERRONE, 2015, p. 02).

À vista disso, importante ressaltar que a liberdade de expressão não é um direito vazio e conta com um resplendor histórico, no entanto todo direito tem limites lógicos que não são nítidos e claros, para isso é preciso enquadrar a essa limitação parâmetros de equilíbrio. Caso contrário, se experimentaria apenas a inversão do polo passivo entre as vítimas das brechas legislativas que permitem a ocorrência desses abusos. Ainda sob essa perspectiva, não há hierarquia entre as garantias dispostas no texto constitucional, mas sim, uma interpretação adequada destes para que se possa solucionar a colisão entre eles de modo harmônico aos interesses em conflito (SILVA; MONTEIRO; GREGORI, 2017, p. 11-12).

Importante destacar, ainda, que quando o julgador opera essa abordagem de ponderação entre garantias constitucionais, em relação a limitação de liberdades e de acordo com os ideais promovidos pela democracia constitucional, a liberdade de expressão tenderá a ser estimada na sua integralidade como um direito fundamental de maior peso e relevância. Na mesma senda, de acordo com o que leciona Martins (2020, p. 18), esse direito não pode ser invocado pela mera retórica oca que serve tão somente a reproduzir preconceitos que minam valores, como a dignidade e a igualdade, tão caros aos regimes democráticos quanto a liberdade. A liberdade de expressão deve ser vista como um direito fundamental quando adequada aos preceitos que lhe prestam de fundamento: sobretudo a autonomia, a igualdade e a democracia.

Não há falar em limitação extrema e absoluta ao discurso do ódio, pois dependendo da conjuntura fática, ele poderá ser uma expressão legítima de liberdade de expressão, imperiosa à afirmação democrática. Num contexto que a liberdade de expressão tutelada pelo Estado tenderá a sofrer limitações quando isso atender às demandas dos segmentos subalternos, numa intenção de inclusão social. Do mesmo modo que os

grupos sociais historicamente vulneráveis, seja por questões de raça, orientação sexual ou opção religiosa terão garantido esse mesmo direito fundamental com o propósito de adquirir a visibilidade necessária ao enaltecimento de suas lutas e reivindicações (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 352).

Não é concebível que um cidadão exerça sua autonomia sem respeitar a autonomia de outro indivíduo, sob pena de perder o fundamento para o exercício de seu direito. Assim, o direito à livre expressão jamais poderá servir de fundamento para dar legitimidade a um discurso de ódio que cause um inequívoco dano à dignidade do alvo do discurso e ainda à igualdade, deturpando, conseqüentemente, a autonomia individual do sujeito alvo, eis que este perde tanto a capacidade de promover as suas próprias escolhas individuais, como a capacidade de influenciar no debate público em igualdade de condições com os demais cidadãos (MARTINS, 2020, p. 101-102).

Quando determinadas condutas expressivas tiverem como único objetivo a ofensa, humilhação, discriminação e condenação de um determinado grupo, não deverão ser aceites como exercícios válidos da liberdade de expressão, podendo ser legitimamente restringidas, na medida em que põe em causa a igualdade disposta pela dignidade da pessoa humana. Porém, quando a manifestação da fala for feita com o objetivo principal que não o da humilhação, exclusão e discriminação, mas sim com o intuito de informar, debater ou criticar, sempre com respeito aos valores e princípios abordados, não deverá haver impedimento do exercício da liberdade de expressão (ALMEIDA. 2020. p. 54).

Nesse sentido, a restrição dos discursos de ódio pode advir de leis que preconizam uma posterior responsabilização, todas essas leis que se fundam na proibição os discursos de ódio promovem um impacto, em certo grau, no direito à liberdade de expressão visando a um objetivo que

não está aquém desse direito fundamental (MARTINS, 2020, p. 106). Todavia, de fato, será de responsabilidade do Poder Judiciário, a partir de técnicas adequadas, identificar os discursos de ódio. Dessa forma, reprimindo devidamente as condutas que restarem, após um procedimento em que seja garantido o exercício da ampla defesa e do contraditório, caracterizadas como discurso de ódio (MARTINS, 2020, p. 212).

Enfim, trata-se de um processo de responsabilização pelos atos de fala, onde os cidadãos são responsáveis pelo exercício dos seus direitos e pelos resultados danosos do abuso desse direito. É impossível viabilizar e exigir o respeito à diversidade e ao pluralismo em um cenário de fomento a proliferação dos discursos de ódio, que minam os processos de autoafirmação dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos dentro da sociedade, por conseguinte não há construção de uma sociedade democrática sem respeito à diversidade e ao pluralismo (MARTINS, 2020, p. 212).

Assim, as diferentes mobilizações das variáveis envolvidas na ponderação regem essa fronteira normativa da liberdade de expressão, servindo como um parâmetro regulador do discurso do ódio, observando-se o meio de disseminação, a intensidade, a intenção de ofender e causar danos e conforme o caso fático, pois o que se almeja numa sociedade democrática é a edificação da liberdade de expressão como base à pluralidade de ideias e ao respeito às diferenças, ou seja, a sociedade como um plural formado de variadas particularidades.

## **Conclusão**

O presente estudo procurou, inicialmente, tecer algumas considerações acerca da democracia, sobretudo, no contexto brasileiro. Nesse âmbito, buscou-se demonstrar que a consolidação da democracia

como um regime de organização social é recente no país. Por outro lado, no cenário global, o seu desenvolvimento ocorreu conjuntamente com o caminhar da humanidade, vez que tentativas fragmentadas se sucederam pelo mundo, sempre através da utilização de métodos democráticos.

Para além disso, a pesquisa destacou que o apreço às liberdades individuais, a tolerância, à ação estatal voltada à participação das minorias e às ações de fomento ao acesso desses grupos no debate democrático, são características do Estado Democrático de Direito, certamente o regime político mais adequado na contemporaneidade.

Posteriormente, explorou-se os contornos do direito à liberdade de expressão como potencializador da democracia, analisando seu desenvolvimento histórico, vez que a preocupação social com a liberdade nem sempre foi uma realidade. No entanto, a partir do momento em que se tornou uma pauta social, a liberdade de expressão sempre deteve uma importância primaz, o que não significa que se caracteriza como um direito absoluto, uma vez que a fronteira limitante de um direito fundamental é, notadamente, outro direito fundamental.

Nessa conjuntura, adentrou-se no estudo do discurso de ódio proferido contra grupos historicamente vulneráveis, que busca legitimação no direito à liberdade de expressão. Essa espécie de manifestação representa um perigo tóxico que pode promover um dano permanente, cenário que representa o conflito entre a liberdade de expressão e o direito daquele que foi ofendido.

Não obstante o valor da liberdade de expressão como cerne de uma sociedade democrática e da autonomia humana, o discurso de ódio é um elemento restrigente dessa liberdade. Nessa perspectiva, mesmo o Brasil dispondo de uma legislação bem estruturada no que tange o tema, o fato de ainda estarmos dando os primeiros passos na consolidação da

democracia, faz com que a limitação da liberdade de expressão seja alvo de intensas discussões no âmbito jurídico.

Sendo assim, consiste em tarefa do jurista realizar um processo de ponderação mediante a utilização de princípios constitucionais, conforme proposta do autor alemão Alexy, levando em conta as variáveis relacionadas à relevância dos princípios relacionados ao caso concreto e as premissas normativas que embasam esses princípios, a fim de identificar, no cenário fático, qual interesses tem mais relevância.

Por vivenciar uma realidade democrática, certamente a liberdade de expressão tenderá a ser estimada na sua integralidade como um direito fundamental de maior peso e relevância. No entanto, por vezes é necessário atuar no sentido de atender e proteger as demandas dos segmentos subalternos, numa intenção de inclusão social, fazendo isso através de limitações ao direito de livre manifestação. É preciso lembrar que esse direito fundamental também tem o fito de garantir a visibilidade necessária ao enaltecimento de lutas e reivindicações de grupos minoritários vulneráveis.

Portanto, não consiste em ameaça ao Estado Democrático aquela limitação à liberdade de expressão que almeja garantir a participação e a visibilidade das lutas de grupos minoritários. Pelo contrário, essa limitação é um selo distintivo da democracia, vez que a imposição da vontade da maioria não representa o valor democrático e o que se ambiciona, nesse contexto, é a construção da liberdade de expressão como base à pluralidade de ideias e ao respeito às diferenças.

## **Referências**

ALMEIDA, Poliane. A proteção dos direitos humanos na manifestação do pensamento: os limites da liberdade de expressão face ao discurso de ódio. **Revista Ciências de la Documentación**, p. 46-56, 2020.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso do Ódio e Democracia: Participação das Minorias na Busca pela Tolerância. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** - UNIFAFIBE, v. 5, p. 489-530, 2017.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Das Restrições à Liberdade De Expressão Frente à Violação Dos Direitos Das Minorias Sexuais Pelo Discurso De Ódio**. *Conpedi Law Review*, v. 3, p. 56-83, 2017. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/446>>. Acesso em: 27 out. 2020.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Discurso de ódio e minorias sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUNHA, Felipe Goulart. **A tensão entre o direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio no panorama judicial e democrático brasileiro**. 2019. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020.

DAHL, R. A. **Análise Política Moderna**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

DAHL, Robert A. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1989.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. **Glória Incerta - A Índia e suas contradições**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

DUTKA, Joel. **Democracia: uma análise da produção acadêmica contemporânea no Brasil**. 2016. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/174700/345365.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 nov. 2020.

ESCOREL, S.. Exclusão social: fenômeno totalitário na democracia brasileira. **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 2, n.1, p. 41-57, 1993.

- FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Sequência (Florianópolis), n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/14.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2020
- LERRER ROSENFELD, Denis. Democracia e Liberdade de Escolha. **Revista Opinião Filosófica**, v. 1, n. 1, fev. 2017. ISSN 2178-1176. Disponível em: <<http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/80>>. Acesso em: 29 out. 2020.
- LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMONGI, F.. O Poder Executivo na Constituição de 1988. In: Ruben George Oliven, Marcelo Ridenti, Gildo Marçal Brandão. (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. 1ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2008, v. 1, p. 23-56.
- MACEDO, U. B. **A ideia de liberdade no séc. XIX: o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Exped-Rio, 1998. 215p.
- MARTINS, João Víctor N.. Partidismo, **Discursos de Ódio e Liberdade de Expressão**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. v. 1. 218p.
- MAZZEI, Marcelo Rodrigues. A Atual Recessão Democrática no Brasil. In: **VIII Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, 2020, Ribeirão Preto. Anais do VIII Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto: Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito, 01 e 02 de outubro de 2020. Ribeirão Preto: UNAERP, 2020. v. 08. p. 113-128. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2143/1595>. Acesso em: 15 out. 2020
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cassio de Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- PERRONE, C.. **O discurso de ódio na internet: reflexões sobre dignidade e democracia**. In: Semana Científica do Unilasalle Canoas SEFIC, 2015, Canoas. SEFIC 2015. Canoas: Unilasalle, 2015. Disponível em: <https://anais.unilasalle.edu.br/index.php/sefic2015/article/viewFile/189/127>. Acesso em: 23 out. 2020.

RIOS, Gabriel Santos. **Do Bundesverfassungsgericht ao STF**: a ponderação de princípios e as noções confusas. 2017. Iniciação Científica. (Graduando em Direito) - Universidade Estadual de Feira de Santana. Orientador: Eduardo Chagas Oliveira.

SILVA, Isabel. **Liberdade de Expressão e seus limites**: o discurso de ódio é tolerável?. *Virtuajus* (PUCMG), v. 3, p. 255-273, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Th%C3%A1bata/Downloads/19519-Texto%20do%20artigo-70268-1-10-20190219.pdf >. Acesso em: 29 out. 2020.

SILVA, Taís Carvalho. **A tutela Todos os direitos de personalidade das pessoas jurídicas nas redes sociais**. Dissertação (Mestrado em relações sociais e novos Direitos) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8441/1/TAIS%20CARVALHO-Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2020.

ZAMBAM, Neuro José; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, p. 60-85, 2017. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1486/1112>>. Acesso em: 19 set. 2020.

## Os contornos jurídico-políticos da democracia e do direito à liberdade de expressão: uma análise do projeto de Lei 2.630/2020

Carina Lopes de Souza <sup>1</sup>  
Thábata Santa Catarina de Souza <sup>2</sup>

### 1 Introdução

A democracia ao longo das últimas décadas enfrenta um complexo cenário de recessão. Alguns dos pilares que historicamente lhe conferiram sustentação encontram-se enfraquecidos. A liberdade de expressão, a exemplo disso, partilha de uma realidade totalmente disruptiva. O advento da *internet* revolucionou o sistema tradicional de comunicação e manifestação do pensamento, mas também fez emergir a desinformação. Hoje, as chamadas *Fake News* permeiam as plataformas comunicacionais.

Tendo em vista essa perspectiva, a presente pesquisa pretende, em um primeiro momento, delinear os contornos jurídico-políticos da democracia. Busca-se destacar os principais desafios encontrados pelos regimes democráticos na contemporaneidade. Para além disso, procura-se evidenciar que a democracia pressupõe a fruição de um conjunto abrangente de direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, aborda-

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, em sua área de concentração em Direito, Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa em Fundamentos do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Advogada. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade da Faculdade Meridional - IMED/CNPq. Currículo lattés <http://lattes.cnpq.br/3105828369221271>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8770-3790>. Endereço eletrônico: [adv.carinalopes@gmail.com](mailto:adv.carinalopes@gmail.com).

<sup>2</sup> Mestranda em Direito da Faculdade Meridional - IMED, em sua área de concentração em Direito, Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa em Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Advogada. Membro do Grupo de pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2478265556025667>. Endereço eletrônico: [thabatao9898@gmail.com.br](mailto:thabatao9898@gmail.com.br)

se a relação íntima existente entre a ideia de democracia e o direito à liberdade de expressão.

Discorrer-se-á acerca das dimensões do direito à liberdade de expressão, especialmente no que diz respeito à ampliação dos canais de comunicação na atualidade. Atenta-se para o papel das redes de comunicação interativa na difusão facilitada de informações. Nessa perspectiva, por se tratar de um meio de comunicação menos regulado, a *internet* refugia não só informações verídicas, como também discursos voltados à desinformação. Notadamente, a rede mundial de computadores tornou mais eficientes e menos arriscada a difusão de notícias falsas.

Em um segundo momento, partindo dessa pré-compressão das instituições democráticas e dos desdobramentos do direito à liberdade de expressão na era da *internet*, propõe-se a análise do Projeto de Lei 2.630/2020. O referido projeto visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet*. A iniciativa legislativa tem como objetivo central estabelecer normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada.

Nesse sentido, o presente estudo busca responder o seguinte problema de pesquisa: em que medida as previsões contidas no PL n° 2.630/2020 podem afetar a liberdade de expressão e interferir nos espaços democráticos de fala? Para conduzir o processo de pesquisa e apresentar uma resposta satisfatória ao problema formulado utilizou-se o método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico e histórico, e como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica.

## **2 Os contornos jurídico-políticos da democracia e do direito à liberdade de expressão**

A noção de uma organização política respaldada pela participação coletiva assume contornos iniciais ainda na Antiguidade Clássica, mais precisamente entre os gregos, no âmbito das cidades-Estado. O termo *Demokratia* é então empregado para definir essa nova configuração de governo, um “governo do povo”, como o próprio vocábulo indica (DAHL, 2012, p.17). Embora a tradução literal do termo aponte para uma ideia de participação geral do povo nas deliberações de governo, apenas um seletivo conjunto de pessoas atuava de forma efetiva nos processos decisórios. Essa participação restritiva não é uma característica particular da democracia grega. Ao longo da história determinados grupos sociais têm sido invariavelmente excluídos dos processos democráticos (DAHL, 2012, p.6). As mulheres brasileiras, à exemplo disso, conquistaram o direito ao sufrágio somente no início do século passado.

Notadamente, desde a Grécia Antiga até a contemporaneidade os processos democráticos produziram e reproduziram uma série de práticas excludentes. A primeira democracia moderna, os Estados Unidos, deixou de incluir não apenas as mulheres, mas também negros e índios (DAHL, 2012, p.6). Embora se diga, que as exclusões são justificáveis com base no fato de que o *demos* inclui somente as pessoas aptas a participar do governo, de forma implícita essa máxima revela sistemáticos processos segregação. Esse aspecto é extremamente relevante, em um mundo utópico a democracia emerge como um conceito universal, mas faticamente enfrenta uma série de desafios.

Um desses desafios é a mudança de *locus*. A noção de democracia originalmente cunhada no seio da pequena cidade-Estado foi transferida para uma escala muito maior, o Estado-nação. Essa transformação adquiriu, no século XIX, um grande impulso na Europa. Durante o século

XX, a ideia de democracia deixou de ser uma doutrina provinciana adotada por uma pequena parte da população do globo e concretizada por alguns séculos num pedaço minúsculo de território. Embora longe de ser uma conquista mundial, na segunda metade do século XX a democracia, no sentido moderno, ganhou força como uma ideia política, uma aspiração e uma ideologia. (DAHL, 2012, p. 338).

O *locus* atual da democracia é, de maneira geral, a nação, país ou Estado nacional. A mudança profunda de escala transformou seus limites e possibilidades e deu origem a uma estrutura radicalmente nova de instituições políticas. A democracia tem sido percebida como um conjunto de instituições e práticas políticas, um corpo particular de direitos, uma ordem socioeconômica, um sistema que garante certos resultados vantajosos ou um processo sem igual para a tomada de decisões coletivas e vinculativas. É esse novo complexo de instituições, considerado como um todo, que atualmente se atribui a denominação democracia (DAHL, 2012, p.338-339).

Aos olhos de um democrata grego esse novo desenho das práticas e instituições democráticas se apresentaria como algo irreconhecível. De fato, a configuração de governo atual não lhe pareceria nem um pouco com uma democracia, principalmente em virtude dessa mudança abrupta de escala, que transpõe a noção de democracia da pequena cidade-Estado, mais íntima e participativa, para os governos de hoje, mais agigantados, impessoais e indiretos (DAHL, 2012, p.7).

Para além da contribuição grega, ainda muito presente, a democracia se desenvolveu ao longo de um extenso período de tempo, com base em tantas outras experiências. A noção grega mesclou-se à romana, medieval e renascentista, produzindo uma pluralidade de teorias e práticas (DRÈZE; SEN, 2013, p.373). Notadamente, essa construção abrange do termo democracia implica em outro grande desafio: o esvaziamento conceitual.

Importa registrar aqui, que um termo que transita pelos mais variados espaços e dá significado a distintos regimes e configurações de governo acaba por se distanciar da sua concepção original. A democracia deixou de ser um termo de significado restrito e específico, para representar um vago endosso de uma ideia popular (DAHL, 2012, p.2-3).

O termo democracia se popularizou de tal modo, que a maioria dos regimes reclama algum tipo de direito a esse título. Aqueles que não o fazem consideram que seu exemplo particular de governo não democrático é um estágio transitório indispensável à consolidação da democracia propriamente dita. Hoje, até mesmo os governos ditatoriais parecem crer que a adoção de uma linguagem supostamente democrática é elemento essencial para assegurar legitimidade (DAHL, 2012, p.2).

No campo prático, a democracia caminha para um processo de encolhimento global. A chamada “recessão democrática” é um dos temas centrais da reflexão no momento. O cientista político norte-americano Larry Diamond utiliza esse termo para descrever o fim do processo contínuo de ampliação de democracias no mundo. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.8). Segundo o relatório da Freedom House, ao longo dos últimos 13 anos tem-se experimentado esse cenário de recessão democrática: mais países se afastaram da democracia do que foram em sua direção (MOUNK, 2018, p.7). O fracasso da democratização nos países que promoveram a Primavera Árabe e a reversão de experiências similares incipientes na África, no Leste Europeu e na Ásia ensejaram um novo ciclo de análises, em geral pessimistas, sobre os Estados democráticos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.8).

A recessão democrática pode ser observada, de forma ainda mais fatídica, a partir da análise do comportamento dos cidadãos. Há um quarto de século, a maioria dos cidadãos tinha orgulho de viver em uma democracia e rejeitava enfaticamente uma alternativa autoritária. Hoje,

tem-se observado um comportamento hostil dos cidadãos em relação aos regimes democráticos (MOUNK, 2018, p.7).

A democracia e suas instituições encontram-se abaladas na atualidade. Há de se considerar que a fragilidade de muitos dos regimes democráticos advém de reiteradas práticas repressivas levadas a cabo por seus governantes. Os líderes eleitos, presidentes ou primeiros-ministros, subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como fez Hitler na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas tão bem articuladas que passam despercebidas aos olhos do cidadão (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.15).

Os governos ditatoriais, sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar, desapareceram em grande parte do globo. Raros são os episódios de tomada violenta do poder. Um grande número de países realiza eleições regulares. Ainda assim, democracias morrem. No período que sucedeu a Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos foi causada não pela ação de generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos. Os líderes eleitos subverteram as instituições democráticas em países como Geórgia, Hungria, Nicarágua, Peru, Filipinas, Polônia, Rússia, Sri Lanka, Turquia e Ucrânia. Nessa perspectiva, constata-se que o retrocesso democrático hoje começa nas urnas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.17).

Um golpe militar anuncia a morte da democracia de forma imediata e evidente ao cidadão. Na via eleitoral, por outro lado, as instituições democráticas são desmanteladas em meio a obscuridade. Não há tanques nas ruas. A constituição e outras instituições nominalmente democráticas restam vigentes. O direito ao voto ainda é assegurado. O verniz da democracia é mantido enquanto a sua essência é corroída. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.17-18).

Um aspecto ainda mais preocupante é que muitos dos esforços empreendidos pelos governantes para subverter a democracia são “legais”. As ações repressivas levadas a cabo por representante democraticamente eleitos encontram guarida não só no Legislativo, como também no Judiciário. São retratadas até mesmo como ações necessária à manutenção da democracia – tornar a atuação dos tribunais mais célere e eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral. Os cidadãos não compreendem de imediato o que está acontecendo, muitos continuam a acreditar que estão vivendo em um regime democrático. À exemplo disso, pesquisa realizada pelo Latinobarómetro, em 2011, perguntou aos venezuelanos que nota dariam a seu país de 1 (“nada democrático”) a 10 (“completamente democrático”), cerca de 51% dos entrevistados deram nota 8 ou mais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 18).

Diante disso, verifica-se que o contexto atual impõe à democracia uma série de outros desafios tão complexos quanto a mudança de *locus*, o esvaziamento conceitual ou a própria recessão democrática. Faz-se necessário, portanto, revisitar os pilares que, historicamente, lhe conferiram e ainda conferem sustentação.

Nessa linha do pensamento, Bobbio (1986, p.8) considera que a democracia é um conjunto de regras - primárias ou fundamentais - que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Nesse âmbito, a democracia se consolida a partir de um arcabouço de normas que definem antecipadamente os atores e a forma do jogo. Compreende assim, como conteúdo mínimo: a) garantia dos direitos de liberdade; b) a existência de partidos políticos; c) a realização de eleições; d) o direito ao sufrágio; e) a tomada de decisões por acordo ou por maioria com debate livre (MORAIS; STRECK, 2014, p.87-88).

A configuração democrática está intimamente vinculada a existência dessa estrutura mínima de liberdades e direitos. Desde o século XVII, os

defensores da democracia têm salientado fortemente a relação desta com a liberdade. Certos tipos de direitos, liberdades e oportunidades são essenciais ao processo democrático em si, esses direitos, liberdades e oportunidades necessariamente devem existir enquanto existir o processo. Isso inclui o direito à organização política, à oposição, às eleições justas, à livre expressão, entre outros (DAHL, 2012, p.136).

A abordagem aqui proposta está centrada na análise da relação particular existente entre a democracia e a liberdade de expressão. Esse direito fundamental é um dos elementos estruturais responsáveis por viabilizar a existência de regimes democráticos. Um sistema de governo em que o cidadão tem voz ativa nos processos decisórios assegura que ricos e poderosos não menosprezem por completo os direitos dos desfavorecidos (MOUNK, 2018, p.7). A democracia permite, portanto, que as minorias impopulares alcancem um espectro de participação social e política a partir do exercício da liberdade de palavra.

Muito além de ampliar a participação social, o direito à liberdade de expressão é indispensável ao processo de desenvolvimento do homem como animal político e, principalmente, necessário à consolidação da democracia. A liberdade de expressão é uma liberdade política em sua origem. Em geral, é garantida por um documento político por excelência, a constituição. Há de se reconhecer que qualquer outra liberdade assegurada a partir de um conjunto de normas jurídicas também gozará do qualitativo “política”. Particularmente, a liberdade de expressão figura como liberdade política, não apenas em razão da sua gênese constitucional, mas também em virtude de seus objetivos. A liberdade da palavra voltada para a vida coletiva, para discussão e deliberação de assuntos públicos tem relevância significativa em uma democracia (SILVA, 2009, p. 113).

O vínculo que une liberdade de expressão e governo coletivo faz com que o interesse primordial a ser protegido seja o interesse do corpo coletivo a ter acesso à maior diversidade possível de discursos. Esse vínculo profundo não é recente. A relação aparece, ainda que de forma incipiente, no discurso de Milton ao Parlamento inglês, na obra de Stuart Mill. Notadamente, a defesa da liberdade de expressão encontra-se presente em toda a tradição republicana do pensamento político (SILVA, 2009, p.123). Nessa perspectiva, Maquiavel já destacava a importância da livre exposição e troca de argumentos para a autonomia coletiva:

Deve-se considerar como um bem a possibilidade de cada um propor o que considera útil ao público, e é igualmente bom que se permita a cada um expressar livremente o seu pensamento sobre o que é proposto, de modo que o povo, esclarecido pela discussão, adote o partido que achar melhor (MAQUIAVEL, 200, p.76)

Modernamente, a liberdade de expressão conquistou reconhecimento e proteção em âmbito internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo XIX consignou que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Nesse sentido, os meios de comunicação, a partir do advento da imprensa, rádio, televisão, e *internet* ampliaram o alcance do direito à liberdade de expressão. Isso porque contribuem de modo significativo para a difusão e acesso a informações, de acordo com o que se propõe na Declaração Universal dos Direitos Humanos. As redes de comunicação são responsáveis por tornar o exercício da liberdade de expressão uma realidade, portanto, sua atuação de forma livre, independente, plural e

diversificada constitui um ideal a ser alcançado para que o direito à liberdade de buscar, difundir e receber informações seja exercido de forma plena (MENDEL; SALOMON, 2011). Desse modo, os mecanismos de comunicação assumem um papel fundamental, pois viabilizam debates dinâmicos, com perspectivas distintas, contribuindo assim para o fortalecimento da democracia.

Historicamente, a dinâmica democrática é afetada pela forma como se dão esses processos comunicacionais. No século XIX, por exemplo, a redução de custos na impressão de jornais alterou, de forma significativa, o papel da mídia nas campanhas políticas. (BRAGA, 2018, p.203). Nessa seara, Drèze e Sen advertem que o silêncio das redes de comunicação acerca de questões críticas em algumas áreas da Índia é um enorme descompasso com o vigor geral do processo democrático (DRÈZE; SEN, 2013, p.378)

Oportuno registrar que o reconhecimento e proteção da liberdade de expressão enquanto um pilar do sistema democrático contemporâneo implica em uma análise jurídico-política particular acerca da extensão deste direito. O texto constitucional brasileiro cuidou de conferir à liberdade de expressão proteção formal. Esse direito faz parte do rol de garantias legais previsto no artigo 5º da Constituição. O inciso IV do referido artigo enuncia que: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988). O amparo legal conferido à liberdade de fala, no entanto, não legitima a difusão de informações inverídicas, tendentes a propagar a desinformação.

### **3 Uma análise das implicações do projeto de lei 2.630/2020 aos espaços democráticos de fala**

A desordem informacional é, atualmente, uma das temáticas que segue em crescente ascensão. Diz respeito ao “fenômeno multifacetado que tensiona o limite das liberdades comunicativas, ao mesmo tempo em

que evidencia concretos efeitos sociais, políticos e jurídicos gerados pelo facilitado uso e consumo da comunicação” (BOLESINA, GERVASONI, 2020, p.39). Tratar desse tema é fundamental, especialmente em razão da sua repercussão no cenário democrático brasileiro.

Cabe destacar que a liberdade de expressão, do ponto de vista material, alcançou uma esfera de realização extremamente abrangente a partir do advento da *internet*. A rede mundial rompeu com a dinâmica comunicacional existente. A essência disruptiva da *internet* advém, justamente, de uma verdadeira “revolução comunicacional” ocorrida a partir da incorporação dos processos de multimedialidade interativa<sup>3</sup>, que podem representar uma reviravolta na forma como o conhecimento é organizado. Essa tecnologia tornou possível disponibilizar conteúdos com custo muito reduzido e potencial de alcance até então inimaginável. No Brasil, por exemplo, cerca de 168 milhões de *smartphones* encontravam-se em uso no ano de 2016, sem considerar outros terminais que podem se conectar à *internet* (BRAGA, 2018, p.204-206).

Nesse cenário, a incorporação da *internet* às campanhas políticas era mais do que esperada. A utilização de redes sociais para interagir com suas audiências tornou-se recorrente entre os políticos (BRAGA, 2018, p.204). Utopicamente a ampliação dos canais de comunicação, sobretudo no que se refere a difusão de informações de cunho político, poderia indicar um processo fortalecimento da democracia. Longe disso, a redes de comunicação tornaram-se palco da desinformação, fragilizando ainda mais o sistema democrático.

Por se tratar de um meio de comunicação menos regulado, a *internet* refugia discursos voltados à desinformação. As redes sociais se tornaram

---

<sup>3</sup> O termo multimedialidade interativa compreende a capacidade de disponibilizar em um só terminal vários recursos simultâneos de multimídia, como imagens, sons, vídeos e textos, além de conexão com outros arquivos ou sites (SOARES, 2020, p.68).

plataformas mais eficientes e menos arriscadas para a difusão de notícias falsas. Dentre as muitas informações compartilhadas, pode-se verificar um emaranhado de notícias desabonatórias de candidatos políticos, relatando fatos absolutamente inverídicos. Se uma mentira repetida mil vezes se torna verdade, com o advento da *internet* uma mentira pode ser repetida, cantada, recitada, filmada e fotografada um milhão de vezes, atraindo a atenção de um grupo incontável de usuários que buscam informações na rede (BRAGA, 2018, p. 205).

O compartilhamento de notícias falsas ou mentirosas é um fenômeno conhecido internacionalmente como “*fake news*” e pode ser conceituado como:

[...] a disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica. Trata-se de fenômeno consolidado e que se verifica em todo o planeta. Alguns estudos chegam a atribuir a vitória de Donald Trump, eleito à presidência dos Estados Unidos da América em 2016, ao uso de notícias falsas (BRAGA, 2018, p.205).

Nessa perspectiva, Braga (2018, p.207) destaca que a divulgação de *fake news* para obtenção de vantagem política consiste em desprestigiar o político opositor, atribuindo-lhe fato ou característica infame. Essa prática foi deflagrada de forma intensa no Brasil a partir dos anos de 2017 e 2018, quando o país vivenciou os períodos pré-eleitoral e eleitoral. Junto aos aspectos tecnológicos e ao ambiente informativo, o contexto político é pano de fundo imprescindível para a transmissão social de *fake news* nas arenas políticas digitais (DOURADO, 2020, p.103). O compartilhamento de *fake news* foi uma das técnicas empregadas em meio ao conjunto de iniciativas utilizadas pelos candidatos e apoiadores para pautar debates políticos polarizados na esfera pública digital (ORTELLADO, RIBEIRO, 2018).

Entre as desinformações difundidas durante o período eleitoral e reconhecidas pelo Tribunal Superior Eleitoral brasileiro pode-se destacar: a) Haddad é o criador do “*kit gay*” para crianças de 6 anos; b) o homem que apunhalou Bolsonaro é filiado ao PT e aparece numa foto com Lula; c) Haddad defende o incesto e o comunismo em um de seus livros; d) **Beatriz Segall foi agredida por petista na rua por ser eleitora de Bolsonaro (EL PAÍS, 2018)**. De acordo com Dourado (2020, p.136), uma sondagem realizada após as eleições demonstrou que 36% dos eleitores acreditavam que Fernando Haddad havia criado o “*kit-gay*”, in verdade usada de forma reiterada por Bolsonaro mesmo após proibição da Justiça Eleitoral. Para além disso, 15% dos eleitores acreditavam que o candidato do PT havia defendido o incesto em livro, conforme publicação de Olavo de Carvalho, conservador brasileiro com milhares de seguidores, que se tornou viral.

Considerando o contexto retratado, o presente estudo pretende analisar o Projeto de Lei 2.630/2020, popularmente denominado como “PL das *fake news*”. O referido projeto, de iniciativa do senador Alessandro Vieira, versa sobre temáticas relacionadas diretamente à liberdade de expressão na *internet*. Tem como objetivo instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet*. Assim, estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento (BRASIL, 2020).

Muito embora essa iniciativa se mostre extremamente relevante, há de se considerar que o projeto não foi objeto de uma discussão aprofundada. Um debate amplo, com a participação dos mais diversos atores políticos e sociais, é imprescindível, especialmente, quando se está tratando de uma possível limitação de direito fundamental. Além disso, as poucas discussões levantadas acerca do texto do PL assumiram um caráter

polarizado. Autoridades e instituições ligadas à defesa do direito à liberdade de expressão sequer foram ouvidas.

Cabe ainda mencionar que o sistema legal brasileiro conta com a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da *Internet*. A referida Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil (BRASIL, 2014). Desse modo, questiona-se a efetiva necessidade de uma nova lei dedicada a tratar de uma temática muito similar àquela disciplinada pelo Marco Civil da *Internet*.

Para além dos aspectos ventilados, alguns pontos em específico merecem atenção. O artigo 6º do PL, por exemplo, refere que:

Art. 6º Com o objetivo de proteger a liberdade de expressão e o acesso à informação e fomentar o livre fluxo de ideias na internet, os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada, no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço, devem adotar medidas para: [...]

§ 1º As vedações do caput não implicarão restrição à manifestação artística, intelectual ou de conteúdo satírico, religioso, político, ficcional ou literário, ou a qualquer outra forma de manifestação cultural, nos termos dos arts. 5º, inciso IX, e 220 da Constituição Federal.

§ 2º A identificação de conteúdos impulsionados e publicitários de que trata este artigo deve ser disponibilizada de maneira destacada aos usuários e mantida inclusive quando o conteúdo ou mensagem for compartilhado, encaminhado ou repassado de qualquer maneira.

§ 3º Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada devem desenvolver procedimentos contínuos para melhorar sua capacidade técnica para o cumprimento das obrigações estabelecidas neste artigo.

§ 4º Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada devem adotar medidas técnicas que viabilizem a identificação de contas que apresentem movimentação incompatível com a capacidade humana, devendo informá-las em seus termos de uso ou outros documentos disponíveis aos usuários.

§ 5º Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada desenvolverão políticas de uso que limitem o número de contas controladas pelo mesmo usuário. (BRASIL, 2020).

O dispositivo deixa a cargo dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada a responsabilidade pelo monitoramento e identificação de contas fictícias, mas não estabelece parâmetros de verificação ou lança quaisquer diretrizes nesse sentido. Ainda, o §5º visa limitar o número de contas associadas a um mesmo usuário, sem um critério objetivo que oriente essa possível limitação. A ausência de balizas orientadoras da atuação dos entes privados pode implicar na censura de quaisquer manifestações veiculadas nas respectivas plataformas.

Outra previsão que merece análise, trata-se do artigo 10 *caput* e §2º:

Art. 10. Os serviços de mensageria privada devem guardar os registros dos envios de mensagens veiculadas em encaminhamentos em massa, pelo prazo de 3 (três) meses, resguardada a privacidade do conteúdo das mensagens.

§ 1º Considera-se encaminhamento em massa o envio de uma mesma mensagem por mais de 5 (cinco) usuários, em intervalo de até 15 (quinze) dias, para grupos de conversas, listas de transmissão ou mecanismos similares de agrupamento de múltiplos destinatários.

§ 2º Os registros de que trata o *caput* devem conter a indicação dos usuários que realizaram encaminhamentos em massa da mensagem, com data e horário do encaminhamento e o quantitativo total de usuários que receberam a mensagem.

§ 3º O acesso aos registros somente poderá ocorrer com o objetivo de responsabilização pelo encaminhamento em massa de conteúdo ilícito, para constituição de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, mediante ordem judicial, nos termos da Seção IV do Capítulo III da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

§ 4º A obrigatoriedade de guarda prevista neste artigo não se aplica às mensagens que alcancem quantitativo total inferior a 1.000 (mil) usuários,

devendo seus registros ser destruídos nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). (BRASIL, 2020).

A partir dessa previsão, os serviços de mensageria privada ficam obrigados a armazenar as mensagens encaminhadas em massa, por um período equivalente a três meses. Esse registro deverá conter a identificação do respectivo usuário, bem como data, horário de envio e público abrangido. Em que pese o *caput* do mencionado artigo registre expressamente que a privacidade do conteúdo será resguardada, há de se reconhecer o caráter invasivo da medida.

No que diz respeito à gestão das informações veiculadas nas plataformas de comunicação o PL estabelece a chamada autorregulação. De acordo com o artigo 30 “os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada poderão criar instituição de autorregulação voltada à transparência e à responsabilidade no uso da *internet* [...]”. Atribuir à iniciativa privada a tarefa de criar mecanismos de autogestão relega o direito à liberdade ao devir dos interesses das próprias instituições.

Em síntese, a liberdade de manifestação, inscrita no seio do constitucionalismo democrático, é responsável pela construção de procedimentos decisórios coletivos que compõem toda forma de organização social contemporânea (PEREIRA, 2016, p.227). No entanto, a proteção e relevância desse direito fundamental não autorizam a difusão da desinformação a partir do compartilhamento de informações inverídicas.

Nesse sentido, entende-se que uma produção legislativa voltada a regular a divulgação e compartilhamento de informações falsas na rede é necessária. Contudo, oportuno salientar, que um conjunto de discussões e análises jurídicas acerca da temática deve preceder a apreciação pelo Congresso Nacional. Uma iniciativa legislativa que versa sobre liberdade

de expressão na *internet* pressupõe um espectro de discussão abrangente, sob pena de reduzir de forma significativa os espaços democráticos de fala.

## **Conclusão**

Historicamente a democracia enfrenta uma série de desafios e limitações, tais como a mudança de *locus*, o esvaziamento conceitual e a recessão democrática; mencionados neste estudo. Esses desafios denotam a necessidade de fortalecimento dos pilares de sustentação da democracia. Nesse sentido, verificou-se que a configuração democrática pressupõe o exercício de um conjunto particular de direitos e liberdades como: liberdade de expressão; a existência de partidos políticos; a realização de eleições; entre outros. Dentre esse conjunto de direitos analisou-se com maior profundidade o direito à liberdade de expressão.

No que diz respeito à temática, constatou-se que o acesso a conteúdos diversificados tem um papel significativo na construção e fortalecimento da democracia. Desse modo, a existência de espaços aptos a proporcionar debates plurais, com as mais variadas perspectivas políticas, econômicas e sociais são indispensáveis ao processo democrático. A comunicação social, sobretudo por meio da *internet*, desempenha um papel fundamental, pois possibilita a difusão facilitada de informações. Precisamente, a livre manifestação do pensamento encontrou guarida no ambiente digital, sobretudo em razão da facilidade com que se pode expor determinada ideia ou concepção. No entanto, tem-se observado o compartilhamento massivo de informações voltadas a propagar a desinformação. Notícias inverídicas são largamente disseminadas pelos usuários das plataformas de comunicação sem prévia aferição da veracidade das informações.

Diante desse contexto, analisou-se uma proposta legislativa apresentada ao Congresso Nacional brasileiro no início de 2020, o Projeto de Lei 2.630/2020. O referido projeto, de iniciativa do senador Alessandro

Vieira, versa sobre temáticas relacionadas diretamente à liberdade de expressão na *internet*. Busca instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet*. Embora o projeto esteja repleto de boas intenções no que diz respeito ao enfrentamento da desinformação, algumas das previsões contidas em seu texto podem conduzir a uma redução significativa os espaços democráticos de fala. Para além disso, o processo de tramitação do projeto dispensou a oitiva de importantes setores sociais.

Por fim, é necessário registrar que a propositura de uma iniciativa legislativa de tamanha relevância pressupõe discussões plurais, com um conjunto de atores jurídicos, políticos e sociais. Tratar sobre a possível limitação do direito à liberdade de expressão, especialmente diante do contexto de desinformação vivenciado no Brasil, é imperioso. Contudo, toda e qualquer restrição a um direito fundamental exige uma análise criteriosa das prováveis implicações jurídicas e sociais.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia Aparecida. “Seres nada-fantásticos e onde habitam”: a desinformação sobre o coronavírus e a COVID-19 propagada por trolls, fakers, haterse bulliese a configuração de abuso de direito. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 37-60, maio/ago. 2020. Disponível: Acesso em: 28 mar. 2021.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das *fake news* e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 203-220. Disponível em: <https://goo.gl/XmUwkd>. Acesso em: 12 mar. 2021.

- BRASIL. **Constituição. 1998.** Constituição da República de Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 mar. 2021.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.630.** 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 12.965. 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm#:~:text=Estabelece%20princ%C3%ADpios%2C%20garantias%2C%20direitos%20e,uso%20da%20Internet%20no%20Brasil](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm#:~:text=Estabelece%20princ%C3%ADpios%2C%20garantias%2C%20direitos%20e,uso%20da%20Internet%20no%20Brasil). Acesso em: 13 mar. 2021.
- DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. **Fake News na eleição presidencial de 2018 no Brasil.** 2020. 323 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Comunicação, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: Acesso em:
- DRÈZE, Jean. SEN, Amartya. **Glória Incerta: a Índia e suas contradições.** São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- EL PAÍS. **Cinco 'fake news' que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro.** 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547\\_146583.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html). Acesso em: 28.mar.2021.
- LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

- MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. **Liberdade de expressão e regulação da radiodifusão**. Unesco: série debates CI, 2011. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001916/191623por.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cassio de Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- ORTELLADO, Pablo; RIBEIRO, Márcio Moretto. O que são e como lidar com as notícias falsas. **SUR 27**, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/o-que-sao-e-como-lidar-com-as-noticias-falsas/>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: KIM, Richard Pae; NORONHA, João Otávio de. **Sistema político e direito eleitoral brasileiro**: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.
- SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Democracia e liberdade de expressão**: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07122009-124122/pt-br.php>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- SOARES, Fabiana de Menezes. **Produção do direito e conhecimento da lei a luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação**. 2002. 342f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-96WPPB6>. Acesso em: 23 mar. 2021.

## **iFood, pandemia e liberdade: uma análise do trabalho de entregadores de aplicativo em meio a pandemia a partir da teoria de Amartya Sen**

*Amanda Brum Porto*<sup>1</sup>  
*Giulia Signor*<sup>2</sup>

### **Introdução**

O Direito do Trabalho sempre esteve interligado com o surgimento de novas tecnologias. Após a crise de 2009, as tecnologias da informação e comunicação foram inseridas nas relações produtivas, alterando a sistemática de trabalho até então conhecida. Com isso surgiram diversos aplicativos com a proposta de criar alternativas para a subutilização de bens e serviços, o que hoje pode ser entendido como Economia do Compartilhamento.

Dentro dessas novas modalidades de prestação de serviço, inserem-se os aplicativos de *delivery*, os quais conectam entregadores, restaurantes e consumidores, destacando-se dentre eles o iFood. Ocorre que estes trabalhadores são considerados pelos aplicativos como parceiros, não havendo nenhum reconhecimento de vínculo jurídico, o que ocasiona a

---

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito na Faculdade Meridional - IMED, em sua área de concentração em Direito Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa em Fundamentos do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade (2020). Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES (2020). Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional -IMED (2018). Integrante do Projeto de Pesquisa e Extensão Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: Vias para o empoderamento (CINELAW/IMED), desde 2017. Integrante do Projeto de Pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Currículo lattes < <http://lattes.cnpq.br/1449505537469556>>. E-mail: amandaportob@hotmail.com

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, em sua área de concentração em Direito, Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa em Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES. Advogada. Currículo lattes <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8012466A1>>. E-mail: giulia.signor@yahoo.com.br

desproteção trabalhista e social do trabalhador e uma consequente precarização do trabalho.

Esta situação ganha maior visibilidade durante a pandemia do COVID-19 no Brasil, quando o setor de *delivery* passou a ser entendido como serviço essencial. Os aplicativos, ao não se considerarem empregadores dos entregadores, eximem-se da necessidade de proteção econômica e sanitária destes trabalhadores durante o período de pandemia. Por consequência, a precarização do trabalho e a ausência de suporte – ou suporte mínimo e ineficaz – dos aplicativos evidencia a vulnerabilidade em que estão inseridos os trabalhadores de plataforma.

Analisando esse cenário que denuncia a desigualdade e o descaso das plataformas com seus trabalhadores a partir da teoria de Amartya Sen sobre as liberdades individuais e sua imprescindibilidade para a efetivação de um espaço democrático, levanta-se o seguinte problema: a liberdade dos entregadores de aplicativo, encontra-se violada, no contexto da pandemia do COVID-19, no Brasil, por consequência da precarização do trabalho e da ausência de políticas de suporte aos trabalhadores pelo aplicativo iFood?

O objetivo geral é analisar a liberdade, a partir da teoria de Amartya Sen, dos entregadores de aplicativo, em meio a pandemia do COVID-19, no Brasil. Já os objetivos específicos são: a) demonstrar o funcionamento do aplicativo iFood e a existência, ou não, de vínculo empregatício entre entregadores e empresa-aplicativo; b) analisar o contexto da pandemia do COVID-19, no Brasil e as políticas de suporte disponibilizadas pelo iFood neste período; c) verificar a existência, ou não, de violação da liberdade dos entregadores a partir da teoria de Amartya Sen.

Para tanto foi utilizado como método de abordagem o método dedutivo, como método de procedimento o comparativo e como técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica e documental.

## **1. A realidade laboral dos entregadores da plataforma iFood durante a pandemia do COVID-19 no Brasil.**

A dinâmica social mundial foi drasticamente alterada com a pandemia do novo vírus denominado COVID-19. As tecnologias que ainda não estavam inseridas no cotidiano da população tornaram-se indispensáveis para a readequação do funcionamento das mais diversas áreas. Ainda, as desigualdades que já eram presentes na sociedade, foram maximizadas em decorrência desta nova realidade.

Um dos setores que ganhou destaque em meio a pandemia, principalmente no Brasil, foi o setor de *delivery*, principalmente por meio de aplicativos de *smartphone*. Considerado um serviço essencial no Brasil, os serviços de entrega mostram-se indispensável para a manutenção do funcionamento de outros setores, como comércio e restaurantes, diante das restrições de abertura e utilização dos espaços físicos.

Contudo, os entregadores de aplicativo que já se mostravam como uma parcela vulnerável da sociedade pelas condições de trabalho e inexistência de proteção trabalhista, encontram-se numa encruzilhada entre a ausência de renda e o risco de contaminação.

Diante disso, mostra-se necessário o estudo da relação existente entre entregador e aplicativo, bem como quais as medidas de suporte estão sendo disponibilizadas para estes trabalhadores, pelos aplicativos, a fim de diminuir os impactos sanitários e econômicos durante a pandemia do COVID-19 no Brasil.

### **1.1 A (in)existência de vínculos empregatício entre entregadores e o aplicativo iFood**

Com a popularização da tecnologia, tal como *smartphones* e computadores, as dinâmicas sociais alteraram-se, difundindo novas possibilidades em diversas atividades cotidianas, inclusive nas relações de

trabalho. Após a crise de 2009, com aumento do desemprego, novas modalidades de trabalho, principalmente no setor de serviços, surgiram com a finalidade de proporcionar autonomia àqueles que se encontram em situação vulnerável ou de desemprego (SLEE, 2017, p.22).

Nessa seara, as empresas-aplicativos ganham cada vez mais espaço, com a proposta de que o indivíduo se torne um microempresário. Essa nova dinâmica de prestação de serviço, está inserida como um ramo do que se denomina Economia do Compartilhamento<sup>3</sup>, e ganhou maior notoriedade entre os anos 2013 e 2014, com a popularização de aplicativos como o Uber. Para Fonseca, a característica principal da Economia do Compartilhamento é

[...] intermediar os interesses do consumidor e do produtor de determinada mercadoria, viabilizando o encontro destes, sendo que a empresa desenvolve exclusivamente a plataforma virtual, o app, que ambos os usuários da tecnologia necessitam para realizar a mercadoria requisitada pelo consumidor. (FONSECA, 2017, p. 05)

Assim, as empresas-aplicativos tem como objetivo central o trabalho por demanda, ou seja, os trabalhadores, chamados também de parceiros por essas empresas, disponibilizam seus serviços ou bens via aplicativos conectados à internet na expectativa da geração de demanda do trabalho, sendo que a interação entre o trabalhador e o consumidor é promovida exclusivamente pelo aplicativo, que ao final retém uma porcentagem do valor do serviço prestado pelo parceiro/trabalhador. Denota-se que, enquanto o trabalhador permanecer online no aplicativo, haverá a demanda de serviço.

---

<sup>3</sup> A Economia do Compartilhamento não se restringe a apenas a prestação de serviço por demanda, como é o caso dos aplicativos de corridas e entregas, mas engloba desde o sistema de utilização de bens e recursos ociosos (Airbnb, Uber, Ifood) até o sistema de compartilhamento de bens para produção colaborativa (como a Wikipédia). (ZANATTA, 2017, p. 81).

Entretanto, apesar do discurso atrativo de que o indivíduo será um microempreendedor, a realidade mostra-se muito distante da propaganda. O que se observa, de fato, é uma tendência a precarização do trabalho tendo em vista a adoção de um modelo de negócios onde o trabalhador (então denominado de parceiro pelas empresas-aplicativo) assume os riscos das atividades laborais no lugar da empresa enquanto tem seus direitos trabalhistas e previdenciários negados, sobre a ilusão de que é seu próprio chefe. Para Slee (2017, p. 304), “ser um funcionário não é um caso de sim ou não: um emprego é uma questão de direitos e responsabilidades”.

Nesse passo, aflora-se a discussão sobre a proteção jurídica dos parceiros dos aplicativos, uma vez que há uma controvérsia entre a realidade laboral e a proposta dos aplicativos. A principal crítica acerca desta modalidade de Economia do Compartilhamento se encontra no fato de que as empresas se aproveitam da vulnerabilidade dos trabalhadores, principalmente do desemprego e baixa renda, oferecendo uma ideia enganosa de autonomia e lucratividade. Para Scholz (2016, p.34)

Xs bilionárixs da tecnologia surfaram na onda, subindo nas costas daqueles que estavam procurando por trabalho desesperadamente, não somente aumentando a desigualdade, mas também reestruturando a economia de um modo que faz disso uma nova forma de trabalho, privada de todos os direitos trabalhistas, voltada à sobrevivência, como dizem, “sustentável”.

Dentro dessa sistemática de trabalho estão inseridos os entregadores de aplicativos, tais como da plataforma do iFood. No próprio site a empresa apresenta o discurso característico da Economia do Compartilhamento:

Está procurando uma nova forma de ganhar dinheiro sem chefe e com liberdade para fazer o seu próprio horário? Ou está precisando de uma grana

extra pra te ajudar naquele objetivo? Com o aplicativo iFood para Entregadores você consegue fazer entregas quando e como quiser, com total autonomia! (IFOOD, 2019).

Apenas a título informacional, a plataforma do iFood, objeto de estudo dessa pesquisa, possui duas ramificações. A primeira, aquela mais conhecida e utilizada pelos consumidores é a plataforma utilizada para compra em restaurantes e mercados, onde o usuário realiza o seu pedido de um restaurante cadastrado no aplicativo. A segunda, muitas vezes até desconhecida pelos consumidores, é a plataforma voltada aos entregadores. Nessa plataforma o aplicativo realiza a intermediação entre entregadores e restaurantes para a realização do serviço de entrega.

Diante da inexistência de uma legislação própria para o trabalho de plataforma e das conseqüentes alterações nas dinâmicas laborais pela inserção direta da tecnologia como gerenciador do trabalho, há uma certa dificuldade na caracterização do vínculo entre aplicativo e trabalhador. Assim, a fim de analisar a possibilidade de existência, de um vínculo empregatício entre os parceiros e a empresa-aplicativo, faz-se necessário verificar quais os fundamentos presentes na legislação pátria que justificariam, ou não, o reconhecimento.

O reconhecimento do vínculo empregatício, de acordo com a legislação brasileira, pressupõe a observância de cinco elementos: trabalho por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação<sup>4</sup>. No que se refere aos dois primeiros elementos, trabalho por pessoa física e pessoalidade, o próprio aplicativo requer a identificação do entregador por meio de dados cadastrais e fotos. Ainda, prevê em suas cláusulas o bloqueio da conta de entregador que emprestar ou alugar seu cadastro a terceiros (IFOOD, 2020a).

---

<sup>4</sup> “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” (BRASIL, 1943).

Quanto a onerosidade e a não-eventualidade, estes se verificam na comissão pelas entregas e da necessidade da realização constantes de entregas a fim de receber remuneração, uma vez que não há um salário base estipulado pelo aplicativo. Ainda, o próprio aplicativo prevê o descadastramento ou bloqueio da conta por inatividade do entregador, ou seja, o entregador deve permanecer utilizando a plataforma caso deseje manter seu cadastro.

Assim, o elemento central a ser analisado no caso dos trabalhadores de aplicativo é a existência de subordinação entre o parceiro e o aplicativo. No termo de uso do aplicativo, para entregadores, a empresa-aplicativo estipula, previamente, em uma de suas cláusulas que a relação estabelecida pelo aplicativo e o potencial parceiro não constitui vínculo empregatício, societário, de associação, mandato, franquia, ou de qualquer outra natureza (IFOOD, 2020a).

A fim de conceituar o que é a subordinação, esta pode ser entendida como “pôr à disposição a própria força de trabalho a favor da outra parte contratante, endereçada segundo o próprio escopo pessoal do trabalhador, o que se identificou com o submetimento da prestação ao critério diretivo do empregador” (NASCIMENTO, 2011, p. 213). Assim, o empregado está sujeito ao poder diretivo do empregador, devendo seguir as diretrizes por ele estabelecidas.

O aplicativo, apesar de afirmar a inexistência de qualquer subordinação dos trabalhadores, ao definir as políticas de desligamento, bloqueio ou inativação de contas, estabelece que o entregador poderá sofrer as penalidades quando: a) fizer mau uso, uso indevido ou abusivo da plataforma; b) receber avaliações negativas de clientes e restaurantes; c) causar danos à plataforma ou a terceiros; d) pela prática de infração que coloque em risco a segurança no trânsito (IFOOD, 2020a). Tais elementos podem ser entendidos como uma forma de controle da plataforma perante

o trabalho do entregador, ainda que afirme não haver qualquer espécie de subordinação.

O que ocorre no caso dos aplicativos de prestação de serviço por demanda é a modificação no que se entende por poder diretivo, onde há a limitação da autonomia do trabalhador pelos termos de uso do aplicativo, bem como pelo algoritmo. Segundo Carelli (2017, p. 141), “neste ponto encontramos uma contradição própria do novo modelo: ao mesmo tempo em que acena para a entrega de parcela de autonomia ao trabalhador, essa liberdade é impedida pela programação, pela só e mera existência do algoritmo”.

Desse modo, a subordinação é exercida de maneira diferente dos moldes tradicionais, transferindo ao usuário o controle da qualidade do serviço prestado (PIRES, 2018, p.26), o que permite que a empresa-aplicativo, por meio do algoritmo, gratifique ou sancione os entregadores cadastrados. Outro fator que denota a existência de controle das atividades por parte do aplicativo é a existência do serviço de geolocalização, que além de obter a localização em tempo real do entregador, também coleta constantemente os dados pessoais, incorrendo na gestão dos parceiros cadastrados.

Nesse sentido, a empresa-aplicativo define, unilateralmente, um padrão a ser seguido, bem como exerce monitoramento constante das atividades dos parceiros cadastrados, eximindo-se de qualquer responsabilidade trabalhista e previdenciária, ao se declarar intermediadora de serviços, fazendo com que os riscos e custos do exercício da atividade recorram somente ao trabalhador.

Assim, diante da presença dos requisitos para caracterização de vínculo empregatício entre a empresa-aplicativo e seus entregadores,

ainda que não reconhecida na legislação e jurisprudência<sup>5</sup> pátria, observa-se que esta informalidade, decorrente da *uberização* do trabalho pela Economia do Compartilhamento, tem por consequência a exploração do trabalho sem qualquer proteção ou direito trabalhista. Tal situação torna o trabalhador vulnerável, especialmente em tempos de pandemia, como vivemos atualmente no Brasil.

## **1.2 As políticas de proteção dos trabalhadores de aplicativo em meio a pandemia do COVID-19 no Brasil**

Em dezembro de 2019 o mundo tomou conhecimento do surgimento de um novo vírus causador de uma síndrome respiratória aguda, com alta letalidade e rápida transmissibilidade. A doença em questão surgiu na cidade de Wuhan, localizada na província de Hubei, na China, sendo identificada como uma espécie derivada do vírus SARS-COV, com 70% de familiaridade genética comprovada e 95% de familiaridade com o Coronavírus que infecta morcegos (SINGHAL, 2020). Em 11 de janeiro de 2020, foi reportado o primeiro caso fatal da doença e, posteriormente, no dia 20 do mesmo mês foram detectados os primeiros casos de transmissão do vírus para outros países.

---

<sup>5</sup> Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contempla elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “off line”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2020)

No Brasil, o primeiro caso da nova doença, popularmente conhecida como Coronavírus, foi detectado em 26 de fevereiro do presente ano e, a primeira morte confirmada ocorreu no dia 16 de março. Até o dia 03 de maio de 2021, data em que está sendo escrito o presente artigo, o país conta com 14.725.975 (quatorze milhões, setecentos e vinte e cinco mil e novecentos e setenta e cinco) casos confirmados e 406.437 (quatrocentos e seis mil e quatrocentos e trinta e sete) mortes e 41.383.096 (quarenta e um milhões, trezentos e oitenta e três mil e noventa e seis) doses de vacinas aplicadas, conforme dados disponibilizados pela Organização Mundial da Saúde – OMS (WHO, 2021).

Em decorrência da rápida transmissibilidade do vírus e da inexistência de protocolos médicos e dados científicos sobre a nova doença, no ano de 2020, diversos países aderiram ao sistema de *lockdown*<sup>6</sup>, que consiste no fechamento de qualquer serviço não essencial, escolas, estádios ou qualquer local que provoque aglomeração de pessoas, buscando diminuir a curva de contágio e o colapso dos sistemas de saúde (WALKER et. al, 2020, p. 12). Importante destacar que, ainda em 2021, o sistema de *lockdown* continua um dos métodos de prevenção da transmissão da doença, uma vez que no período de um ano já contamos com duas ondas de pico de contágio.

No Brasil, o governo decretou estado de calamidade pública em decorrência da pandemia do Coronavírus, sendo que os estados adotaram estratégias distintas para o enfrentamento da situação até a imunização completa da população. Uma das medidas adotadas pelos estados para o combate a disseminação do vírus foi a intensificação das práticas de higiene, tal como uso de álcool gel, incentivo à lavagem constante das mãos e de alimentos, distância física entre as pessoas e o uso de máscaras de

---

<sup>6</sup> Tradução livre: bloqueio, confinamento.

proteção. Além disso, o Estado de São Paulo, um dos mais afetados pelo vírus, por exemplo, decretou quarentena em 22 de março de 2020, determinando a suspensão de diversas atividades, como por exemplo: atendimentos em *shoppings centers*, casas noturnas, academia de ginásticas, consumo local em restaurantes e bares, dentre outros. (ESTADO DE SÃO PAULO, 2020).

Ainda, em decorrência da impossibilidade do exercício de determinadas atividades, o Governo Federal, a fim de promover proteção social no período da pandemia, decretou o pagamento de auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais), por um período de três meses, aos trabalhadores formais ativos, trabalhadores informais, trabalhadores intermitentes ativos, família monoparental com mulher provedora e para mãe adolescente<sup>7</sup>.

Diante disso, no caso específico dos entregadores de aplicativo, o trabalho de *delivery* é considerado uma das atividades essenciais para a

---

<sup>7</sup> Art. 2º: Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - trabalhador formal ativo - o empregado com contrato de trabalho formalizado nos termos do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o agente público, independentemente da relação jurídica, inclusive o ocupante de cargo temporário ou função temporária ou de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração e o titular de mandato eletivo;

II - trabalhador informal - pessoa com idade igual ou superior a dezoito anos que não seja beneficiário do seguro desemprego e que:

a) preste serviços na condição de empregado, nos termos do disposto no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, sem a formalização do contrato de trabalho;

b) preste serviços na condição de empregado intermitente, nos termos do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, sem a formalização do contrato de trabalho

c) exerça atividade profissional na condição de trabalhador autônomo; ou

d) esteja desempregado;

III - trabalhador intermitente ativo - empregado com contrato de trabalho intermitente formalizado até a data de publicação da Medida Provisória nº 936, de 2020, ainda que não perceba remuneração;

IV - família monoparental com mulher provedora - grupo familiar chefiado por mulher sem cônjuge ou companheiro, com pelo menos uma pessoa menor de dezoito anos de idade. (Redação dada pelo Decreto nº 10.398, de 2020)

V - benefício temporário - assistência financeira temporária concedida a trabalhador desempregado, nos termos do disposto na Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, inclusive o benefício concedido durante o período de defeso, nos termos do disposto na Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.398, de 2020)

VI - mãe adolescente - mulher com idade de 12 a 17 anos que tenha, no mínimo, um filho. (Incluído pelo Decreto nº 10.398, de 2020)". (BRASIL, 2020)

manutenção do isolamento social, estando fora do rol de atividades passíveis de suspensão pelos governos estaduais e municipais. Assim, as empresas-aplicativos devem proporcionar a proteção do trabalhador, ainda que não considerados empregados pelas mesmas.

O iFood, a maior empresa-aplicativo de *delivery* presente no Brasil, passou a disponibilizar um kit de proteção aos entregadores contendo máscaras reutilizáveis e álcool em gel, sendo que a distribuição ocorre em locais pré-determinados pelo aplicativo em cada cidade em que há entregadores cadastrados. Ainda, desde de 15/05 até 14/07/2020, o aplicativo proporcionou um seguro de vida para os entregadores que contraírem o COVID-19 e vierem à óbito, com um prêmio de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em caso de morte confirmada pela doença e R\$ 1.000,00 (mil reais) em caso de morte sem confirmação da doença (IFOOD, 2020).

Entretanto, as medidas tomadas pela empresa-aplicativos não se mostram efetivas ou suficientes para garantir a proteção dos trabalhadores em meio a pandemia. Em entrevista, o entregador Valdir Camargo denuncia a dificuldade de obter os equipamentos de proteção individual (EPI) disponibilizados pelo aplicativo. Assim referiu:

Não consegui pegar as máscaras que o iFood liberou, tinha que passar em um lugar específico para pegar e era bastante longe para mim. Eu trabalho de bicicleta. Agora preciso pagar as contas, ficam em casa não dá. Se eu paro, não tem sobrevivência em casa e a gente morre de outra forma. (CAMARGO, 2020).

Além disso, o aplicativo criou um fundo de R\$ 1 milhão para auxiliar os entregadores que contraírem a doença, que possuírem familiares em grupo de risco e, portanto, necessitariam permanecer em quarentena, ou se enquadrarem no grupo de risco. Todavia, o auxílio só é válido para trinta dias, sendo que a pandemia já perdura a mais de um ano. Para Souza

(2020, p.3) “[...] entregadores e motoristas de empresas de aplicativo não conseguem cumprir completamente as recomendações de prevenção elaboradas pelos órgãos de saúde. O isolamento social para essas pessoas significa a falta de faturamento do dinheiro dos dias não trabalhados”.

Diante da falta de assistência dos aplicativos quanto à proteção da saúde dos entregadores em meio a pandemia, os entregadores de aplicativo promoveram ações durante o ano de 2020 a fim de denunciar a precarização do trabalho no setor de *delivery*. O grupo denominado de Movimento dos Entregadores Antifacistas organizou no dia 1º de julho de 2020 a primeira greve dos aplicativos, visando mobilizar os entregadores em busca de melhores condições de trabalho, distribuição de EPI's, bem como contra os bloqueios realizados unilateralmente pelos aplicativos, sem notificação ou qualquer direito de defesa.

Além das manifestações, o documentário *Pandelivery*, dirigido por Guimel Salgado e Antonio Matos, retrata a realidade dos entregadores de aplicativo em meio ao cenário da pandemia do COVID-19, no Brasil. O documentário busca demonstrar a precariedade e a vulnerabilidade dos entregadores de aplicativo durante a pandemia. No vídeo de divulgação, um entregador sem o nome divulgado, diz: “Quatro dias, cinco dias, saiu o resultado. Deu positivo. Tem muito motoboy contaminado aí, e nem sabe que tá, entendeu?” (PANDELIVERY TRAILER, 2020). Isto demonstra que o labor em meio a pandemia sem as condições sanitárias adequadas torna os trabalhadores suscetíveis à contaminação e disseminação da doença.

Diante da situação de desamparo dos entregadores durante a pandemia, especialmente no ano de 2020, o Ministério Público do Trabalho, nos autos da Ação Civil Pública nº 1000396-28.2020.5.02.0082, da 82ª Vara do Trabalho de São Paulo, requereu, dentre outros pedidos, que o aplicativo iFood prestasse assistência financeira a todos os trabalhadores integrantes do grupo de risco (60 anos ou mais ou com

comorbidades) ou que tenham familiares do grupo de risco e necessitam aderir ao distanciamento social.

A tutela de urgência foi deferida na primeira instância determinando que o auxílio financeiro fosse calculado "a média dos valores diários pagos nos 15 (quinze) dias imediatamente anteriores à publicação desta decisão, garantido, no mínimo, o pagamento de valor equivalente ao salário-mínimo mensal" (BRASIL, TRT2, 2021).

Contudo, o aplicativo impetrou mandado de segurança contra a decisão que deferiu a tutela de urgência em primeira instância. No julgamento do mandado de segurança o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região cassou a liminar afirmando que o iFood já possuía fundo de amparo aos entregadores. Ainda, a Turma Julgadora afirmou que:

[...] a referida liminar teria potencial de ensejar uma despesa de R\$146.300.000,00 se fosse necessário o afastamento social de todos os cerca de 140 mil entregadores cadastrados, o que poderia inclusive inviabilizar a atividade da empresa e as ações de combate ao coronavírus, havendo, portanto, perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão." (BRASIL, TRT2, 2021).

Diante disso, considerando a situação laboral em que os entregadores de aplicativo estão inseridos, bem como as medidas de suporte disponibilizadas pela empresa aplicativo durante a pandemia do COVID-19 no Brasil, aflora-se a discussão sobre a existência, ou não, de violação da liberdade dos indivíduos, sob a perspectiva da teoria de Amartya Sen, o que se discutirá no próximo tópico.

## **2. A liberdade dos entregadores de aplicativo sob a ótica de Amartya Sen**

A fim de refletir sobre a violação da liberdade individual dos trabalhadores de aplicativo em meio a pandemia do COVID-19, no Brasil, é necessário, primeiramente, definir o que é a liberdade. Para tanto,

estudar-se-á, de uma maneira breve, o conceito desenvolvido por Amartya Sen.

A liberdade, conforme apresentada na teoria de Amartya Sen, é o tema central para a organização de uma sociedade justa, pois é a partir desta que se estruturam as relações interpessoais e com as instituições. Desse modo, “a valorização, a garantia e a promoção da liberdade são condições indispensáveis para a avaliação da justiça social (ZAMBAM, 2012, p.38). Entende-se, de acordo com Sen (2009, p. 230), que “a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher”. Esta visão engloba tanto os processos que permitem a liberdade nas ações dos indivíduos, quanto as oportunidades reais a eles disponibilizadas (SEN, 2010, p.32).

Nesse sentido, a liberdade mostra-se de extrema relevância, pois, em primeiro lugar, ela proporciona a oportunidade de o indivíduo buscar os objetivos que julga valiosos e, portanto, viver de acordo com o que se deseja e valoriza. Em segundo lugar, o valor da liberdade está atrelado ao próprio processo de escolha, de poder escolher o que se deseja sem interferências ou imposições externas.

A partir disso, a fim de que a liberdade seja realmente exercida, as capacidades devem ser garantidas de maneira que hajam oportunidades para que cada um faça o que valoriza. Nesse sentido, as capacidades estão relacionadas não apenas ao que uma pessoa acaba fazendo, mas de fato se ela é capaz de fazer a oportunidade que lhe é apresentada, ainda que escolha por não a exercer (SEN, 2009, p.233). A garantia da possibilidade de escolha é fundamental para a estruturação de uma sociedade justa e plural, uma vez que proporciona aos indivíduos a integração e a efetiva participação social (ZAMBAM, 2012, p.104).

Ainda com relação às capacidades, há fatores que interferem no seu exercício, destacando-se, no presente caso, os problemas relacionados à renda e à pobreza. Conforme destaca Zambam (2012, p.105):

Não dispor das necessárias condições de escolha está diretamente relacionado com a privação das capacidades básicas necessárias para a integração da pessoa na vida da sociedade. A pobreza e as tiranias que ainda assolam muitas sociedades contemporâneas simbolizam a negação de dimensões importantes para a realização humana e diminuem substancialmente a efetiva participação na vida social.

As definições trazidas representam pontos importantes para a análise da situação trabalhista dos entregadores de aplicativo em meio a pandemia do COVID-19 no Brasil. Conforme demonstrado no capítulo anterior, o mercado exerce uma influência no processo de escolha e nas oportunidades destes indivíduos. A ausência de faturamento nos dias não trabalhados e a possibilidade de bloqueio por inatividade no aplicativo são os principais fatores que interferem na liberdade dos entregadores.

Nessa perspectiva, traz-se a seguinte reflexão levantada por Sandel: “[...] o livre mercado, para aqueles que têm poucas alternativas, não é tão livre assim [...]. Estaria ele agindo livremente ou por necessidade?” (2016, p. 106). O que se infere por meio da análise da realidade laboral dos entregadores de aplicativo é que não há liberdade no processo de escolha, ou escolhe-se trabalhar em meio à pandemia e com risco de contaminação ou opta-se pela suspensão das atividades e, conseqüentemente, do recebimento de qualquer tipo de remuneração derivada do trabalho de entregador. Acerca disso, aponta o autor: “as nossas escolhas só serão livres se não estivermos sob excessiva pressão (por necessidade financeira, digamos) e se estivermos razoavelmente informados sobre todas as alternativas.” (SANDEL, 2016, p. 121)

Nota-se, portanto, que há uma imposição de uma situação, pois, provavelmente o indivíduo não escolhe ficar sem renda e não conseguir prover o seu sustento, porém também não é favorável a escolha de se expor a uma possível contaminação ao vírus que debilitará o seu estado de saúde. Ainda que estes indivíduos escolhessem, por vontade própria, continuar trabalhando durante a pandemia, há uma violação tanto das oportunidades, quanto do próprio processo de escolha, uma vez que suas alternativas são drasticamente reduzidas, e as opções disponíveis são motivadas puramente por necessidade.

Assim, a situação posta demonstra como a desigualdade social, exteriorizada pelo trabalho informal e precariedade tem como consequência direta a violação da liberdade. Isso não afeta tão somente a individualidade, mas a integração social e o processo de organização e desenvolvimento conjunto da sociedade, uma vez que a liberdade é um pressuposto fundamental para a construção de uma sociedade justa e equitativa.

## **Conclusão**

O avanço tecnológico proporcionou mudanças nas relações de diversos setores sociais, inclusive nas relações de trabalho. Conforme analisado no presente artigo, a utilização das tecnologias de informação e comunicação, onde se inserem os aplicativos de smartphone, proporcionaram o surgimento de novas modalidades de trabalho. Em decorrência disso, a legislação vigente não conta com mecanismos de proteção destes novos trabalhadores, o que, aliado com a política dos próprios aplicativos de não reconhecimento de vínculo, gerou uma onda de trabalho precarizado, onde há a negação de direitos trabalhistas e sociais.

Tal realidade acentua-se, contemporaneamente, em decorrência da pandemia do COVID-19, uma vez que setores da sociedade já vulneráveis, encontram-se cada vez mais expostos às desigualdades sociais. Os entregadores de aplicativos, em especial aqueles cadastrados no iFood – o qual foi objeto da presente pesquisa – denunciam a falta de políticas de proteção econômica e sanitária por parte dos aplicativos. A pandemia criou uma espécie de encruzilhada a esses trabalhadores: escolher entre a ausência total de renda ou a provável contaminação pelo vírus.

Diante desta situação, considerando que a eliminação das desigualdades sociais é parte imprescindível para o processo democrático, ao analisar esta realidade tomando por base a teoria de Amartya Sen, infere-se que a precarização do trabalho em detrimento do mercado uberizado, viola a liberdade destes indivíduos. Visto que, ao não proporcionar medidas de assistência aos trabalhadores, há uma imposição externa dos aplicativos de que o trabalho por eles exercidos continue normalmente, suprimindo a oportunidade de que os trabalhadores realizem a escolha entre praticar o isolamento social a fim de evitar contaminações e continuar laborando. Ainda, a possibilidade de ficar sem renda ao interromper a prestação de serviço, já é, por si só, uma violação à liberdade.

Portanto, respondendo o problema levantado, a ausência de políticas de suporte aos entregadores de aplicativo em meio a pandemia do COVID-19 no Brasil, bem como a inexistência de reconhecimento jurídico de vínculo empregatício viola a liberdade destes trabalhadores, quando analisa-se a realidade por meio da teoria de Amartya Sen.

Importante ressaltar que esta pesquisa poderá ser complementada e aprimorada, pois o mundo ainda se encontra afetado pela pandemia, podendo surgir novos problemas ou soluções até que a situação seja encerrada.

## Referências

- BRASIL. **Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Subseção de Dissídios Individuais 3. Mandado de Segurança Cível nº 1000954-52.2020.5.02.0000. Relator Sérgio José Bueno Junqueira Machado. Julgado em 23 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: 1000123-89.2017.5.02.0038. Relator: Ministro Breno Medeiros. 07 fev. 2020. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numProcInt=242502&dtaPublicacaoStr=07/02/2020%02007:00:00&nia=7443195>> Acesso em: 15 de jul. 2020.
- CAMARGO, Valdir. Sem saída, entregadores ficam entre a covid-19 e o bloqueio dos aplicativos. [Entrevista concedida a] Talyta Vespa. **UOL**. São Paulo. 09 jun. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/06/09/entregadores-relatam-falta-de-epi-medo-da-covid-19-e-trabalho-escravo.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 jul. 2020.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXI. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.
- ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto nº 64.881 de 22 de março de 2020**. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. 2020. Disponível em:

<<https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/decreto-quarentena.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2020.

FONSECA, Lincoln Saldanha Fernandez da. **Fronteiras da precarização do trabalho: Uberização e o trabalho on-demand**. In: XXXI Congresso ALAS. Uruguai: Montevidéu. 2017. Disponível em: <[http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/4083\\_lincoln\\_fernandez.pdf](http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/4083_lincoln_fernandez.pdf)>. Acesso em: 30 de mar. 2020.

**IFOOD**. O que é o iFood para Entregadores?. Disponível em: <<https://entregador.ifood.com.br/ifood-para-entregadores-o-que-e/>>. 2019. Acesso em: 12 de jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Termos e condições de uso: iFood entregadores. Disponível em: <<https://entregador.ifood.com.br/termosdeuso/>>. 2020a. Acesso em: 12 de jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Seguro de vida iFood em casos de COVID-19. Disponível em: <<https://entregador.ifood.com.br/seguro-de-vida-ifood-em-casos-de-covid-19/>>. 2020b. Acesso em: 22 jul. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PANDELIVERY TRAILER. Roteiro: Antonio Matos, Carlos Rosa, Guimel Salgado. Direção: Antonio Matos, Guimel Salgado. São Paulo: Sólma Productions. 2020. 1 vídeo (1min50s). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=NplGEx4SBAY>> Acesso em: 22 jul. 2020.

PIRES, Elisa Guimarães Brandão. **A dependência econômica e o trabalho por conta alheia como critérios para o enquadramento dos motoristas da uber na condição de empregados**. In: IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais E I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações - TTMMS, 2018, Belo Horizonte. Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática

global [Recurso eletrônico on-line] Organização: IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa TTMS, 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 20<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2016.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma**: contestando a economia do compartilhamento corporativa. Tradução: Rafael A. F. Zanatta. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo. 2016.

SINGHAL, Tanu. A Review of Coronavirus Disease- 2019 (COVID-19). In: **The Indian Journal of Pediatrics**. v. 87, 281-286. doi: 10.1007/s12098-020-03263-6.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo: Elefante. 2017.

SOUZA, Laura Feijó de. Trabalhadores informais de aplicativos e o impacto da doença pelo novo Coronavírus: uma reflexão teórica. In: **Journal of nursing and health**. v.10. n.4. 2020. Disponível em: < <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/enfermagem/article/view/18740>>. Acesso em: 17 jul. 2020

WALKER, Patrick G.T et.al. Report 12: The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression. Londres, UK: Imperial College COVID-19 Response Team. 2020. Disponível em: <<https://spiral.imperial.ac.uk:8443/bitstream/10044/1/77735/10/2020-03-26-COVID19-Report-12.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2020

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). WHO – Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard. 2021. Disponível em: <<https://covid19.who.int/>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED. 2012.

ZANATTA, Rafael A. F. Economias do Compartilhamento: superando um problema conceitual. In: **Economias do compartilhamento e o direito**. Org. Rafael A.F. Zanatta, Pedro C.B de Paula, Beatriz Kira. Curitiba: Juruá, 2017. p. 79-106.

## Educação para todes <sup>1</sup>? As barreiras ao acesso e permanência da população trans no Brasil <sup>2</sup>

Amanda Brum Porto <sup>3</sup>  
Giulia Signor <sup>4</sup>

### Introdução

A proposta desta pesquisa é buscar mais visibilidade para a população LGBTI+, com foco na comunidade trans no acesso e permanência à educação e ao espaço escolar. Essa comunidade que por muitos anos vem sendo estigmatizada, marginalizada, excluída, e violentada, seja por uma ideologia de patologização<sup>5</sup> ou medicalização destes corpos, no controle institucional, no afastamento da sua liberdade e seus devidos direitos civis, sociais, a todos e todas como cidadãs e cidadãos brasileiros. Muitas vezes impedidos e impedidas de usufruir direitos básicos como o direito à

---

<sup>1</sup> O termo todes foi usado como um gênero neutro com intuito de incluir todas e todos sem a intenção de sobrepor um gênero ao outro, dando visibilidade aos diferentes tipos linguísticos de gênero.

<sup>2</sup> Esse artigo foi publicado no ebook do evento L.E.I- Law Expirience for Inovation no ano de 2020, e foi readaptado contendo alterações.

<sup>3</sup> Mestranda no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito na Faculdade Meridional – IMED, com sua área de concentração em Direito Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa em Fundamentos do Direito, da democracia e da Sustentabilidade (2020). Beneficiária da taxa PROSUP/CAPES (2020). Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional – IMED (2018). Participa do Projeto de Pesquisa e Extensão Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento (CINELAW/IMED), desde 2017. Participa do Projeto de Pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Pesquisa na área de Direitos Humanos, Gênero e Ensino. E-mail: amandaportob@hotmail.com. Currículo Lattes <<http://lattes.cnpq.br/1449505537469556>>.

<sup>4</sup> Mestranda no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito na Faculdade Meridional – IMED, com área de concentração em Direito, Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa em Efetividade do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade. Beneficiária taxa PROSUP/CAPES (2020). Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional – Imed. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento. E-mail: giulia.signor@yahoo.com.br. Currículo lattes <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8012466A1>>.

<sup>5</sup> Assim enquadra-se como erótico, e este como desvio, como patologia, tudo que provocaria sensualidade fora do coito normal, ou seja, tudo o que excederia o ato sexual que não obedecesse às leis da procriação e do “mistério divino do amor matrimonial [...] Exemplos de coitos “pervertidos” segundo o Dr. Hernani de Irajá [...] e as topo inversões ou inversão de lugares, práticas venéreas em cavidades e partes indevidas do corpo, por pessoa do sexo diferente. (FLORES, 2005. p. 260.)

educação, pelo preconceito estrutural e a transfobia, por não serem incluídos nos espaços institucionais.

O direito à educação, está elencado no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), composto pelo art. 6º como um direito social e, importante para todas as brasileiras e brasileiros independente da condição humana. Ainda, a CF/88 nos seus artigos 205 e 206, traz a educação como um princípio e não só como um direito e dever do Estado, mas também da família. Em 1996 foi criada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei Federal no 9.394/96 uma lei orgânica que define diretrizes para o sistema educacional brasileiro. Este direito faz parte da construção social, civil, pessoal e pública de todos e todas, no entanto há contradições no que se refere ao que a Constituição diz e a realidade das pessoas LGBTI, principalmente a população trans.

O objetivo com este trabalho é analisar os motivos que estigmatizam, barram e prejudicam o acesso e a permanência das pessoas trans nas escolas brasileiras, ou seja, motivos que privam o seu direito à educação, tendo como problema de pesquisa o seguinte questionamento: Quais são os motivos que levam à aparente evasão da população trans e à dificuldade de permanência e acesso à educação resultando na impossibilidade de usufruir de um direito garantido a todas e todos? Com isso obteve-se como hipótese, que os motivos da evasão escolar, dos obstáculos e impedimentos que a população trans encontra para o acesso e a permanência nos ambientes escolares, são manifestados pelas diversas formas de preconceito e violência que são reproduzidos nos ambientes escolares e que podem ocasionar em problemas futuros, como a relação da sua própria subjetividade e em relações pessoais e profissionais.

Partindo desse ponto nota-se que são necessários meios para o desenvolvimento e evolução da sociedade buscando a visibilidade, representatividade, respeito das populações que são marginalizadas,

violentadas, desrespeitadas e impedidas de usufruir de seus direitos, por uma reprodução misógina, machista, racista, homofóbica, transfobia onde buscam medicalizar, patologizar, excluir, padronizar ou “normatizar”, aquilo que consideram inoportuno, ou seja, corpos que não seguem padrões binários. Então se pretende dar o devido espaço, do corpo e da identidade, por meio da educação e na educação, ou seja, nos ambientes e locais que lhes pertencem também, porém sem precisar seguir normas que não representa ou se identifica.

Sendo assim, precisa-se buscar e lutar por uma educação como uma prática de liberdade<sup>6</sup> ainda que no momento possa ser de certa forma “utópica”, porém é preciso uma educação de inclusão, respeito e espaço para todas as pessoas e suas diversidades um espaço de educação, de diálogo. Mesmo que de inúmeras formas a educação no Brasil nem sequer chega a atender todas e todos, seja por uma reprodução negativa social e moral, seja pela exclusão das diversidades, seja por questões socioeconômicas, pela falta de recurso público para melhores condições de ambientes escolares tanto dos funcionários em geral quanto das/os alunos e alunas ou também pela má gestão governamental, mas de alguma forma é preciso entrar nessa jornada para que um dia, todas e todos consigam valer-se desse direito que é de extrema importância.

### **1. Os corpos, o gênero, o sexo e as sexualidades: as histórias LGBTI+, a letra “t” é mais que uma letra.**

Primeiramente é necessário destacar alguns aspectos importantes sobre o estudo de gênero que perpassa os séculos e vem se alastrando na reprodução de padrões que violam pessoas nas suas inúmeras diversidades. Assim como, destacar importantes pesquisadores, cientistas

---

<sup>6</sup> Em verdade, não seria possível à educação problematizadora, que rompe com os esquemas verticais característicos da educação bancária, realizar-se como prática da liberdade, sem superar a contradição entre o educador e os educandos. Como também não lhe seria possível fazê-lo fora do diálogo. (FREIRE, 2005, p.78)

e escritores que realizaram e ainda realizam estudos na área de gênero e LGBTI+, para que o embasamento teórico ainda que breve seja além da pesquisa acadêmica, reproduzir a veracidade e a realidade das questões e situações que violam o direito à educação das pessoas trans e também como um manifesto e uma forma de protestar diante das violências estruturais que afastam, excluem e apagam corpos da sociedade.

Portanto, dar visibilidade aos corpos trans, aos corpos não binários<sup>7</sup>, às transexualidades e aos corpos travestilizados, ou seja, que não são normativos e que fogem de qualquer regra imposta dentro da sociedade cultural heterogênea é desmitificar as falsas ideias que foram reproduzidas negativamente acerca de corpos e que fazem parte da sociedade, com suas diferenças, suas condições, quebrando os vínculos antigos e culturais estabelecidos com normas heterossexuais, heterocentradas e heteronormativadas.

Para explicar melhor, Jesus (2012, p.14) esclarece que a transexualidade é uma questão de identidade, e não se enquadra em qualquer patologia ou doença debilitante ou contagiosa, muito menos trata-se de perversão sexual, nem escolha, nem um capricho. E mais, a autora informa também que a palavra cisgênero ou “cis” trata-se daqueles que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído ao nascer e como acaba-se de dizer, nem todas as pessoas são assim, pois há diversidade da identificação das pessoas com o gênero e “com o que se considera próprio desse gênero.” (JESUS, 2012, p. 10)

[...]Assim, concluirá que os enunciados de gênero, desde aqueles pronunciados no momento do nascimento, como "é um menino" ou "é uma menina", até os insultos, como "bicha" ou "sapatão", não são enunciados constatáveis, não descrevem nada. São mais enunciados performativos (ou

---

<sup>7</sup> Que segundo Jesus (2012, p. 10) o não binário é aquela pessoa não - cis-gênera, pois não se identifica com o gênero que lhe foi determinado com relação as questões binárias sobre feminino e masculino, homem e mulher.

realizativos), isto é, invocações ou citações ritualizadas da lei heterossexual. [...] (PRECIADO, 2014, p. 92)

A criança que nasce dentro de uma distinção binária de gênero é vinculada à ideia de sexo biológico. Entende-se, nesse sentido, que ao nascer com o sexo biológico masculino, por exemplo, a pessoa automaticamente seria um homem (gênero enquanto conceito social), com atribuições sociais, culturais e comportamentais próprias do gênero social e sexo de nascimento. Como Jesus (2012, p. 7) afirma, “crescemos sendo ensinados que ‘homens são assim e mulheres são assado’, porque ‘é da sua natureza’, e costumamos realmente observar isso na sociedade”. Ainda a autora esclarece que é notável a grande diferença que é construída socialmente entre homens e mulheres desde o nascimento ou até antes dentro da barriga, por exemplo, os chás de bebês com a revelação do sexo da criança, quando os seres são ensinados agir de acordo e a ter um papel específico na sociedade resumido apenas ao sexo.

[...]A sexualidade, assim, tem sido focada como um meio de diferenciar homens de mulheres e organizá-los numa hierarquia de gênero, e também como algo central para a significação da existência individual da definição do eu, da identidade masculina e feminina. (FLORES, 2005, p. 264)

Contudo, discutir gênero não é definir que rosa é a cor das meninas e azul é a cor dos meninos, tampouco não é apenas questão de ser feminino ou masculino, ainda que a sociedade tenha imposto o que é feminino e masculino e o que é homem e o que é mulher. Gênero não se trata de sexo

ou orientação sexual<sup>8</sup>, pois a identidade de gênero<sup>9</sup> é uma forma como a pessoa se identifica dentro de padrões sociais que ela se vê, ou seja, não necessariamente se identificará com o sexo que nasceu. Para Jesus (2012) a definição de gênero é baseada na teoria social, construído pelas diferentes culturas, o sexo é biológico, mas o gênero vai além do sexo. Afirma que em outros países as formas de construção social de gênero diferem quando se trata de masculinidades e feminilidades e que não é definido pelo sexo biológico, assim o gênero se trata do social. “[...]O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a autopercepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente.” (2012, p. 8) Nas palavras de Salih:

Butler se afasta da suposição comum de que sexo, gênero e sexualidade existem numa relação necessariamente mútua, de modo que se, por exemplo, alguém é biologicamente fêmea, espera-se que exiba traços “femininos” e (num mundo heteronormativo, isto é, num mundo no qual a heterossexualidade é considerada a norma) tenha desejo por homens. Em vez disso, Butler declara que o gênero é “não natural”; assim, não há uma relação necessária entre o corpo de alguém e o seu gênero. (SALIH, 2017. p.51)

Jesus (2012) clarifica, pois tal qual as demais pessoas, uma pessoa trans pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivo-sexualmente: mulheres transexuais que se atraem por homens são

---

<sup>8</sup> ORIENTAÇÃO SEXUAL: Uma referência à capacidade de cada pessoa ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. (Princípios de Yogyakarta). ANTRA. **Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. Disponível em: <https://www.antrabrasil.org>. Acesso em 31de jul. de 2020.

<sup>9</sup> IDENTIDADE DE GÊNERO: Profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (Princípios de Yogyakarta). ANTRA. **Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. Disponível em: <https://www.antrabrasil.org>. Acesso em 31de jul. de 2020.

heterossexuais, tal como seus parceiros; homens transexuais que se atraem por mulheres também o são, assim como mulheres trans que se atraem por outras mulheres, são homoafetivas e homens trans que se atraem por outros homens e sem se esquecer das pessoas bissexuais. “[...]Nem todas as pessoas trans são gays ou lésbicas, apesar de serem identificados como membros do mesmo grupo político, o de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT.” (2012. p.12)

Os ambientes são estruturados e reproduzidos sexualmente, patriarcalmente e racialmente. A partir desse padrão estabelecido, todo aquele que se distancia desse ordenamento é marginalizado e excluído, são seres sentenciados ao mero julgamento da injustiça humana e a superioridade de um “gênero” e “sexo” para se sobrepor a outros. As pessoas em questões de direitos devem ser tratadas igualmente, ou seja, usufruir de todos eles da mesma forma, mas devem ser todos e todas tratadas com respeito a sua identidade e diversidade, cada um com sua própria essência, sua fé, sua sexualidade, sua condição, sua cor, seu gênero. Segundo Jesus (2012) somos seres únicos, que podemos ter características que se parecem com outras pessoas ou se identificam: “Elas nos identificam com alguns e nos tornam diferentes de outros, como a região em que nascemos e crescemos, nossa raça, classe social, se temos ou não uma religião, idade, nossas habilidades físicas, entre outras que marcam a diversidade humana.” (Jesus, 2012, p.7)

Essa estruturação normativa em termos da sexualidade surge conforme explica Foucault (1988), em meados do século XVI. Com o avanço do capitalismo e da sociedade burguesa, o sexo tornou-se um objeto de domínio, um meio pelo qual se exercia o poder. O controle da sexualidade por meio das famílias (heteronormativas), da escola, da política, da religião, faz com que o sexo se torne encarcerado, um segredo, algo que não pode ser falado e restrito ao casal heteronormativo. Essa

configuração legitimava o casal como único titular da sexualidade, como aqueles que poderiam procriar e tornam-se o “modelo”, o “normativo”.

O sexo e o comportamento sexual passaram, então, para a centralidade das políticas de controle de raças, com papéis definidos para homens e para mulheres, com várias pressões sobre o uso e a identidade do sexo, sobre a procriação e sobre a higiene das famílias. [...] (FLORES, 2005, p. 265)

Nessa linha, Flores (2005) conta que os sexualmente “degenerados”, homossexuais, “invertidos”, travestis, prostitutas entre outros, eram vistos como criminosos ou loucos, entrelaçando as falas e na mesma linha, para Santos (2011, p.119) “[...] Medicalizar o inoportuno passou a ser uma das preocupações do século XIX.” Diagnosticados e diagnosticadas, excluídas e excluídos, marginalizados e marginalizadas, qualquer conduta não normativa. “Qualquer prática sexual fora do ‘coito natural’ era enquadrada no quesito ‘taras’” [...] (FLORES, 2005, p. 253). Assim era muito mais fácil controlar a partir da medicalização e do discurso preconceituoso, isso perpetua na sociedade até hoje.

Na obra de Sedgwick (2007), de forma simbólica, o armário sintetiza o quanto a comunidade LGBTI+ é reprimida nas suas identidades e nas suas perspectivas que acabam sendo ofuscadas por não poder assumir a própria identidade, ocultando seus desejos e usufruindo de seus direitos. O que acontece com a política do armário contada por Eve Sedgwick (2007), é que esse armário possibilitou a saída de um, mas ele continua marginalizando, e empurrando “de volta para o armário” os outros, pois este um que sai, só pode sair se de certa forma não infringir qualquer conduta moral. Essa conduta moral é ainda estipulada pelo padrão, por exemplo, o homem gay, mas não “afeminado”, digamos que ele se torna “aceitável”.

Esses dispositivos de controle de conduta das pessoas são criados por elas mesmas a partir de uma ideia heteronormativa, como modelo para exercer um poder sobre outros corpos. Nessa perspectiva o armário pode ser considerado um mecanismo de controle, ou seja, se não pode se adequar as maneiras estipuladas inseridas no contexto social como o “corretas”, então, que viva dentro do armário, escondida, excluída e apagada. Nessas conservações não há espaço para outras sexualidades, contudo se você for branco e suas condutas forem “masculinas”, aí haverá uma possibilidade de espaço. Conforme Sedgwick (2007) nessa saída histórica do armário do homem gay, branco e “masculino”, ele passa a se tornar privilegiado em decorrência destes traços em comparação aos outros membros da sigla LGBTI+. Por isso essa forma de repressão estrutural com identidades e as sexualidades se reproduz e automaticamente passa para aqueles que ainda não podem “sair do armário”.

Esse grupo, a partir disso, é estruturalmente excluído e marginalizado, afastado dos seus direitos e passa a viver clandestinamente. Constata-se uma dificuldade de inclusão, de acesso nos espaços públicos e de fruição de direitos como pleno emprego, educação, saúde e entre outros. Mas não só isso, a permanência nesses ambientes, como escola, trabalho (trabalho que desejar), espaços de lazer, de construção da sua identidade, desejos e trajetórias de vida também é afetada. Isso porque, a intolerância não permite que esse grupo de pessoas usufrua de todos os espaços públicos, existem espaços “proibidos” ou “controlados”. Dessa forma, a pessoa só poderá usufruir de tais espaços com liberdade se estiver dentro dos padrões sociais pré-estabelecidos.

Então veja-se que, a pessoa trans sente-se fora dos espaços e meios, não incluída nos espaços públicos e sociais que são moldados por uma cultura que afasta essas pessoas, são meios criados na ideologia da

heteronormatividade e que excluem, desprezam e dificultam a possibilidade de corpos não normativos e não binários de estarem ali. Ninguém deseja ser moldado na heteronormatividade, mas desejam ser respeitados por aquilo que são ou desejam ser, pelo seu gênero, sexo e condição, não necessitando de moldes para serem “inseridos” dentro destes espaços para poder viver sem medo da violência e pelo simples fato de poderem se expressar, com suas diferenças podendo também, ter a possibilidade de usufruir dos direitos garantidos constitucionalmente a todos e todas.

Nesse sentido, um marco importante como direito de inclusão, de pertencimento e de identidade das pessoas trans foi o Decreto nº 8727 de 2016. O decreto dispõe sobre o nome social com o uso e reconhecimento da identidade de gênero das pessoas transsexuais<sup>10</sup> e travestis<sup>11</sup>, em qualquer espaço da administração pública federal, autárquica e funcional. Esse decreto é tão importante para a comunidade LGBTI+, principalmente para as pessoas trans, é uma maneira de incluir as identidades de gênero dentro da sociedade com um apoio jurídico e do Estado que deveria estar mais engajado na promoção de outros aspectos e principalmente da proteção. Mas nesse aspecto já se tornou um grande avanço na conquista do direito de reconhecimento da sua identidade de gênero independentemente do sexo que nasceu, dando início a liberdade de poderem ser quem elas são ou como elas se identificam e principalmente por serem reconhecidas por esse nome.

---

<sup>10</sup> TRANSEXUAIS: Pessoas que apresentam uma Identidade de Gênero diferente da que foi designada no nascimento. ANTRA. **Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. Disponível em: <https://www.antrabrasil.org>. Acesso em 31de jul. de 2020.

<sup>11</sup> TRAVESTIS: Pessoas que vivem uma construção de gênero feminino, oposta à designação de sexo atribuída no nascimento, seguida de uma construção física, de caráter permanente, que se identifica na vida social, familiar, cultural e interpessoal, através dessa identidade. ANTRA. **Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. Disponível em: <https://www.antrabrasil.org>. Acesso em 31de jul. de 2020.

II - Identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento. (BRASIL, 2016)

Ainda, o mesmo decreto discorre sobre a vedação de qualquer uso de expressões ou palavras que sejam pejorativas e discriminatórias para referir-se à pessoa travesti ou transsexual. Dessa forma nota-se a preocupação em proteger as pessoas contra a discriminação e o preconceito estrutural, o que na prática infelizmente ainda tem sido uma batalha. A partir de então temos pessoas trans que dentro das instituições educacionais devem ser respeitadas e chamadas pelo seu nome social. Dito isso, a liberdade de se expressar com sua identidade de gênero de ser quem sempre desejou ser, é uma vitória. No entanto, ainda há muito preconceito e homofobia a ser barrado e direitos a serem conquistados. Segundo Jesus:

Em nosso país, o espaço reservado a homens e mulheres transexuais, e a travestis, é o da exclusão extrema, sem acesso a direitos civis básicos, sequer ao reconhecimento de sua identidade. São cidadãs e cidadãos que ainda têm de lutar muito para terem garantidos os seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida, ameaçado cotidianamente. (JESUS, 2012, p. 11)

Enquanto a sociedade não crescer e se desenvolver nos mínimos requisitos, ainda haverá muita batalha pela frente por igualdade em direitos e respeito às diversidades. Pois na prática e no cotidiano a vida das pessoas é negligenciada a todo momento, e ainda é pior a quem não tem privilégios, seja pela cor, pelo sexo ou pelo gênero. A realidade é diferente do que a Constituição ou as leis dizem, por isso, a luta pela inclusão, direitos e proteção não deve cessar e devem ir além dos debates acadêmicos, do jurídicos, das políticas públicas e sim alcançar todos e todas, assim como todos os ambientes e lugares, para que os diversos

corpos possam estar presentes em todos estes ambientes sem medo de sofrer qualquer violência e usufruir de seus direitos com dignidade.

Neste primeiro capítulo, tornou-se imprescindível ainda que de forma breve, a abordagem da história da sexualidade, bem como, das questões de gênero e direito LGBTI+, principalmente no que tange à identidade de gênero, com o intuito de desmistificar as falhas e imprecisões de quem usa a identidade de gênero de pessoas trans para confundir e politizar a sociedade de maneira ainda mais misógina e preconceituosa. Não há aqui, uma tentativa de doutrinar, pregar ou instituir o estudo, mas sim de tentar descaracterizar e desestruturar uma falsa ideologia criada em cima das pessoas LGBTI+, e, principalmente, das pessoas trans de forma que as desmoralizam e as excluem da sociedade interferindo nos seus direitos, dentre eles o que será tratado no próximo capítulo como o da educação.

## **2. Um Brasil sem educação para todes**

Um dos principais motivos de propor essa discussão sobre a educação de gênero<sup>12</sup> e sexualidade dentro das instituições educacionais é, não só para desconstruir desde cedo uma cultura que por anos foi imposta e reproduziu a violência que a comunidade LGBTI+ vive, mas também para quebrar o sistema heteropatriarcal seguido por um sistema binário e com uma distinção de tarefas e normas definidas pelo sexo. Além disso, essa discussão é importante para construir uma nova cultura de mútuo respeito entre as pessoas independente das suas diversidades, de

---

<sup>12</sup> Importante ressaltar que, orientação sexual não é a mesma coisa que educação sexual ou de gênero. Enquanto que orientação sexual é a forma como as pessoas se relacionam com outras, a educação sexual é uma forma de levar conhecimento e informação para crianças em fase escolar sobre, os corpos, gênero e sexo, de forma que desconstrua paradigmas criados que oprimem e violentam outras pessoas, bem como, desconstruir forma de incentivar o autoconhecimento prevenindo que meninas e mulheres passem por situações de vulnerabilidade como abusos, ou que, compreendam o que está acontecendo e denunciem.

efetividade dos seus direitos, principalmente em relação aos grupos mais afetados que não seguem os padrões.

O debate de gênero e sexualidade nas escolas acaba sendo rejeitado por várias situações, uma delas é a política e as manobras políticas de *fake News* em cima do tema que afastam a sociedade do assunto. Outro fator de rejeição se deve às barreiras impostas pelo sistema social quando se trata dessa temática. Benevides e Nogueira (2019, p. 9) trazem uma observação importante sobre a relação política com o aumento de casos de violência contra a população trans em tempos de eleições. Verifica-se a expansão de uma política anti-direitos, externalizada por políticos retrógrados que compactuam e incentivam a violência e o pensamento intolerante. Dessa forma as autoras trazem como exemplo o fascismo atual e os casos de violência durante a campanha eleitoral no Brasil do último ano.

Portanto, de fato, o debate deve ocorrer, dentro das escolas, na família, nos grupos e entre outros, todavia, ele não ocorre, o que por consequência, torna essa discussão nas escolas tão polêmica. A consequência derivada disso é a falta de informação que se alastra por todos os lugares em forma de machismo, preconceito, LGBTIfobia, violência contra todas e todos aqueles que não são “padrão”, ou seja, aquilo que não se resume à binariedade e às relações heterossexuais, ao homem, hetero e branco, à diminuição e à objetificação das mulheres, qualquer etnia ou cor, a condição, identidade e sexualidade.

Foucault (1988), traz a história da sexualidade e mostra o quanto essa sexualidade foi construída na calada e controlada, porém, esse controle ainda segue nos dias atuais e um desses meios de controle são as próprias instituições de ensino que de uma forma estruturada acabam não sendo acolhedoras com as diversidades. Nesse sentido, o debate de gênero e sexualidade seria imprescindível para quebrar com as regras estruturadas

heteronormativas que excluem a população trans e para que isso possa acontecer há uma necessidade maior de fazê-lo pelos educadores. Entretanto, a falta de informação e de uma formação para orientadores e professores, acaba fazendo com que o debate sobre educação de gênero não ocorra nas escolas, concretizando mais uma vez uma sociedade que não debate, individualista, heteropatriarcal, machista, racista, homofóbica, transfóbica e violenta.

Com todo esse histórico estrutural, quando uma criança, mulher trans ou homem trans está na escola, acaba por sofrer inúmeras violências, transfobia, humilhações e principalmente a falta de respeito com o nome social e com a sua condição, tornando inacessível e barrando o direito à educação destas pessoas. Como trazem Benevides e Nogueira (2020) “[...] temos ainda a questão da transfobia na educação pelo desrespeito ao uso do nome social e o uso do banheiro” (p.117). A importância de começar tais debates nas escolas como formação de vida e com isso melhorando o desempenho social e de respeito entre as crianças, o que refletirá no futuro de pessoas com pessoas. Nesse sentido, disserta Bento:

O que acontece nas salas de aula e nos pátios das escolas? Por que o DSM-IV aponta o ingresso na escola como a fase mais crítica? A escola, que se apresenta como uma instituição incapaz de lidar com a diferença e a pluralidade, funciona como uma das principais instituições guardiãs das normas de gênero e produtora da heterossexualidade. Para os casos em que as crianças são levadas a deixar a escola por não suportarem o ambiente hostil, é limitador falarmos em “evasão”. (BENTO, 2011, p. 555)

As estruturas institucionais que vivemos são estruturas controladas pela heteronormatividade assim como a binariedade, a evasão escolar já não é mais o único problema que a comunidade trans vive hoje. A evasão

escolar é a ponta do iceberg, onde se inicia a exclusão e afastamento das mulheres trans com o espaço escolar. Nesse sentido aqueles que fazem parte dessas estruturas hetero-cis-normativa e que compactuam com a exclusão de corpos não-binários acabam disseminando mais o ódio e a transfobia. Diante dessa violência estrutural, a sociedade coloca as vidas trans a margem, sem segurança ou qualquer proteção do estado, algumas tendo de se reerguer aos poucos em locais e empregos que não gostariam, sem acesso à educação, à saúde e exclusão social. Segundo Benevides e Nogueira (2019, p.4), uma grande parte da população Trans brasileira vive em condições inseguras, instáveis e precárias, da exclusão social, sem acesso à educação, qualificação profissional, oportunidade de inclusão no mercado de trabalho formal e saúde.

Nesse sentido, é necessário falar sobre alguns direitos que a população trans vem conseguindo através de muita luta. O Decreto nº 8.727 de 2016, conforme já citado que é de grande importância para a comunidade LGBTI+ principalmente trans e travesti. Em parte, alguns tribunais estaduais já integram as mulheres trans na proteção da Lei Maria da Penha 11.340/06.<sup>13</sup> No dia 18 de março de 2021 acolhendo o pedido da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), o ministro Roberto Barroso determinou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) - 527<sup>14</sup>, que presas transexuais e travestis possam optar por cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou masculino. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275<sup>15</sup>, foi concedida as pessoas transgêneros independentemente da cirurgia de

---

<sup>13</sup> Para saber mais, <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-determina-aplicacao-lei-maria.pdf> < acesso em: 15 de junho de 2021 >

<sup>14</sup> Para saber mais, <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf> < acesso em 15 de junho de 2021 >

<sup>15</sup> Para saber mais, <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf> < acesso em 15 de junho de 2021 >

transgenitalização ou de tratamentos hormonais o direito de substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Por fim, em de 2019 o STF deferiu a criminalização da LGBTfobia pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) e do Mandado de Injunção (MI 4733).

Ainda com relação a estes direitos alcançados, Benevides e Nogueira (2019) trazem dados referente aos estados que determinaram a aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres Trans e Travestis. As autoras destacam que em 2018 “apenas 06 estados aplicam a Lei Maria da Penha para Travestis e Transexuais no país, sendo estes: Acre, Pará, Piauí, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, mas ainda de forma muito insipiente.” (2019, p. 10) Portando, nota-se que ainda que sejam dados esses passos, eles não se bastam, pois é necessária que a aplicação seja uniforme e se aplique para todas as mulheres.

Incansavelmente as organizações LGBTI+ seguem em busca de seus direitos. Estas conquistas, muitas vezes tem tido dificuldades de entrar no cotidiano da sociedade, nem todos tem conhecimento, o que pode tornar mais dificultoso o processo de inclusão das pessoas trans, seja por falta de interesse do Estado e mídia em buscarem e levarem o tema para debate. As organizações como a ANTRA e a ABGLT, entre outras tem feito levantamento de dados e pesquisas. Por isso, mesmo que já seja uma vitória ainda tem muito caminho para ser percorrido e de fato a sociedade necessita de maiores e melhores informações a respeito da comunidade. É necessário que todas as vidas, incluso as vidas LGBTI+, sejam vistas, com acessibilidade plena à educação, ao mercado de trabalho, para uma vida segura e sem violência. A desinformação abre por portas para a desigualdade, e neste caso, compactua com o imenso número de transfeminicídio.

Como explica a socióloga Berenice Bento, o transfeminicídio é classificado como o assassinato sistemático de travestis e mulheres transexuais, sendo caracterizado como uma política disseminada, intencional e sistemática de eliminação da população trans, motivada pelo ódio, abjeção e nojo.” (BENEVIDES E NOGUEIRA, 2020, p. 7)

A abjeção, o ódio pelo corpo de outrem devem ser trabalhados por meio de tipos penais incriminadores, mas igualmente pela informação e educação, no sentido de se construir uma sociedade melhor na qual todas as pessoas, independentemente da sua identidade de gênero e sexualidade, possam viver livremente sem medo de perseguição, violência e morte. Diante disso, quando se fala em educação percebe-se que existe uma barreira e dificuldade de acesso e permanência a um direito que se mostra inviolável, porém, na prática ele não é para todas e todos. A clareza disso se dá pelo desrespeito e violência com pessoas trans dentro das instituições de ensino, são excluídas para “dentro do armário” ou normatizadas, medicalizadas para agirem de acordo com aquilo que é padronizado, ou aceito.

O direito fundamental à educação assim como os direitos e garantias fundamentais, que estão inclusos no Art. 5º da Constituição Federal de 1988 que assegura que todos são iguais perante a lei e sem distinção de qualquer natureza, e o art. 6º da Constituição sustenta que “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”(BRASIL, 1988). Contribuem para uma sociedade mais digna e igual em direitos, porém a realidade não é essa, tais direitos não são expandidos na prática para pessoas que não seguem normas binárias.

Diante destes fatos nota-se uma grande demanda recorrendo a trabalhos por vezes não desejados ou satisfatórios e onde não tem escolha

nem opção para emprego em alguma área específica onde possa atuar por livre e espontânea vontade, muitas vezes expostas e expostos a situações em que não gostariam de estar, ou seja, mais violência. Então as experiências negativas geram um afastamento do ensino e aprendizagem, circunstâncias que violam a integridade psicológica e física, tal como a rejeição no ambiente escolar de não poder, como todos, ser quem é e ser obrigada ou obrigado, a seguir um tipo de “modo de ser”, agir, vestir que não condiz com quem realmente é e se vê.

Benevides e Nogueira (2020) apresentam que as barreiras nas escolas em relação à transfobia é apenas uma porcentagem da dimensão total do que ocorre com a população trans. “[...] ainda temos muito a conquistar dentro deste espaço que conserva estereótipos e mitos que contribui para a violência e discriminação da nossa população.” Benevides e Nogueira (2020, p. 117). A socióloga e professora Berenice Bento (2011) traz relatos da transfobia e da homofobia, da dor e do sofrimento de pessoas e crianças que já compreendem seu sexo e/ou gênero e se deparam com situações indesejáveis dentro das escolas, tal como o medo, solidão, e as ofensas de não poder ser quem é e ter que usar uma “máscara” daquilo que não é para poder viver, sem ser violentada ou violentado e passar por esse momento como deseja.

Eu acreditava que poderia viver normalmente como uma senhora, sem problemas, que isto que tenho no meio das pernas não faria diferença. Eu não pensei que esse sexo anatômico fosse provocar transtornos para mim. Mas, eu pensava uma coisa e a vida me mostrou outra. Quando eu fui para a escola, aos dez anos, comecei a me dar conta da diferença e a notar que aquilo que não fazia diferença para mim, fazia a diferença. É aí que começaram os problemas. (Joana) (BENTO, 2011. p. 555)

Segundo os dados da FLACSO, o Brasil tem “82% da evasão escolar de travestis e transgêneros”, essa informação foi dada pelo defensor público João Paulo Carvalho Dias, também presidente da Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil e membro conselheiro do Conselho Municipal de LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) em Cuiabá. Em relato, “João Paulo conta que a evasão ocorre pela não aceitação e pela falta de política inclusiva que faz com que este público evada para a prostituição, trabalho clandestino e desemprego.”<sup>16</sup>. Importante destacar ainda que:

As pesquisas realizadas nas paradas do Orgulho Gay apontaram que, de um total de 629 entrevistados/as, 26,8% relataram que foram marginalizados/as por professores/as ou colegas na escola ou faculdade. Esse percentual aumenta conforme diminui a faixa etária. Segundo o relatório da pesquisa, “nada menos que 40,4% dos adolescentes entre 15 e 18 anos foram vítimas dessa experiência [margilização/discriminação]. Entre jovens de 19 e 21 anos, 31,3% referiram-se a discriminações na escola ou na faculdade”. (BENTO, 2011. p. 556)

Ainda que a notícia tenha já se passado no tempo, essa realidade ainda se perpetua, como pode ser avaliado por meio dos relatos de violência e assassinatos contra pessoa trans no ano de 2019 na pesquisa realizada pela ANTRA e pelo IBTE, tornando-se nítido que ainda não há proteção dentro de qualquer instituição, e muitas vezes nem em suas próprias casas<sup>17</sup>. Segundo Benevides e Nogueira (2019) o Brasil tem

---

<sup>16</sup> Para ver mais, acesso em: FLACSO. **Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais**. Disponível em: [http://flacso.org.br/?page\\_id=271](http://flacso.org.br/?page_id=271) Acesso em: 31 de jul. 2020.

<sup>17</sup> Em 2017, a ANTRA iniciou um trabalho de mapeamento destes assassinatos e o transformou em um relatório contendo as informações sobre o perfil das vítimas como o gênero, raça e a classe social em que se encontravam a maior parte das pessoas que foram assassinadas. Revelando ainda um estado omissivo, criminosos soltos ou não identificados, o que leva o país estar no topo da lista dos assassinatos de Travestis e Transexuais. Em 2018, fechou-se uma parceria com o Instituto Trans de Educação (IBTE), que já fazia este trabalho há pelo menos quatro anos, a fim de agregar ainda mais a visibilidade dos dados e fortalecer este importante trabalho. BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **DOSSIÊ: Assassinatos e Violência contra Travestis e Transexuais no Brasil em**

liderado o ranking como o país que mais mata travestis, mulheres transexuais, homens trans e demais pessoas trans de todo o mundo, conforme o relatório da ONG International Transgender Europe, em 72 países que foram mapeados:

A ANTRA e o IBTE são as instituições responsáveis pelo levantamento destes dados no Brasil. **Com 47% das mortes notificadas, o Brasil lidera o Ranking mundial de assassinatos de Travestis e Transexuais.** De acordo com o *Transgender Europe*, que monitora os assassinatos de Travestis e Transexuais pelo mundo, **entre 01/10/2017 e 30/09/2018, foram assassinadas 167 pessoas Trans no Brasil**, seguidos de 71 mortes no México, 28 no EUA e 21 na Colômbia no mesmo período. O Brasil ocupou o primeiro lugar nos três primeiros relatórios, sendo que teve 171 mortes (entre 2016 e 2017) e 136 (entre 2015 e 2016). Na maioria dos países, os dados sobre pessoas trans assassinadas e com diversidade de gêneros não são sistematicamente produzidos e é impossível estimar o número real de casos. (BENEVIDES e NOGUEIRA, 2019, p. 24)

No Dossiê da ANTRA e do IBTE de 2020 realizado por Benevides e Nogueira (2021), apontam-se diversos fatores presentes na política de morte das vidas trans e que se apresentam como instrumentos e ferramentas de incentivo e manutenção da violência e citam um rol de problemas que levam a toda essa violência que devem ser enfrentados, mas que também implicam no acesso e permanência das pessoas trans nas escolas. Esses instrumentos segundo Benevides e Nogueira (2021) seriam, a ideologia de gênero que é disseminado politicamente por partidos conservadores e que disseminam *fake news*, as autoras citam também a questão da proibição das discussões sobre gênero, sexualidade e diversidade nas escolas, demandas sobre educação e prevenção da

violência trans e por fim, a ausência de projetos, ações e campanhas sobre educação e empregabilidade para a população trans. (Benevides e Nogueira, 2021)

Mais um dado importante para contribuir nessa pesquisa, é de um projeto realizado pela ANTRA que chama-se “TransAção” e se trata de um projeto de apoio emergencial para travestis e mulheres trans no Rio de Janeiro. Participaram 150 travestis e mulheres trans e segundo Benevides e Nogueira (2021) a pesquisa revelou que que “94,8% da população trans afirmam terem sofrido algum tipo de violência motivada por discriminação devido à sua identidade de gênero”. Quanto as principais necessidades as participantes alegaram que, 87,3% alegou o direito ao emprego e renda, em seguida o acesso à saúde (em termos gerais e, também, em questões específicas de transição) e posteriormente a educação, segurança, moradia e 58,6% declarou pertencer ao grupo de risco para a COVID-19.

Ainda que sejam criadas políticas públicas de inclusão e diversidade, o trabalho e a batalha a favor da vida de todas as pessoas independente de quem elas sejam, vai longe. Infelizmente a Constituição Federal e qualquer outra lei não garante a vida dessas pessoas, quase não garantem o respeito e a dignidade que lhe é devida, menos ainda a vida, a educação e a saúde. O trabalho realizado pelas instituições e organizações como a Antra, é a luta pela sua subjetividade e representatividade, que este artigo considera ser imprescindível para que os dados e as informações adequadas sejam expandidos na difusão destes fatos que são de extrema relevância para toda a sociedade. Também utilizando-se deste meio, como forma de protesto e buscando por meio deste trabalho científico, informa e inserir estas pesquisas no campo do direito, como um manifesto de que a comunidade LGBTI+ também necessita de seus direitos.

Por fim, Benevides e Nogueira (2020) ressaltam que “sem acesso à saúde no seu sentido amplo, à educação, ao emprego e à renda, à segurança, à dignidade e à cidadania, torna-se ineficaz o combate à violência.” Diante disso, nota-se que a violência e o desrespeito à identidade de gênero são fatores marcantes para a ocorrência da evasão escolar, em um país desigual em todos os sentidos e que mais mata pessoas trans. Onde a educação não é uma prioridade para a política e para os governos, a injustiça e a desigualdade social, de gênero, racial, sexual se disseminam e tornam-se cada dia mais violentas de todas as formas para aqueles que não se “encaixam” institucionalmente nas “normas”.

E assim finaliza-se apenas neste momento, pois sem esgotar-se deste assunto que ainda irá trazer maiores discussões, visões e problematizações em busca de respeito, dignidade e direitos para a população trans, enfatizando que apesar de tudo que vem se passando no mundo é necessário ainda agarrar-se à esperança e ao otimismo de que um dia atingiremos pelo menos metade do que hoje estamos buscando com tais pesquisas e informações, porém sabendo que ainda há um caminho árduo e doloroso, pois assim como dizia Paulo Freire (1996, p. 19) “Devo enfatizar que este é um livro esperançoso, um livro otimista, mas não ingenuamente construído de otimismo falso e de esperança vã.”

## **Conclusão**

A educação exerce um papel de grande importância para o exercício da cidadania, do desenvolvimento e do ensino-aprendizagem em qualquer etapa, a partir da formação integral do educando, da garantia de acesso e permanência na escola e da qualificação futura, dentre outros quesitos não só profissionais, mas também sociais e econômicos que também são importantes para o desenvolvimento dos requisitos que a vivência humana exige nos dias de hoje.

Com isso, um debate sobre Direito Humanos, gênero e sexualidade dentro das instituições educacionais seria um possível passo para conseguirmos construir um espaço e um ambiente com menos desigualdade e com o acesso à educação para todas e todos. Nesse aspecto, o combate à desigualdade, de um modo geral, exige não só debate, mas práticas efetivas por parte do Estado e da sociedade

As questões de inclusão e de diversidade não são pautadas como determinantes e importantes para a sociedade, sendo que estas questões são estigmatizadas e marginalizadas, e, quando há uma tentativa de aprofundar esses temas para o debate público e para as instituições (escolas, política, etc.) nota-se uma grande barreira sempre moldada pelo discurso da “família, costumes e moral”. Isso tudo ocorre como foi visto de geração após geração de moldes heteronormativos e obcecados pelo controle e poder sobre a sexualidade das pessoas. No Brasil as questões de gênero são muito enfatizadas politicamente, entretanto não compõe um discurso em prol da informação e desmistificação das falsas ideologias criadas sobre sexo, gênero identidades de gênero.

Nesse sentido, foi analisado que há de fato uma grande parte da população LGBTI, mas principalmente das pessoas trans e mulheres trans, em situação de evasão escolar e com dificuldade de permanecer nos ambientes escolares. Como visto, o contexto escolar revela ambiente de opressão e violência com seus corpos e desrespeito com suas identidades. com base nisso tem-se que a sociedade na sua reprodução machista, sexista, racista, homofóbica e transfóbica, tem sido um dos principais motivos.

Então cabe, aos estados e governos, mas também à sociedade que é moldada na hetero cis normatividade, começar a aprofundar-se e discutir meios de proteção, de inclusão, de respeito, de informação, de desmistificação das vidas e corpos que não são binários ou moldados nesse

modelo normativo, com essas segregações, preconceito, violência e desrespeito com a diversidades.

Entende-se também que não basta só a educação, mas sim uma conexão dos elementos que formam a sociedade, que devem estar alinhados a corromper essas barreiras que ainda se difundem na sociedade. Também nesse sentido nota-se que falar de uma educação para todes pode ser analisada como uma ideia sonhadora, idealizadora e talvez utópica, tendo em vista a tamanha desigualdade em que o Brasil se encontra, porém é preciso que partamos de um ponto nem que seja na tentativa de mudanças. Esse problema não se esgota facilmente e, ainda há muito o que pesquisar e discutir para que essas pessoas possam ser livres nos espaços que são seus por direito, como as escolas, mas também de serem visibilizadas, representadas, e principalmente, respeitadas por serem quem elas são.

## Referências

- ANTRA. *Associação Nacional de Travestis e Transexuais*. Disponível em: <https://www.antrabrasil.org>. Acesso em 31 de jul. de 2020.
- ABGLT. Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Transexuais e Intersexo. Disponível em: <https://www.abgl.org/>. Acesso em 15 de junho de 2021.
- BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 19(2): 336, maio-agosto, 2011.
- BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **DOSSIÊ: Assassinatos e Violência contra Travestis e Transexuais no Brasil em 2018**. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DO BRASIL (ANTRA), INSTITUTO BRASILEIRO TRANS DE EDUCAÇÃO (IBTE), 2019.
- BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **DOSSIÊ: Assassinatos e Violência contra Travestis e Transexuais no Brasil em 2020**. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DO BRASIL (ANTRA) INSTITUTO BRASILEIRO TRANS DE EDUCAÇÃO (IBTE), São Paulo: Expressão Popular, 2021.

BRASIL. Emendas Constitucionais. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**.

BRASIL. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **DECRETO Nº 8.272, DE 28 DE ABRIL DE 2016**.

BRASIL. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL**. Ministro Marco Aurélio, s/d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO 26) E DO MANDADO DE INJUNÇÃO (MI 4733)**. Ministro Celso de Mello, s/d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 527 DISTRITO FEDERAL**. Ministro Luís Roberto Barroso, 18 de março de 2021.

FLASCO, Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. Acesso disponível em: <[http://flacso.org.br/?page\\_id=271](http://flacso.org.br/?page_id=271)>

FLORES, Maria Bernadete Ramos. **Medicalização do sexo**. In: *Tecnologia e Estética do Racismo*. Chapecó: Argos, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 48ª reimpressão, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: Saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1**: vontade de saber. (Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque). 13 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - UNFPA. Acesso disponível em <<https://brazil.unfpa.org/pt-br>>

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre Identidade de Gênero**: Conceitos e Termos. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2ª ed. Brasília, 2012.

PRECIADO, Beatriz. **Manifesto Contrassexual** – Práticas subversivas de Identidade Sexual. Tradução de Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: n-1 edições, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RESOLUÇÃO nº 270/2018. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros. Para saber mais: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2779>. Acesso em 14 de junho de 2021.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a teoria queer**. Tradução e notas de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

SANTOS, Maria de Fátima Lima. A invenção do dispositivo da transexualidade: produção de “verdades” e experiências trans. *Revista em Pauta* (28), Rio de Janeiro, 2011, pp 117-130.

SEDGWICK, Eve Kosofsky. “**A Epistemologia do Armário**”. In: cadernos pagu. Tradução de Plínio Dentzien. Campinas, Núcleo de Estudos de Gênero Pagu, 2007.

## **Vacinação compulsória: da liberdade individual e a autodeterminação ao próprio corpo ao direito coletivo à saúde**

*Emerson Luiz de Souza Rodrigues*<sup>1</sup>  
*Lenise da Silva Zanato*<sup>2</sup>

### **Introdução:**

Fazendo, diariamente, milhares de vítimas pelo mundo, o assunto e enfrentamento a pandemia da COVID-19 toma espaço, agora, em âmbito jurídico, no Brasil. A notícia mais aguardada por todos é quando se teria disponível uma vacina para o combate do coronavírus. O questionamento tão aguardado, sem demora demasiada em se tratando do desenvolvimento de uma vacina, foi respondido; laboratórios de vários países, num trabalho, inclusive, de união, colaboração e cooperação apresentaram suas respostas ao maior anseio social do momento. Porém, com as respostas, uma nova questão surgiu e, diga-se, de suma importância a todos, passou a ser debatida: trata-se de ser compulsória ou não a vacinação de todos os indivíduos.

Meados do mês de fevereiro de 2020, momento em que o vírus começava a se fazer presente no Brasil, o atual Presidente do Brasil Jair Messias Bolsonaro, assinou a Lei nº 13.979/2020<sup>3</sup> que dispunha acerca das medidas necessárias ao enfrentamento da COVID – 19 no Brasil – uma vez

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito (IMED, 2021); Pós-graduado em Advocacia Criminal (UPF – Universidade de Passo Fundo, 2016); Graduação em Ciências Sociais e Jurídicas (UPF – Universidade de Passo Fundo, 2015).

<sup>2</sup> Advogada, mestra em direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional – Mestrado Acadêmico em Direito (PPGD/ IMED).

<sup>3</sup> Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm) Acessado em 15 de outubro de 2020

se tratar de questão de saúde pública e emergencial. Nesta seara, na citada lei, especificamente no seu artigo 3º, inciso III, alínea “d”, está a razão de acirrado debate social acerca da do tema vacinação. Vejamos o que remete o dispositivo citado:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

III - determinação de realização compulsória de:

[...]

d) vacinação e outras medidas profiláticas;

[...]

Como demonstrado acima, há na lei, de forma expressa, a possibilidade de ser adotada, pelas autoridades, assim que a vacina seja disponibilizada mundialmente e aprovada internamente, no Brasil, pela ANVISA, medidas de vacinação compulsória à população, ou seja, independentemente da manifestação de vontade do indivíduo de ser ou não vacinado, ele será submetido ao medicamento, bastando, então, unicamente, a determinação das autoridades competentes para tanto.

A tal “obrigatoriedade” da vacina ganhou força a ponto do próprio Presidente da República, em diversas de suas manifestações acerca do tema, afirmar categoricamente que a vacinação não será obrigatória – o que ascendeu as discussões e aumentou as polêmicas em torno do assunto – sobretudo após o governo do Estado de São Paulo defender a obrigatoriedade da vacinação e afirmar que imunizará toda a população de São Paulo.

Por consequência da polêmica instaurada e pela manifestação de alguns líderes partidários de que a compulsoriedade prevista na Lei 13.979/2020 é inconstitucional, o tema passou a ser discutido no âmbito

do Poder Judiciário. A inconstitucionalidade ou não do dispositivo foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) junto ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)I nº 6.586<sup>4</sup>, movida pelo Partido Democrático Trabalhista que buscava nova interpretação legal ao dispositivo da Lei 13.979/2020.

Ainda, por meio da ADI 6.587<sup>5</sup>, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) requereu inconstitucionalidade da alínea “d”, inciso III, artigo 3º da Lei 13.979/2020. Segundo entendimento do pedido feito, para o PTB, esta alínea que confere ao Estado, em todos os níveis, a competência para determinar a compulsoriedade de vacinação e adotar outras medidas profiláticas no combate à epidemia.

Já a Rede Sustentabilidade ponderou numa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – a ADPF 754<sup>6</sup>, o entendimento há violação dos direitos fundamentais à saúde e à vida quando se priva aos cidadãos acesso à vacinação em massa. Na oportunidade, o partido ainda requereu ao governo federal a assinatura do protocolo de intenções de compra de 46 milhões de doses inicialmente previstas da CoronaVac e que apresentasse, em 48 horas, planos de aquisição de vacinas conforme a viabilidade de cada uma, sem relação com a nacionalidade de origem, mas com base em critérios científicos de segurança, de perspectiva de disponibilidade e de eficácia.

Acerca do tema, ainda, cabe destacar que o artigo 196 da Constituição Federal Brasileira prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do

---

<sup>4</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)I nº 6.586. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi6586despacho.pdf> Acessado em 25 de outubro de 2020.

<sup>5</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)I nº 6.587. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2020/10/adi6587-covid-obrigatoriedade-1.pdf> Acessado em 25 de outubro de 2020.

<sup>6</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 754. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2020/10/adpf754-covid-compra-vacina.pdf> Acessado em 26 de outubro de 2020

risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” logo, muito embora pareça ser totalitário obrigar seus cidadãos a se imunizarem, o Estado, também, busca cumprir com seu papel – uma vez se tratar de uma questão de saúde pública, uma questão de caráter coletivo. Prevalendo desta forma o Direito a vida, afastando por si a dignidade da pessoa humana.

Diante da possibilidade de vacinação compulsória, se questiona até que ponto a autonomia do indivíduo pode ser sobreposta pelo “bem-estar” coletivo, tendo em vista que ao optar pela não utilização da vacina pode haver um aumento do risco coletivo para a doença e/ou suas sequelas, seja àqueles não vacinados, seja aos que mesmo vacinados não desenvolveram imunidade. Ainda, uma vez que já havia Lei estabelecida, caberia ao judiciário decidir tal matéria?

O presente trabalho é simples e visa levar à reflexão acerca do limite em que o Estado tem acerca do agir/intervir na vida das pessoas, sobretudo quando uma ação (ou a omissão) pode vir a gerar sérios danos a outrem e apontar a função judicial do Estado Democrático de Direito, diante de preceitos fundamentais, aos quais, estamos inseridos. Então, desde já, parte-se da premissa conclusiva de que esta questão limítrofe entre a autonomia individual e o “bem-estar” coletivo é muito tênue e, por esse motivo, a melhor escolha, continua sendo o bom senso, a confiança na ciência e o discernimento de que, em momentos como o vivido, a ignorância coletiva mata individualmente, indiferentemente de quem seja, todos os dias: e, nalgum momento, pode bater a nossa janela – seja ela imunológica ou residencial.

## **1. “A história se repete, a primeira vez como tragédia e a segunda como farsa:”**

De início, cabe destacar que esta forma de vacinação dirigida à população é uma realidade presente no ordenamento jurídico brasileiro há anos. O Plano Nacional de Imunizações foi implementado no Brasil no ano de 1973<sup>7</sup> que, desde então versa sobre a organização das ações de vigilância epidemiológica estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças e aponta a possibilidade da compulsoriedade de vacinação, caso necessário. Vejamos o que remete a Lei 6.259/1975<sup>8</sup>, em seu artigo 3º:

Art. 3º Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório.

Parágrafo único. As vacinações obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas, bem como pelas entidades privadas, subvencionadas pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais, em todo o território nacional.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do julgamento das ADI's promovidas pelo PTB e PDT, conforme já mencionado, em seu voto, lembrou antes da edição da Lei de Vigilância Epidemiológica o sombrio episódio conhecido como a “Revolta da Vacina”. Mencionou que, naquela época, a obrigatoriedade da vacinação foi efetivada através de diversas medidas coativas por parte do Poder Público, algumas delas com caráter extremamente incisivo, as quais causaram um enorme descontentamento popular:

---

<sup>7</sup> Programa Nacional de Imunizações: 30 anos. Disponível em: [https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro\\_30\\_anos\\_pni.pdf](https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_30_anos_pni.pdf). Acesso em: Dez. 2020.

<sup>8</sup> Lei Nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. Lei de Vigilância Epidemiológica. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6259-30-outubro-1975-357094-norma-pl.html>. Acessado em Dez. de 2020.

Fazendo um breve esboço histórico, recordo que, no início do século passado, o médico Oswaldo Cruz, então Diretor do Serviço de Saúde Pública, após combater com sucesso a febre amarela e a peste bubônica que grassavam no Rio de Janeiro, à época Capital da República, voltou-se ao enfrentamento da varíola, implementando uma série de ações para tornar efetiva a obrigatoriedade da vacina descoberta por Edward Jenner em 1798, algumas delas de cunho draconiano, como o recolhimento dos refratários a um prédio destinado a seu isolamento (LEVANDOWSKI, 2020)<sup>9</sup>. A implementação dessas providências, tidas como profiláticas, foi tachada de “despotismo sanitário” pelos críticos da vacina e por aqueles que faziam oposição ao Governo, os quais passaram a desencadear verdadeiro “terrorismo ideológico”, espalhando que o imunizante causava “inúmeros perigos para a saúde, tais como convulsões, diarreias, gangrenas, otites, difteria, sífilis, epilepsia, meningite, tuberculose”, segundo anota o historiador José Murilo de Carvalho (LEWANDOWSKI, 2020)<sup>11</sup>.

Relembra, o Ministro, que muito embora diversas justificativas, na época, tentassem explicar e motivar a Revolta da Vacina, a motivação claramente se pautava numa aversão popular difundida à não

---

<sup>9</sup> Íntegra do voto do ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf>>. Acesso em: Dez 2020.

<sup>10</sup> Neste sentido, o Decreto 5.156, de 8 de março de 1904, dispunha, em seu art. 99, *litteris*: “Nas visitas que a autoridade sanitária fizer aos hotéis, casas de pensão, decomodos, hospedarias, albergues, avenidas, estalagens e outras habitações do mesmo gênero, aos hospitais casa de saúde, maternidades, enfermarias particulares, asyls, pensoes, collegios, escolas, theatros, casas de divertimentos, fabricas, officinas, etc., ser-lhe-ha facultada a entrada imediata, sempre que o exigir o interesse da saude publica”. Já o art. 128 do mesmo diploma legal estipulava *verbis*: “Nos casos de opposicao as visitas a que se referem os regulamentos da Directoria Geral de Saude Publica, o inspector sanitario intimara o proprietario ou seu procurador, arrendatario, locatario, morador ou administracao, a facilitar a visita no prazo de 24 horas, recorrendo, quando a intimacao nao for cumprida, a respectiva autoridade policial, afim de ser realizada a visita, e impondo, ao mesmo tempo, a multa de 2000, por desobediencia a ordem legal”. As medidas relativas a variola eram ainda mais duras: “Art. 208. O inspector sanitario munir-se-ha de vaccina anti-variolica e convidara todas as pessoas residentes no foco a submeterem-se a vaccinacao e a revaccinacao. Art. 209. As pessoas que nao quiserem aceitar as medidas prophylaticas constantes do artigo antecedente serao recolhidas, em observacao, a um edificio apropriado, durante doze dias, correndo as despesas do estadia por conta das pessoas isoladas, pelas quaes ficara responsavel o chefe da familia ou quem suas vezes fizer, depositando este a somma correspondente a estadia das pessoas na casa de observacao”. Devido ao recrudescimento dos casos de variola ao longo do ano de 1904, foi aprovada a Lei 1.261, de 31 de outubro de 1904, logo depois revogada em decorrência da Revolta da Vacina (PAULA, Rodrigo Francisco de. *Estado de emergencia na saude publica*. Sao Paulo: Editora Forum, 2017, p. 135.

<sup>11</sup> CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a Republica que nao foi. Sao Paulo: Cia. das Letras, 1987, p. 98.

obrigatoriedade da imunização, ao modo que, levada a efeito, especialmente mediante a invasão das casas e o internamento dos recalcitrantes, o que fez, também, que o Supremo debatesse o tema:

Lembro que, já naquele tempo, tal como ocorre agora, o Supremo Tribunal Federal foi instado a entrar no debate, ao conceder ordem de *habeas corpus* preventivo em favor de Manoel Fortunato de Araújo Costa para afastar ameaça de constrangimento ilegal representada pela intimação de inspetor sanitário para ingressar em sua residência e proceder a uma desinfecção. A Corte considerou inconstitucional a disposição regulamentar que facultava “às autoridades sanitárias penetrar, até com o auxílio da força pública, em casa de particular para levar a efeito operações de expurgo” (RHC 2.244/DF, Redator para Acórdão Ministro Manoel Murinho, DJ 31.1.1905). O citado Murilo de Carvalho, após constatar que a rejeição à obrigatoriedade da vacina e o repúdio às ações repressivas provocaram uma redução drástica no número de pessoas vacinadas, nos meses subsequentes à adoção das medidas governamentais, debita o fenômeno ao caráter moralista empregado na campanha antivacina, cujo mote central foi a ideia segundo a qual a invasão das casas por fiscais sanitários representava uma ofensa aos respectivos chefes de família.

Ainda, o Ministro, antes do encerrar o primeiro ponto de sua explanação, o Ministro cita José Murilo de Carvalho e, tal citação, nos dias de hoje, é capaz de nos dar uma boa noção do pensamento da época:

“Ao decretar a obrigatoriedade da vacina pela forma como o fizera, o governo violava o domínio sagrado da liberdade individual e da honra pessoal. [...] A Revolta da Vacina permanece como exemplo quase único na história do país de movimento popular de êxito baseado na defesa do direito dos cidadãos de não serem arbitrariamente tratados pelo governo. Mesmo que a vitória não tenha sido traduzida em mudanças políticas imediatas além da interrupção da vacinação, ela certamente deixou entre os que dela participaram um

sentimento profundo de orgulho e de autoestima, passo importante na formação da cidadania<sup>12</sup>.”

Por fim, de forma reflexiva ao que vivemos no momento, o Ministro diz que relembrar a história serve como um alerta às ações hodiernas pois, “segundo a célebre frase de um polêmico filósofo alemão do século XIX, “todos os fatos e personagens de grande importância na história do mundo ocorrem, por assim dizer, duas vezes: [...] a primeira como tragédia, a segunda como farsa (LEWANDOWSKI, 2020)”.

As comunidades médica e científica defendem a aplicação da vacina por ser a forma mais eficaz de conter o avanço dos contágios e, ao longo do tempo, reduzir significativamente os casos do novo coronavírus.

A vacina é a única forma de prevenção para além do distanciamento social. Temos imunizantes que são bons, com eficácias comprovadas internacionalmente e aprovados pela Anvisa. Ao tomar a vacina, a pessoa passa a ter um papel na transformação do ambiente no qual ela vive, além de contribuir para o fim da pandemia e de suas restrições”, afirma Renato Kfoury, diretor da Sociedade Brasileira de Imunizações (SBIIm).

E, de certa forma, em alguns pontos, os temores e as heterodoxias difundidos àquele momento histórico parecem se revelar e se reiterar no presente momento.

## **2. Da autonomia da vontade em contrapartida ao direito à integridade física**

Para a análise do direito de autodeterminação, este trabalho, partirá do pensamento Kantiano ao considerar o indivíduo a partir do seu direito individual de liberdade de escolha – considerado o pilar da autonomia da vontade, quando se refere ao sentido de autodeterminação (KANT, 1974).

---

<sup>12</sup> CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Cia. das Letras, 1987, p. 98.

Logo, se tem o direito de escolha, a manifestação de vontade e a liberdade como instrumentos de reconhecimento a cada sujeito a prerrogativa de formar suas próprias regras de conduta, incluso num ambiente covo balizado tão-somente pela da lei.

Ao se tratar de direitos fundamentais e garantias instrumentais, a Magna Carta brasileira estabelece de forma expressa o direito à liberdade e à individualidade – sobretudo quando se trata da proteção destes direitos. Neste ensejo, aos indivíduos, resta amparada sua autonomia de vontade privada para a escolha daquilo que lhe convém, contudo, para tanto, sem infringir direitos de outrem ou preceitos legais. Ademais, em se tratado de estarmos inseridos num Estado Democrático de Direito, lembra Lewandowski:

Atualmente, não pairam dúvidas acerca do alcance de duas garantias essenciais asseguradas às pessoas: a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio. Tais franquias, bem sopesadas, por si sós, já excluem, completamente, a possibilidade de que alguém possa ser compelido a tomar uma vacina à força, contra a sua vontade, *manu militari*, no jargão jurídico. Isso porque elas decorrem, assim como outros direitos e liberdades fundamentais, do necessário e incontornável respeito à dignidade humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, III, da Constituição de 1988 (LEWANDOWSKI, 2020).

Estabelecido nos artigos 5º e 6º<sup>13</sup> da Constituição Federal, quando se trata de direito à vida e à saúde, é inviolável suas determinações e o tratamento que se dá, se costuma dizer, é igual a todos diante da lei – mais uma vez, com isso, se percebe a inegabilidade da autodeterminação

---

<sup>13</sup> De acordo com Ingo, “partindo do pressuposto de que na Constituição Federal, a despeito de alguma resistência por parte de setores da doutrina e da jurisprudência, os direitos sociais são direitos fundamentais, estando, em princípio, sujeitos ao mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais (ainda que não necessariamente de modo igual quanto ao detalhe e em alguns casos) (SARLET, 2017, 642),” logo, não se pretende aqui, neste trabalho, exaurir questões divergentes, doutrinárias ou jurisprudenciais, acerca dessa consideração de que os direitos sociais são direitos fundamentais, neste trabalho, já se parte desta premissa.

dirigida aos indivíduos. Isto porque, “os direitos fundamentais asseguram uma série de garantias ao cidadão, como sendo uma reserva de direitos próprios e inatingíveis pelo poder do Estado e inatingíveis até mesmo por outros particulares (STEINMETZ, 2004)”.

Ao se tratar desses direitos inatingíveis e de aplicação imediata, pois se vinculam à norma constitucional positiva, num Estado Democrático de Direito, seria mais que coerente prevalecer o direito do particular acima do interesse público, logo, seríamos todos nós livres para escolhermos àquilo que nos submeteríamos. Contudo, ao analisar de forma conjunta ao princípio da ampla legalidade e estabelecendo um contraponto entre liberdade individual e liberdade coletiva, previstas no texto constitucional, partindo do preposto de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF/88), podemos ter que razões individuais são maiores que razões do Estatais, uma vez que as leis gerais condicionam e vinculam os direitos fundamentais.

Porém, parece que a autonomia da vontade, no direito contemporâneo surge não apenas como forma de individualidade de cada ser humano, mas como uma individualidade que não pode se sobrepor ao interesse social coletivo, diante de uma função social maior – como é o que caso em que estamos vivendo neste momento de pandemia, acompanhemos os dizeres do Min. Lewandowski:

Aqui, vale rememorar que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, listados art. 3º da Constituição, sobressai o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos. Essa é a razão pela qual se admite que o Estado, atendidos os pressupostos de segurança e eficácia das vacinas, restrinja a autonomia individual das pessoas com o fito de cumprir o dever de dar concreção ao direito social à saúde, previsto no art. 196 da Lei Maior, fazendo-o por meio de “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”. O art. 197, ademais, preconiza que são “de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (LEWANDOWSKI, 2020)”.

A partir deste entendimento argumentativo, há possibilidade de que a liberdade individual pode sofrer restrição quando confrontada com o bem-estar coletivo e a obrigatória preservação da saúde que é garantida a todos e imputada como responsabilidade ao Estado aos moldes do artigo 196, da Constituição Federal. Ainda, se falando de direitos sociais, neste caso o direito à saúde,

[...] importa frisar que os direitos sociais não se confundem com a figura dos direitos coletivos, pelo menos não podem ser identificados apenas com a figura de direitos coletivos. A partir justamente da dimensão sempre em primeira linha individual da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, os direitos sociais têm por titular a pessoa individual, o que, todavia, não afasta uma dimensão transindividual, conforme, aliás, também tem sido destacado em diversas decisões do STF, especialmente, mas não exclusivamente, no caso do direito à saúde (SARLET, 2017, p. 647).”

É salientado, ainda, que

“eventual preferência por uma tutela processual coletiva não pode servir de argumento para refutar a titularidade individual dos direitos sociais, visto não se pode confundir a condição de titular (sujeito) de direitos fundamentais com a técnica processual de sua efetivação (SARLET, 2017, p. 647)”.

Contudo, eis, então, que surgem algumas dúvidas: Consentir em que apenas um deles fosse garantido seria, automaticamente, uma espécie de infringir o outro direito? Ainda, quando nos deparamos com casos concretos em que há conflito de direitos, a intromissão Estatal na autonomia da vontade do indivíduo é socorrida legitimamente?

Para tentar sanar questionamentos como os expostos, se recorre ao princípio da proporcionalidade para atuar e ponderar de forma a equacionar e resolver os direitos em conflito, uma vez que “constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados (SARLET, 2017, P. 410). Logo,

Para a efetivação de seus deveres de proteção, corre o Estado – por meio de seus órgãos ou agentes – o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais (SARLET, 2017, p.410).

Ainda, é válido ressaltar que todas as ações tidas quando se fala em direitos e garantias fundamentais, sobretudo quando conflitantes, “exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização (SARLET, 2017, p. 410).

Essa ponderação irá analisar entre o gravame imposto e o benefício trazido (SAKO, 2005,), pois,

“[...] as noções de “ponderação” ou de “balanceamento” (de acordo com as terminologias preferidas na tradição alemã – *Abwägung* – e anglo-americana – *balancing*) são utilizadas sempre que surge a necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão” (em especial de colisões) entre bens

juridicamente protegidos, situações que têm sido cada vez mais frequentes no campo do direito e da interpretação constitucional (CANOTILHO, p. 1236/1237)”

Vale ressaltar que comumente ligada à colisão de direitos fundamentais, esta técnica da ponderação de bens nasce da “insuficiência da subsunção como técnica de aplicação do direito quando da resolução de determinados problemas jurídico-constitucionais, em especial de casos concretos (BARROSO, p. 333)”.

No que se refere à prática do recurso da ponderação para resolução de conflitos, importante destacar que não se trata de devaneios jurídicos constitucionais, decorre, conforme elucidação Gomes Canotilho, de pelo menos, três fatores:

“a) a inexistência de uma ordenação hierarquizada e abstrata de bens constitucionais; b) a estrutura de princípio de muitas normas constitucionais, que, por sua vez, implica a refutação de uma lógica do “tudo ou nada” e, portanto, exige a otimização e harmonização de tais princípios, especialmente nos casos de conflito; c) a possibilidade de uma diversidade de leituras dos conflitos de bens constitucionais em face de uma ausência de unidade de valores no âmbito da comunidade política, impondo cuidadosa análise dos bens em causa e uma rigorosa fundamentação no âmbito da resolução dos conflitos”

É percebido, então, que essa compulsoriedade de vacinação aponta não somente vigiar e resguardar a saúde individual, mas, também, e principalmente, zelar pela saúde da população, como um todo, diante da probabilidade de doenças infectocontagiosas que, neste momento, se trata do novo coronavírus.

O interesse em defesa da sociedade e da comunidade, visando a imunização por meio de vacina, em situações como a vivida, conforme um dos entendimentos, sobrepõe-se ao interesse particular e à autonomia do

indivíduo. Ainda, no ordenamento em questão (Lei nº 13.979/2020), de suma importância mencionar que não há qualquer menção acerca de suposta obrigatoriedade, de coerção, acerca da vacinação. Muito pelo contrário,

“(…) a Lei 13.979/2020, nos distintos parágrafos do art. 3º, cuidou de estabelecer limites bem definidos à vacinação compulsória, em consonância, diga-se, com as regras estabelecidas no direito interno e internacional, conforme se vê abaixo:

“§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

§ 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:

I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;

II - o direito de receberem tratamento gratuito;

III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020 Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020” (LEWANDOWSKI, 2020).”

A questão, portanto, admite a intervenção pretendida, sobretudo, como forma excepcional e desde que demonstrados alguns requisitos, como no caso analisado e conforme apontado por Canotilho, anteriormente. Vimos, então, que a tutela da vida e do interesse coletivo legitima a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. E, mesmo assim agindo, não restringe o direito fundamental individual uma vez fundamentado o interesse público dentro de uma limitação proporcional e atendendo interesses sociais, como é o presente caso.

Ainda, fazendo uma reflexão acerca do exposto, parece que, em casos como este, nem o interesse público e nem o interesse privado devem prevalecer, mas, deve estar atento ao interesse social pretendido que, inegavelmente, beneficiará e contribuirá com a coletividade como um todo. Nesta seara, como já dito, havendo o interesse social demonstrado e fundamentado nos textos legais e infra legais a proporcionalidade dos interesses mais relevantes diante da vigilância epidemiológica e da saúde pública, o interesse público axiologicamente torna-se maior à liberdade de autodeterminação das pessoas.

### **3. Poder decisional: o enfrentamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal**

Como mencionado, o enfrentamento do tema tratado se deu, então, pelo STF. Por ora, não se pretende abordar, neste momento deste trabalho, a legitimidade para a análise deste conteúdo pelo Supremo Tribunal Federal, para tanto, teremos que ao STF

“enquanto guardião da Constituição, é evidente que toda e qualquer possibilidade de lesão a direito fundamental autoriza a sua atuação embora não se possa perder de vista que a legitimidade quanto à forma dessa intervenção seja tão essencial quanto o seu conteúdo material (GERVASONI, 2017, p. 1301/1032).”

Ademais, diante do elevado número de mortes diárias em decorrência do COVID-19, em específico, no Brasil e, sobretudo, a questão da vacinação estar latente na sociedade, se faz necessário o presente diálogo, mormente que, notoriamente, se percebe uma disputa acirrada de ideologias entre aqueles que querem e aqueles que não querem se vacinar, disputa essa que vem sendo “comandada” por uma corrente contrária à vacinação e que, assim agindo, irresponsavelmente, de certa forma, acaba por não possibilitar a “escolha/decisão” daqueles que desejam se vacinar.

Tendo como noção estrutural, neste tópico, o trabalho “Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ<sup>14</sup>, de Tássia Aparecida Gevarsoni e Felipe da Veiga Dias e o questionamento de “quem, legitimamente, têm a “última palavra” sobre o significado da Constituição(p. 1304)”, mesmo tendo noção de questões externas que, por vezes, podem influenciar nas decisões da Corte, se responde, de forma simples, pois a intenção, neste momento, não é esgotar o tema, posicionamento dos autores, para responder ao questionamento que foi colocado, por eles:

“o impasse quanto à legitimidade da revisão judicial segue no centro da teoria constitucional, suscitando intermináveis e intensas divergências. A razão para tanto é que o Estado e o Direito precisam dessa definição quanto à “última autoridade democrática”, pois disso depende a identificação do “soberano interno” que levará à ordem e à estabilidade almejadas (apud Mendes, in GERVASONI, 2017, p. 1304)”.

Muito embora se faça necessário, em casos como este, que a decisão seja tomada pelo representante maior da vontade do povo, não se fecha os olhos que, assuntos tidos como tabus, na sua resolução, transmutem influências individuais à instituição, muitas vezes, até, de forma discricionária. Isso parece se dar pelo fato de Maus identificar “o judiciário como superego da sociedade”, no qual “a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso [...] é alcançada através da centralização da ‘consciência’ social na justiça (Apud MAUS, in Gervasoni, 2017, p. 1309).

---

<sup>14</sup>Muito embora o trabalho citado trate do tema aborto, não resta dúvidas de que a questão central – além da questão autodeterminação sobre o próprio corpo e de uma questão de saúde pública – aborda a análise de preceitos e garantias fundamentais estabelecidos aos indivíduos trazendo à baila questões sociais de extrema importância demonstrando que quando se trata de direitos fundamentais os debates e a recorrência ao judiciário para estabelecer, por vezes, o óbvio, se dão em torno dos mesmos assuntos.

Neste escopo, como última palavra proferida, decidiu o STF acerca das Adin's propostas:

- (I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e
  - (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes,
  - (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contra-indicações dos imunizantes,
  - (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas;
  - (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e
  - (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e
- (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Aquém às influências que, no caso da vacinação contra o coronavírus, esdruxulamente tenha se mostrado ideológica e política, se tem plena consciência de que as decisões tomadas pela Corte

“[...] é um ponto sensível à democracia constitucional, a definição de “quem detém o poder da última palavra” quanto à interpretação da extensão e do sentido da Constituição, isso é, se já há relutância e controvérsia quanto à atribuição dessa missão a Cortes, muito mais grave é a afronta quando, a despeito dessas considerações, a “última palavra” vem sendo ditada unilateralmente GERVASONI, 2017, p. 1312)”.

Então, no que se refere à interpretação e aplicação dada ao, embora exija parte de um contexto muito mais amplo, formado por um conjunto de determinações institucionais, por outro, a ameaça democrática que aí se encerra não se torna menos preocupante por conta disso

## **Conclusão**

Foi abordado no presente trabalho temas tidos como controversos acerca da vacinação compulsória à população em face ao COVID-19. Com o surgimento da vacina, dois polêmicos assuntos surgiram e versavam sobre a autodeterminação dos sujeitos no que se refere ao próprio corpo e o limite de atuação do Estado sob o corpo dos indivíduos que desejam não tomar a vacina.

Após demonstração de que, no presente caso, a coletividade deve prevalecer em face à individualidade, foi determinado que a vacinação da população seja compulsória, neste caso, afastando, porém, medidas invasivas como o uso da força para exigir a imunização, respeitando, por exemplo, princípios constitucionais como o que se refere à dignidade da pessoa humana.

Em intenso debate acerca do procedimento a ser adotado, sempre respeitando o ser humano em sua individualidade, se levou em consideração que não vacinação pode levar a graves consequências à população, de forma coletiva. Logo, sobrepesando o interesse público sobre o privado, também nesta seara, a decisão tomada pelo colegiado define que a vacinação compulsória pode ser concretizada via medidas indiretas, como por exemplo, o isolamento – que já vem sendo realizado.

O voto do Relator, o Ministro Lewandowski se tornou dos assuntos mais comentados. Nele, o Ministro afirmou que "não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas, acreditando que, ainda assim, serão egoisticamente beneficiárias da imunidade de rebanho" e que é obrigação do Estado fornecer àqueles que tem interesse, acesso à vacina preventiva do COVID-19.

Então, conforme demonstrado e argumentado, resta sanada as questões iniciais do trabalho proposto, uma vez que, conforme defendido

e demonstrado por decisão da maior Corte Democrática do País, não é inconstitucional a possibilidade de vacinação compulsória desde que não seja utilizada a força para tanto.

## Referências

- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 2ª edição, 3ª tiragem atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, 2004, São Paulo, Malheiros Editores, p.112.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, p. 333 e ss.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1236-1237.
- GEVARSONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. **Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RS**. 3 Journal of Institutional Studies 2. 2017. Revista de Estudos Institucionais, Vol. 3,2. 2017. pgs. 1280/1315.
- KANT I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural; 1974.
- PLANALTO. **LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm)>. Acessado em Nov. de 2020
- SAKO ESA, Silva CL. **A aplicação do princípio da proporcionalidade na solução dos hard cases**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)I nº 6.586**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi6586despacho.pdf> Acessado em: out. De 2020.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)I nº 6.587**. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2020/10/adi6587-covid-obrigatoriedade-1.pdf> Acessado em: out de 2020.

\_\_\_\_\_ *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 754.*

Disponível em <https://static.poder360.com.br/2020/10/adpf754-covid-compra-vacina.pdf> Acessado em: out de 2020.

\_\_\_\_\_ *Íntegra do voto do ministro Ricardo Lewandowski.* Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf>>. Acesso em: Dez 2020.

STEINMETZ W. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros; 2004.

MENDES, Conrado Hübner. Is it All about the Last Word? Deliberative Separation of Powers. **Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation**, Vol. 3, 1, 2009, p. 69.

## **Uma análise da relação dos elementos constitutivos da estrutura social brasileira com as desigualdades de gênero e raça**

*Juliana Pires de Oliveira*<sup>1</sup>

### **Introdução**

A análise das desigualdades na realidade brasileira atual sob o enfoque de gênero e raça, segundo as suas demandas e restrições, traz uma série de indagações em torno das estruturas de controle social e da organização das relações institucionais, econômicas, políticas e jurídicas.

O tema das desigualdades de gênero e raça sob o ponto de vista estrutural da necessidade da existência de um projeto de democracia plural e a construção de um programa de coexistência que vise solucionar situações existentes no plano fático como a exclusão social, a miséria, a pobreza, a ausência de satisfação de necessidades básicas, a falta de acesso aos bens essenciais à preservação da existência digna, o desemprego, a precarização, a sujeição às marginalizações, criminalizações e eliminações arbitrárias; cada uma delas incidentes de forma cumulativa e gradualmente acentuada sob o gênero e a raça.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu desde logo os fundamentos na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, no pluralismo político e definiu como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como garantir o

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Faculdade Meridional- IMED. Membro do grupo de estudo: Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Bacharel em Direito pela Faculdades Integradas São Judas Tadeu. Advogada. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/9261569242663746>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2414-3538>.

desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Ainda, busca promover o bem de todas as pessoas, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Finalmente, calçou uma série de direitos fundamentais que protegeriam, garantiriam e promoveriam a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Frente a esse bloco constitucional de proteção se questiona: porque as desigualdades de gênero e raça perduram em quase todos os âmbitos da vida da população brasileira?

Diante da problemática das desigualdades de gênero e raça se sugere ofertar uma resposta no sentido de que tais desigualdades têm origem complexa e estrutural, principalmente porque são decorrentes do modelo de democracia, da ordem jurídica estabelecida, das relações econômicas e do regime político imposto, assim como do processo histórico. Essa hipótese será argumentada na pesquisa, mediante a mobilização de uma epistemologia decolonial e pós-colonial. Como resultado, sugere-se como condição de possibilidade para a construção de uma democracia plural e de um programa coexistencial sem desigualdades, a necessidade de alteração estrutural de alguns dos elementos que constituíram a formação do Estado brasileiro moderno.

Desse modo, tendo como objetivo uma explicação satisfatória ao problema se exige primeiramente analisar algumas noções da democracia contemporânea e características do Estado Constitucional. Busca-se verificar a existência de conflitos e antagonismos sociais que demandem a valorização da pluralidade e a necessidade da construção de um programa coexistencial sem privilégios e exclusões em razão da raça, do gênero e do sexo. Mas também busca-se analisar a complexidade estrutural que mantém uma determinada forma de organização social, para entender que a imbricação entre as relações econômicas, políticas e jurídicas geram

impedimentos, prejuízos, discriminações e violações em razão da raça e gênero.

Nesse enfoque, o artigo passa a analisar em que medida cada um dos elementos constitutivos do Estado como soberania, nacionalidade, cidadania e território influenciaram na unificação cultural, homogeneização racial, concepção de inimigos a serem eliminados, suspensos ou controlados, a consolidação do machismo branco e sexismo, a formação de diversas desigualdades nos âmbitos econômico e político, assim como suas relações com a organização de uma forma de divisão social de trabalho excludente dentro de um sistema de produção hierarquizante.

Diante dessa complexidade estrutural, busca-se abordar a necessidade de reconhecimento da pluralidade e sua relação com uma democracia de coexistência que tenha consideração dos diversos grupos, gêneros e raças em uma configuração política do Estado Constitucional contemporâneo. Finalmente, demonstrar a necessidade de construir formas e procedimentos para superar exclusões sociais, déficits de representação e afetação de grupos sociologicamente e historicamente desfavorecidos.

### **1. Demandas de gênero e raça em uma democracia plural e a construção de um programa de coexistência**

Primeiramente é importante referir que a Constituição Federal Brasileira adota o regime Democrático de Direito. Sob esse enfoque, que se refere às situações de discriminações de gênero e raça é preciso verificar algumas variantes das noções de democracia e outras condições de possibilidade da democracia para a pluralidade e para o reconhecimento positivo da diferença.

Segundo Wendy Brown (2019, p.33) a democracia significa:

Os arranjos políticos por meio dos quais um povo governa a si mesmo. A igualdade política é a base da democracia. Todo o resto é opcional- das constituições à liberdade pessoal, de determinadas formas econômicas às instituições políticas específicas. Somente a igualdade política assegura que a composição e o exercício do poder político sejam autorizados pelo todo e sejam de responsabilidade do todo. Quando a igualdade política está ausente, seja por exclusões ou privilégios políticos explícitos, pelas disparidades sociais ou econômicas extremas, pelo acesso desigual ou controlado ao conhecimento, ou pela manipulação do sistema eleitoral o poder será inevitavelmente exercido por e para uma parte, em vez do todo. O demos deixa de governar.

A democracia envolve um conjunto de regras organizadas de acesso, participação e formas do exercício do poder que giram em torno de uma fórmula mínima: o poder da maioria referente a quem decide e como se decide.

De outro lado, Norberto Bobbio (2009, p.42-43); refere que a democracia, como poder decorrente do povo, envolve um conjunto de regras centrais que possibilitam uma ampla e segura participação dos cidadãos nas decisões políticas. Estas regras seriam: (a) todos os cidadãos capazes devem gozar de direitos políticos, independentemente da raça, religião, condição econômica ou sexo, podendo expressar por meio do voto a própria opinião ou eleger quem o expresse representativamente; (b) os votos de todos os cidadãos devem ter o mesmo peso (contando-se o valor de um voto por pessoa); (c) todos os cidadãos devem ser livres para votar e participar em competição livre entre os grupos políticos organizados competindo entre si para agregar consultas e transformá-las em decisões coletivas; (d) ter liberdade frente às alternativas reais e possibilidade de escolha entre diferentes soluções; (e) vale o princípio da maioria numérica (ainda que seja maioria relativa, absoluta ou qualificada) nas deliberações coletivas e nas eleições de representantes; e (f) nenhuma decisão tomada

por maioria deve limitar os direitos das minorias, especialmente o direito de se tornar, em condições de igualdade, a maioria.

Além dos regramentos acima, nota-se que a democracia é permanentemente dinâmica e relacionada ao Direito, ao contrário do despotismo que é estático e sem limites ou possibilidades de controle. Bobbio (2015, p.39), por exemplo, aponta que o estado despótico é ideal para quem se coloca ao lado do poder, enquanto o Estado Democrático é ideal para quem se coloca do ponto de vista do Direito.

Segundo a argumentação desenvolvida, a democracia está relacionada com o Estado de Direito, que em projeção prevê a separação de poderes, a observância da legalidade e o respeito aos direitos fundamentais e humanos. Inclusive, nesse regime de Estado decorrente dos poderes da maioria, além de se considerar as possibilidades de participação e respeito às minorias, as decisões dentro de uma democracia não podem eliminar ou dificultar a possibilidade de existência digna das minorias, suas formas de agir, de viver dignamente, suas culturas e subjetividades.

Nesse sentido, parece que a democracia exige um dever de coexistência e igual respeito e consideração entre maiorias e minorias, pois além de possuir limites e vinculações, apresenta o dever de respeito e promoção de direitos de liberdade e igualdade, bem como o direito à diferença.

Ademais, a democracia deve ser operativa e eficaz na construção de uma sociedade mais justa e livre, estando aberta a outras configurações, novas formas de participação, novos procedimentos de legitimação e justificação, reconhecimento de novos direitos e novas possibilidades de controles pelos cidadãos.

Entretanto, esse processo contínuo vai além do processo político, já que a exigência de continua democratização ocorrerá não somente nos

âmbitos políticos e dos direitos (nos conteúdos materiais e nos procedimentos devidos), mas também na democratização das dimensões institucional (pública e privada), econômica, educacional, cultural, de segurança e territorial. Principalmente, porque o racismo, a misoginia, o sexismo, as formas de discriminação e preconceito ocorrem em todos estes âmbitos.

Conforme ensina Boaventura Souza Santos, há um desafio chave em relacionar a democratização à descolonização, tanto para ampliar os campos de deliberação democrática para além do campo político-liberal articulando democracia participativa e comunitária, assim como des-pensar a naturalização do racismo afastando referenciais de dominação e exclusão.

Democratizar significa des-pensar a naturalização da democracia liberal-representativa e legitimar outras formas de deliberação democrática (demodiversidade) procurar novas articulações entre democracia representativa, democracia participativa e democracia comunitária; e, sobretudo, ampliar os campos de liberação democrática para além do restrito campo político liberal que transforma, como indiquei, a democracia política como uma ilha democrática em arquipélago em despotismos: a fábrica, a família, a rua, a religião, a comunidade, os mass media, os saberes etc.

Descolonizar significa des-pensar a naturalização do racismo (o racismo justificado como resultado da inferioridade de certas raças ou etnia não como sendo a sua causa e denunciar todo o vasto conjunto de técnicas, entidades e instituições que o reproduzem: os manuais de história, a escola, a universidade, o que ensina, quem ensina e a quem ensina) os noticiários, a moda, os condomínios fechados, a repressão policial, as relações interpessoais, o medo, o estereótipo, o olhar desconfiado, a distância física, o sexo, a música étnica, as metáforas e as piadas correntes, os critérios do que é belo, apropriado, bem pronunciado, bem dito, inteligente, credível, a rotina, o senso comum, os departamentos de relações públicas ou de recrutamento de empregados, o que conta como saber e ignorância etc. (SANTOS. 2016, p.145)

Neste contexto, a democracia envolve o poder da maioria, deveres de coexistência e consideração aos direitos das minorias, melhores possibilidades de participação, respeito ao direito, a organização dos poderes e aos direitos fundamentais e humanos. Entretanto, também precisa ser efetiva, ter potencial de satisfazer as demandas da população e estar aberta às mudanças sociais de uma sociedade plural, que respeite a memória e corrija os erros históricos de diferenciação gerados pela modernidade.

O projeto de um mundo comum baseados nos princípios da “igualdade das partes e da unidade fundamental do gênero humano é um projeto universal. E já é possível a quem quiser, detectar no presente sinais (frágeis por certo) deste mundo por vir. A exclusão, a discriminação e a seleção em nome da raça permanecem contudo, fatores estruturantes – ainda que frequentemente negados - da desigualdade, da ausência de direitos e da dominação contemporânea, inclusive nas nossas democracias. Além disso, não se pode fingir que a escravidão e a colonização não existiram ou que as heranças dessa triste época foram totalmente liquidadas. (MBEMBE. 2018a, p.305).

Apesar de ter havido modificações da noção de democracia ao longo da história ocidental, parece necessário um olhar para o tempo e contexto cultural presente brasileiro, para se arguir a pluralidade social, com a consequente democratização das estruturas sociais, econômicas, políticas, institucionais e jurídicas sob as quais ocorrem as situações de discriminações de gênero e raça, reprodução do racismo, misoginia e sexismo e manutenção dos preconceitos.

Inclusive, parece que a compreensão dessa dinâmica e abertura democrática é fundamental para se compreender os principais elementos e fatores que caracterizaram o projeto de modernidade brasileiro.

## **2. Os elementos estruturais que contribuíram para as desigualdades de gênero e raça**

A complexa estruturação da moldura da ordem contemporânea é decorrente da continuação do projeto da modernidade ocidental, na qual se formaram um conjunto de novos elementos a partir da ilustração e do contrato social que proporcionaram a organização dos Estados Nacionais, a consolidação de poderes de governança, a unificação dos territórios e delimitação das fronteiras, a uniformização da ordem jurídica interna e a homogeneização cultural sob o manto da “identidade cultural”. Ainda, a formação de aparatos burocráticos e fins específicos a serem protegidos para o desenvolvimento do novo modelo econômico de acumulação e circulação de capital, com resguardo da propriedade privada e preservação da força dos contratos.

A análise dos componentes dessa complexa estrutura possibilita entender que o racismo, o machismo e o sexismo não são situações apenas individualmente irracionais, ligadas a comportamentos imorais que poderiam ser resolvidos pela responsabilidade jurídica, a educação e mudanças culturais. De maneira ampla e para além de situações ou comportamentos individuais, essa forma de desigualdade e subalternidade frequentemente é fundada no âmbito institucional, normalizada no âmbito econômico, reproduzida no âmbito político e historicamente legalizadas pelo Estado. (ALMEIDA, 2020, p.37)<sup>2</sup>.

### **2.1 Soberania: a (i)limitação, a unidade e a instrumentalização humana**

Alguns conceitos que se formaram na modernidade ocidental e permitiram a origem dos Estados Nacionais também trouxeram possibilidades de formas de dominação de povos e unificação dos sujeitos

---

<sup>2</sup> Apesar de nesta parte Sílvio Almeida fazer referência a questão do racismo, a análise estrutural serve de igual forma para o entendimento do machismo e sexismo estrutural.

nacionais em torno de um projeto político organizado por elementos de reconhecimento como povo, território e soberania, os quais auxiliaram na formação de padrões e normas que facilitaram a discriminação de grupos dominados, bem como dificultaram a ascensão de negros, indígenas e mulheres. O desenho dessa criação atrelou-se à possibilidade do monopólio do uso da força do Estado e a dominação com parâmetros hierarquizantes e de discriminação, assim como deu o suporte necessário à instituição de um direito uniformizador.

A soberania original da modernidade concebe um poder de polícia na gestão interna de determinado território sem limitações e sem reconhecimento de autonomias culturais. (BODIN, 2011, p. 198). Essas construções absolutistas modernas tiveram resultado direto na legitimação funcional da força no colonialismo, na refundação da escravidão dos negros e instituição dos regimes de encomendas dos indígenas.

Em sua crítica à modernidade colonial Achille Mbembe (2018b, p.5,10) aponta que ser soberano é exercer o controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação do poder. Em uma perspectiva da soberania, a produção de normas gerais por um corpo composto por homens e mulheres livres e iguais, sendo estes capazes de autoconhecimento, autoconsciência e autorrepresentação. Assim, a política seria definida por um projeto de autonomia e a realização do acordo em uma coletividade mediante comunicação e reconhecimento. A soberania, nesse sentido, seria definida como o duplo processo de autoinstituição e autolimitação (fixando em si os próprios limites para si mesmo). Entretanto, para o autor, a preocupação está direcionada a essa perspectiva de soberania como luta pela autonomia, mas a instrumentalização humana e a destruição material dos corpos humanos e populações.

Na segunda modernidade, ainda que se organizassem marcos de limitação do poder político e definição de uma estrutura segura aos interesses da burguesia, tal projeção também possibilitou a desigualdade e a sujeição de outras “categorias” de pessoas consideradas não cidadã. Dessa construção é tributário, o colonialismo, mas também os estados de exceção e as decisões de emergência na definição de “inimigos” permitiam o aniquilamento de pessoas e a suspensão completa de direitos e de humanidade.

Sobre esse poder bio/necropolítico, Foucault, Mbembe e Pelbart denunciam que a vida e a morte não são exteriores ao campo político e ao Direito, uma vez que vida e existência estão sujeitas ao poder soberano. Desse modo, se até o século XVII o paradigma da soberania estaria direcionado a fazer morrer e deixar viver; depois das revoluções liberais, no século XVIII, o paradigma modifica-se com uma lógica de biopoder centralizado em fazer viver e deixar morrer, como argumenta Foucault. A partir daí se passa a fazer a gestão da vida por meio do controle e da vigilância. Mais que exigir a morte, quando se a exige será em nome da vida, tanto é que as guerras mais abomináveis e genocidas ocorrem quando se fala na defesa da vida. Os massacres passam a ser vitais. Seria uma estratégia de poder matar os inimigos para poder viver. (PELBART, 2011, p.56). Por outro lado, nos Estados coloniais, o “fazer viver, deixar morrer” assume uma forma diferenciada. Como argumenta Mbembe (2018b,p.18), trata-se de fazer morrer mediante tecnologias direcionadas à morte.

Então, não é estranha a reprodução dos genocídios a partir da modernidade sob o manto das possibilidades de uma soberania sem limitações. O autointeresse econômico e a expansão da dominação foram os motores para a instalação forçadas dos regimes coloniais, da escravidão e tráfico de pessoas, a exploração e objetivação das mulheres, a criação e manutenção de estados raciais e das democracias racistas, a projeção do

racismo científico, o desenvolvimento da eugenia, do darwinismo social e posteriormente a reprodução dos ideários de periculosidade autorizadores da execução de pessoas periféricas – os “inimigos” do Estado Nacional.

## **2.2 Povo, cidadania, nacionalidade e a outra face**

Além da análise da soberania, ressalta-se que a articulação dos conceitos de povo, cidadania e nacionalidade é direcionada a uma unidade da sociedade nacional, entendida como necessária para o desenvolvimento. Essa articulação também está relacionada aos aspectos políticos essenciais da formação do Estado, de modo que a proteção jurídica dos sujeitos fica dependente desta relação. A exterioridade a essa relação é composta por sujeitos alheios, estrangeiros, vencidos, primitivos, selvagens, hostis, inimigos do povo, os quais são constituídos politicamente na condição de objetivação e instrumentalidade, uma vez que alheios ao contrato social e ao status político.

A partir dos elementos que compõe o âmbito político do Estado nacional se abre possibilidades para diferenciações raciais e também subalternidades de gênero. Esta forma de diferenciação se constituiu na face oculta do liberalismo e foi direcionada para controlar, vigiar, suspender e até aniquilar inimigos ou sujeitos que ameaçam ou estariam fora dos padrões centrais da ordem.

Tais elementos da modernidade permitem o desejo de ataque à exterioridade. Emmanuel Faye e Peter Pelbart exemplificam como funcionava essa lógica no Estado racista alemão a partir dos registros nos seminários de 1933 a 1935 de Heidegger no sentido de que as ideias de sangue e solo, raça, guerra, combate, confrontação, popular-nacional, dirigente, comunidade do povo, destino e sacrifício, juntamente com os elementos definidores do Estado moderno, tem por fim expressar a supremacia de um grupo (neste caso, a do povo alemão) que por ser

hegemônico poderia decidir sobre a emergência de estado e a supressão do inimigo. (PELBART, 2019, p.184)

Nessa linha, Pelbart observa que Carl Schmitt complementa a ideia no sentido de que o soberano é quem define o estado de exceção e o inimigo. E quem define esses atos de soberania é o Chefe de Estado representante da comunidade política. No desenvolvimento da ideia de diferenciação racial por elementos políticos da modernidade Heidegger retira a condição humana de raças e etnias não germânicas e abre uma posição até de negacionismo histórico da posterior eliminação. Em um seminário proferido em 1934, Heidegger referiu que a raça envolve uma relação que liga os membros do povo pelo corpo e pelo sangue e os não-arianos (em referência aos judeus, por sua natureza desenraizada, porque desprovidos de solo (território) e de mundo, não pertenceriam a história do ser, o que justificaria o combate, a guerra e a confrontação até a aniquilação total). Diante da possibilidade política da negação do ser, Heidegger permite um negacionismo histórico ao defender que morrem aqueles que podem morrer e só pode morrer aquele cujo ente lhe dá tal poder, aquele que está no abrigo (reconhecimento estatal) da essência do ser. (PELBART, 2019, p.186)

### **2.3 Territorialização: separação, controle e hierarquizações**

Além das diferenciações ocultas nos elementos de soberania, povo, nação, cidadania, projeto de transformação e estado nacional também é relevante analisar o território para entender os processos de legitimação do uso da força, dominação e discriminações.

Mbembe (2018b, p. 38-39) explica a relação entre territorialidade e soberania a partir do imperialismo e colonialismo. Afirma que a ocupação colonial era uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle geográfico, cuja inscrição de novas relações espaciais estabelecia

fronteiras, hierarquias, a subversão de regimes de propriedades e a classificação das pessoas de acordo com diferentes categorias. O espaço era matéria prima da soberania e da violência que ela carregava consigo, ocupação essa que relegava o colonizado a uma terceira zona, entre o estatuto de sujeito e objeto.

Além disso, a territorialidade está intimamente relacionada à hegemonia do capital. Por meio da colonização, a definição do espaço territorial e do estabelecimento do regime de terras se concretizou na diferenciação consequente no acesso a bens de produção, possibilidades de autonomia e liberdade. A instituição das capitânicas hereditárias no Brasil, por exemplo, assim como os regimes de repartição de terras em seis partes (sesmarias) e a escravidão resultaram na conservação do monopólio da terra com portugueses.

Depois, dentre as medidas de transição para o capitalismo no Brasil, a Lei de Terras de 1850 consolidou a propriedade da terra como mercadoria (art.1º) e estabeleceu um regime de repartição de terras constituídas como devolutas a serem distribuídas por meio de latifúndio a estrangeiros europeus que pudessem pagar o chamado preço suficiente (art.14 e parágrafos da Lei de Terras), excluindo desde então trabalhadores estrangeiros sem renda e escravos do acesso à terra. Os recursos financeiros obtidos com as vendas constituíam o chamado fundo de imigração (art. 18 da Lei de Terras) criado para custear a vinda dos colonos sem condição de renda para serem empregados em estabelecimentos agrícolas ou nos trabalhos dirigidos pela Administração Pública ou na formação de colônias.

Tal desiderato da Lei de Terras de 1850, além de excluir de antemão os negros de qualquer participação ativa, organizava a formação de uma massa uniforme de trabalhadores europeus empregados na formação do

capitalismo nacional e possibilitava a enculturação segundo os padrões europeus.

Somente depois de estruturado esse projeto territorial de domínio sobre propriedade e organização da força de trabalho e projeção cultural é que iniciam as primeiras normativas em direção à abolição da escravidão de pessoas negras no Brasil. Só que nesse momento, já estavam excluídas do acesso à terra, da autonomia das pequenas colônias de produção e estavam em desvantagem na venda da força de trabalho, e sujeitas a processos de permanente dependência. Com a urbanização e êxodo rural esse processo de exclusão teve continuidade permanente; assim as pessoas negras já em desvantagem e dependência, povoavam as periferias, favelas e guetos das cidades onde seriam exploradas, marginalizadas e criminalizadas.

A territorialidade na contemporaneidade, principalmente levando em consideração o Brasil, sob enfoque da biopolítica, representaria um espaço fragmentado onde o poder disciplinar e de vigilância atuaria como forma diferenciada de controle social para garantir a exploração vigiada. A partir da separação do território se constata que nos mesmos locais em que há a atuação policial sem limitações, a ausência de plenas garantias legais e processuais coexiste com a exclusão social, a miséria, a pobreza, ausência de satisfação de necessidade básicas e falta de acesso aos bens essenciais à preservação da existência digna, desemprego, subemprego, sujeição à criminalizações e marginalização.

### **3. Desigualdades de raça e gênero no âmbito das relações econômicas**

A formação histórica e estrutural das desigualdades econômicas em razão da raça e gênero se consolidaram e se aprofundaram no Brasil a partir da complementaridade de fatores. A escravidão, aliada ao

impedimento de acesso à propriedade e a divisão social do trabalho são os fatores mais relevantes que levaram à reprodução destas desigualdades.

De fato, a escravidão, a colonização e a projeção da reestruturação do capitalismo excluiu, de antemão, as pessoas negras das possibilidades de acesso à propriedade agrária; também regulou juridicamente em uma relação de permanente dependência econômica e subserviência.

Mesmo após o fim da escravidão, a divisão social do trabalho projetou uma subdivisão de classes, que colocavam os negros em posições de desvantagem para com imigrantes europeus- esses, considerados como o referencial econômico e cultural de atribuição de valor para a produção de riquezas da ordem emergente, dificultando as possibilidades de negros ao acesso a cargos e funções considerados importantes na ordem econômica contemporânea. Ademais, a conseguinte distinção reflete na desvalorização dos trabalhos exercidos pelos negros, diferenciação salarial, sujeição ao trabalho precarizado e ao desemprego.

No que tange às mulheres, ainda que na modernidade se alardeasse os discursos de liberdade e igualdade, na realidade jurídica e fática, elas eram afastadas da aquisição da propriedade e administração externa dos bens, ficando sujeitas ao poder do chamado chefe de família (o homem) ou pátrio poder.

O projeto da modernidade inicialmente excluiu a mulher como possibilidade de padrão de referência. Assim, o homem seria o valor e o único capaz de produzir valor. A divisão social do trabalho estabelecida pelo patriarcado fazia a repartição dos papéis entre os sexos, cuja cisão imputava à mulher atividades de administração do lar, educação dos filhos e convívio social, nas quais o elemento sensível acabava sendo marcado como feminino e, por isso mesmo, colocado de lado e tido como inferior, algo sem valor na ordenação do patriarcado. (Scholz, 1996, p.3),

Roswitha Scholz (1996, p.3-4) aponta que nessa relação assimétrica, o homem é o referencial de valor, enquanto a mulher não fazia parte desse projeto de produção. Assim a mulher não seria considerada como participante no trabalho gerador de riquezas, mas sim ao desvalorizado âmbito da sensibilidade de fornecer amparo amoroso no âmbito doméstico (cuidados da casa, dos filhos e do marido), trabalho esse desvalorizado na estruturação cultural capitalista.

Nessa linha, as mulheres ficaram constringidas à dependência financeira, limitadas aos trabalhos essenciais como os de educação, mas mal remunerados por não terem consideração na produção de riquezas (valor do trabalho abstrato). As diferenças salariais, a dificuldade de assunção de cargos e empregos de direção e prestígio, sujeição à violência doméstica e abusos, sem possibilidades de denunciar às autoridades, bem como às variadas formas de assédio sexual e moral nas funções.

Neste contexto, na pós-modernidade as mulheres aumentaram a suas atividades profissionais e as suas qualificações, equiparando-as àquelas dos homens. No entanto, as preterições e desvantagens das mulheres em relação aos homens não desapareceram e as formas de exploração se multiplicaram. Nessa linha, essa sistemática além de imputar às mulheres um trabalho sem consideração de valor na educação dos filhos e exercício do trabalho doméstico, também são afetadas e desvalorizadas no âmbito das atividades de produção capitalista, pois nestas são mal remuneradas e impedidas no acesso a cargos de direção. (SCHOLZ, 2011, p.13-23)

Inclusive essas formas de exclusões históricas e estruturais do sistema de produção da economia de mercado, resguardadas tanto pelo Estado moderno como na sua continuidade no Estado contemporâneo, tem uma característica de cumulatividade de discriminações de gênero, classe e raça. Nesta linha, a multiplicidade de fatores de discriminação

incide de forma mais intensa sobre determinados sujeitos. O resultado dessa discriminação interseccional impacta mais homens negros na pobreza do que homens brancos na pobreza, assim como mulheres negras sofrerão maiores consequências de discriminações e vulnerabilidades do que homens negros e mulheres brancas.

Assim, se mostra evidente que há uma cumulação dos fatores de desigualdade que recaem sobre as mulheres, principalmente àquelas negras e pobres. Essa cumulatividade dificulta consideravelmente qualquer possibilidade de mobilidade social e reconhecimento de direitos fundamentais.

Ademais, estando mulheres e negros afastados do âmbito da produção de riquezas, fora da valorização do trabalho do mercado, existe grande vulnerabilidade econômica. Essa se manifesta na pobreza, na falta de alimentação adequada, na falta de acesso a uma educação justa, ao sistema de saúde igualitário. Ainda, manifesta-se, um grande controle social policial.

#### **4. A desigualdade de gênero e raça nos âmbitos político e institucional**

O projeto eurocentrista é hierarquizador. A partir da ilustração dos pactos sociais que fundaram a modernidade, foi organizado em torno de elementos estruturais como a soberania, a nacionalidade, a cidadania e a territorialidade. Essa estruturação deu legitimidade ficcional para a imposição forçada dos padrões eurocentristas, domínio sobre os territórios, divisão das propriedades e hierarquização entre seres humanos.

Nesta ordem de coisas, é perceptível que as instituições atuam na formulação de regras e imposição de padrões que condicionam comportamentos e atribuem privilégios raciais e de gênero a determinados grupos e prejuízos, controles e dificuldades a outros grupos

visando resguardar um tipo específico de ordem social. (ALMEIDA, 2020, p. 46- 47).

Silvio Almeida (2020, p.39) aponta que as sociedades não são homogêneas, pois possuem conflitos e antagonismos. A institucionalidade procura manter a estabilidade de determinada ordem, absorvendo e normalizando esses conflitos. Para isso estabelece normas e padrões de comportamentos para conseguir preservar os objetivos daquela ordem.

Entretanto, nas instituições também integram pessoas pertencentes à sociedade, que carregam os conflitos de gênero, raça e sexo. Os grupos que passam a hegemonizar as instituições passam a institucionalizar seus interesses impondo à sociedade normas de conduta como cultura, padrões estéticos e racionalidades que tornem normal e natural o seu domínio (de homens brancos), que conseqüentemente dificulta a ascensão de negros e mulheres. Além disso, se verifica poucos espaços e mecanismos institucionais em que se questione ou trate de forma não discriminatória essas desigualdades de gênero e raça. (ALMEIDA, 2020, p. 40-48)

No Brasil, a relação da institucionalidade com a raça já inicia a partir da escravidão com a intervenção máxima da retirada da dignidade humana de cada pessoa negra através da ordem jurídica. Depois, a institucionalidade brasileira passou à formação do branqueamento da população e a organizar padrões culturais eurocentristas.

Além da repetição de enaltecimento da cultura eurocentrista, um processo de branqueamento da população brasileira passava a ocorrer tanto em razão das práticas sociais violadoras como em razão das determinações estatais.

Nesse contexto, sobre o prisma do branqueamento da raça como uma estratégia genocida, a prática de homens brancos violarem mulheres negras através do estupro marcou muitas gerações e resultou na miscigenação, surgindo os mulatos, pardos, morenos e outros mais. O

mulato, durante a escravidão, serviu à classe dominante como capitão-domato, feitor e nas demais tarefas de confiança dos senhores, e, mais recentemente, aparecem como símbolo de democracia racial. Dessa forma, o mulato é a primeira fase na escala de branqueamento, isto é o início da liquidação da raça negra no Brasil. (NASCIMENTO, 2016, p. 83)

Ademais, o processo de miscigenação fundado na exploração sexual da mulher negra, nada mais é que a forma de eliminação da população negra, pois com o crescimento da população mulata tende a diminuir, buscando o desaparecimento por completo da raça negra e a branquear a população no país.

Outro mecanismo de branqueamento utilizado foi a política imigratória. Arthur de Gobineau, diplomata e escritor francês considerava a população brasileira feia em razão da presença do sangue africano, e “inferior”, segundo ele um “povo degenerado”. Assim, com a imigração haveria o fortalecimento dos valores superiores da raça europeia como forma de salvação para o desaparecimento total da raça negra. (NASCIMENTO, 2016, p. 84-85)

Com a Lei de Terras de 1850, o governo brasileiro impediu antecipadamente o acesso dos negros ao patrimônio mais relevante para a forma de produção da época. O acesso à propriedade da terra, o que consequentemente impediu a todos os negros a ascensão financeira e emancipação no recente projeto capitalista brasileiro.

Além do controle do território e da exclusão econômica o desiderato da institucionalidade tinha também uma perspectiva diretamente racial. A Lei de Terras de 1850 também envolvia a ideia de branqueamento e enculturação, segundo os padrões europeus, uma que vez através do fundo de imigração constituída com o montante recebido pela venda das terras devolutas em forma de latifúndio se organizou um enorme e custoso

processo de imigração de europeus para servir de trabalho e organização de colônias.

Assim, a vinda dos imigrantes antes da abolição da escravidão constituía a formação de uma massa uniforme de trabalhadores europeus e possibilitava a enculturação da população brasileira conforme a cultura europeia, entendida essa como o modo pelo qual as gerações de europeus mais velhos incitavam, induziam e obrigavam parcialmente consciente e parcialmente inconsciente as gerações mais jovens a adotar modos de pensar e comportar segundo esses padrões europeus. (HARRIS, 2001, p. 21)

Desse modo, haveria a difusão do referencial eurocentrista que se reproduziria na cultura nacional. Tal mudança com referência branca cultural pressionou por longo tempo a desconstituição de padrões estéticos e culturais dos negros, que somente não foram abandonados em razão de uma resistência e uma grande luta por existir.

Mas o âmbito institucional repetiu sucessivamente o objetivo de embranquecimento. As leis de imigração nos tempos pós-abolicionista, foram mecanismos utilizados para um ideal maior de erradicação do que chamaram de “mancha negra” na população brasileira. Em 28 de Junho de 1890 foi instituído o decreto nº 528, no art. 1<sup>o</sup><sup>3</sup>, no qual dispunha que somente com autorização do Congresso Nacional os indígenas da Ásia ou da África, de acordo com as condições estabelecidas, poderiam entrar no país. No período de entre 1921 e 1923, a Câmara dos Deputados discutiu leis nas quais se proibia qualquer entrada no Brasil “de indivíduos humanos das raças de cor preta”. (NASCIMENTO, 2016, p.86)

Sob um forte determinismo racial aliado a ideias de limpeza e higiene social, a Constituição brasileira de 1934 consagrou a eugenia como um

---

<sup>3</sup> Art. 1º: É inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos à ação criminal do seu país, excetuados os indígenas da Ásia, ou da África que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos de acordo com as condições que forem então estipuladas.

objetivo educacional. Ao mesmo tempo em que previa a educação como um direito de todos, estabelecia, de outro lado, no art. 138 que: “incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...)” “b) estimular a educação eugênica”.

Ainda na era de Getúlio Vargas, o governo ditatorial editou o Decreto-Lei nº 7.967 de 18 de setembro de 1945, que no seu art. 2<sup>o</sup> deixava claro a discricionariedade do governo em deixar entrar no país pessoas que fossem convenientes para contribuir na composição étnica da população o que deixa bem claro o objetivo da nação. (NASCIMENTO, 2016, p.86)

As ideias de eugenia, darwinismo social e racismo científico também influenciaram uma série de autoridades, intelectuais e cientistas brasileiros, como Oliveira Viana, Paulo Prado, Arthur Neiva, Silvio Romero e, João Batista Lacerda, os quais apostaram na imigração branca europeia para atingir a erradicação de negros e mestiços no Brasil. A ideia de eliminação da raça negra era raciocinada estrategicamente, pois o propósito era deixar os negros indefesos na miséria e expostos a toda espécie de agentes. Lacerda achava que em um século esse ideário se constituiria. No entanto, foi criticado no sentido de que um século seria muito tempo. Já Alfredo Peixoto estimava que seria trezentos anos para se chegar ao branqueamento. (NASCIMENTO, 2016, p. 87- 88).

Nesta temática, inclusive denuncia Nascimento que as estatísticas demográficas<sup>5</sup> realizadas no Brasil são distorcidas da realidade, não

---

<sup>4</sup> Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como a defesa do trabalhador nacional

<sup>5</sup> Dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia no período de 1872 a 1950:

	1872	1890	1940	1950
Branços	3.787.289	6.308.198	26.171.778	32.027.661
Negros	1.954.542	2.097.426	6.035.869	5.692.657
Pardos	4.188.737	5.934.291	8.744.365	13.786.742
////	1872	1890	1940	1950

refletindo a verdadeira composição racial do país, pois desde 1950 o censo omitia o fator raça. As estatísticas não demonstram apenas o declínio em números de negros, mas refletem o ideal de embranquecimento imposto à população afro-brasileira. Tais estratégias deixaram visível a coerção exercida das classes dirigentes brancas na manipulação como mecanismo de conferir ou denegar aos negros acesso e mobilidade às posições sociopolíticas e econômicas. “E neste cerco fechado, o termo raça não aparece, mas é o arame farpado onde o negro sangra sua humanidade”. (NASCIMENTO, 2016, p.92).

Comenta ainda Nascimento (2016, p. 111):

A palavra-senha desse imperialismo da branca, e do capitalismo que lhe é inerente, responde a apelidos bastardos como assimilação, aculturação, miscigenação; mas sabemos que embaixo da superfície teórica permanece intocada a crença na inferioridade do africano e seus descendentes.

Somente a partir da Constituição brasileira de 1946 foi previsto, ainda que timidamente, a impossibilidade de propaganda de preconceito de raça e classe. Em 1951 com a Lei 1.390/51, a discriminação racial passou a ser considerada contravenção penal. A Constituição de 1967 referiu a igualdade na forma da lei sem discriminação de sexo, raça e trabalho.

Porém, a Constituição Federal de 1988 foi bem mais abrangente. Além de relacionar a igualdade à impossibilidade de discriminação de raça e sexo, também estabeleceu como objetivo da República promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo e cor e quaisquer outras formas de discriminação. Previu como princípio internacional o repúdio

Brancos	38,14%	43,97%	63,47%	61,66%
Negros	19,68%	14,63%	14,64%	10,96%
Pardos	42,18%	41,40%	21,20%	26,54%

ao racismo, assim como considerou que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão. Estabeleceu a necessidade de observância de igualdade salarial, proibindo diferenciações. Determinou que o Estado deve proteger a cultura indígena e afro-brasileira, assim como valorizar a diversidade étnica e regional. Também, reconheceu aos indígenas a sua organização social e cultural e o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, reconheceu a propriedade definitiva da terra aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras.

Na esteira da Lei 7.716/89 passou-se a responsabilizar atos racistas definindo os crimes decorrentes preconceitos de raça ou de cor e estabelecendo penas de reclusão. Já sob a ótica de valorização da cultura negra, a Lei 10.639/03 estabeleceu a obrigatoriedade de ensino de história e cultura africana e afro-brasileira nas escolas brasileiras. Depois, a Lei 12.288/2010 (chamado Estatuto da Igualdade Racial) dispôs sobre uma série de garantias de direitos e garantias relacionadas com a igualdade racial. Também no início deste século passaram a ser editadas leis de cotas raciais de acesso ao ensino superior e técnico, bem como de acesso a cargos públicos. No âmbito federal, as principais foram a Lei 12.711/12 que estabeleceu cotas para negros nas universidades federais e ensino técnico de nível médio e a Lei 12.990/2014 que estabeleceu cotas raciais para vagas em concursos públicos.

Apesar de toda a evolução legislativa proibindo discriminações negativas de raça, gênero e sexo que serviram para desenvolver sistemas de responsabilidade civil e penal, bem como para reconhecer direitos específicos a mulheres e negros, e estabelecer ações afirmativas para melhorar as condições de acesso ao ensino superior e à cargos públicos, ainda não ocorreram grandes mudanças estruturais sobre essas questões no âmbito fático.

O regime político continuou pouco acessível aos negros e mulheres, o que caracteriza um evidente déficit de representatividade. As instituições são omissas e tem grandes dificuldades para avançar no reconhecimento de direitos e promover soluções satisfatórias dos conflitos oriundos de práticas de segregação e discriminação, assim como não consegue impedir que policiais realizem os processos de estigmatização dos negros como inimigos, com consequente seleção criminal para suspensão ou eliminação.

Diante disso, há uma série de alternativas de democratização e promoção de igualdade a partir de um projeto coexistencial que vão além das proibições legislativas e sistemas de responsabilização contra atos discriminatórios.

Neste aspecto, Silvio Almeida (2020, p.48-49) aponta que é dever das instituições implementar práticas antirracistas efetivas e impedir a transmissão de privilégios e violências racistas e sexistas. Para isso cabe às instituições: a) promover igualdade e diversidade nas suas relações com o público externo; b) remover obstáculos para ascensão de minorias em posições de direção e prestígio; c) manter espaços permanentes de debates destas questões; e d) promover acolhimentos e composição de conflitos de raça e gênero.

Nessa linha, essa democratização plural que permita a coexistência e valorize positivamente a diversidade de raça e sexo resta dependente da criação de mecanismos de participação nas decisões estatais e constituição dos diversos órgãos pertencentes ao regime político.

Além disso, em razão desse modelo de democracia considerar a existência de todos e não apenas de homens brancos e ricos se mostra eticamente necessário e moralmente justo que se tenha certo equilíbrio e condições de igualdade paritária e participativa, sob o enfoque de justiça social entre os diferentes segmentos da sociedade seja na concorrência

política eleitoral para acesso nos cargos políticos, seja nas políticas de acesso a cargos administrativos com poder de decisão governamental.

A relação harmoniosa com o público externo depende tanto da existência permanente de práticas não discriminatórias, como da existência de programas que modifiquem as relações estruturais de dominação. Requer, ainda uma governança que atenda de forma mais satisfatória os interesses da complexa sociedade contemporânea, considerando as necessidades materiais e culturais, valorizando positivamente as diferenças de raças e de gênero.

Entretanto, também é preciso considerar que a superação destas desigualdades cumulativas exige articulações entre raça, gênero e classe visando mudanças profundas e estruturais, bem como considerando que todo esse modelo uniformizador, sob o referencial europeu patriarcal, que levou às hierarquizações e diferenças sociais no nosso continente, está imbricada e interrelacionada nos âmbitos institucional, político, jurídico e econômico.

## **Conclusão**

A constatação de que apesar da Constituição de 1988 ter trazido acertadamente uma série de fundamentos de cidadania e pluralidade, objetivos de igualdade, um conjunto de direitos fundamentais que determinaram a proibição de discriminação, a promoção de prestações materiais destinadas a garantir vida digna e a valorização positiva das diferenças culturais e diversidade de raça, sexo e gênero. Nesse contexto, demonstra-se que existe um descompasso entre a ordem formal e a realidade marcada por exclusões sociais de raça, gênero, sexo, que sujeitam negros e mulheres à violência e à miséria, à não prestação de serviços públicos essenciais e à insatisfação de necessidade básicas, assim como à sujeição à criminalizações e eliminações.

A análise das desigualdades de gênero e raça envolvem um conjunto múltiplo de fatores sociais, históricos, políticos, institucionais, econômicos e jurídicos.

Por isso que ao invés de conceber uma ordem fechada em si mesma o trabalho apontou a necessidade de desenvolver o seguimento de uma democracia plural e aberta à realidade fática, que envolva um projeto coexistencial que permita a superação de desigualdades de raça, gênero e sexo.

Entretanto, para a superação da discriminação não é suficiente alterações particulares forjadas na conscientização individual ou crença de mudanças morais e culturais com programas educacionais ou sistemas de efetivos de responsabilização individual.

Racismo, machismo e sexismo decorrem de desigualdades históricas e sociais e estão relacionados com o modelo de produção e elementos estruturais do Estado, inaugurado a partir da modernidade, que teve continuação na contemporaneidade.

Por isso, uma democracia que considere a igualdade de gênero e raça envolve modificações nos elementos estruturais do estado como limitações à soberania através de garantias efetivas de evitação da constituição do inimigo, seletividades, marginalizações e criminalizações. Tal desafio passa pela modelação de uma cidadania de emancipação e de direitos que leve em consideração as especificidades sociais e culturais de gênero e raça, a reordenação territorial, com novas possibilidades de distribuição da propriedade agrária e urbana, possibilidade de ascensão em condições de igualdade paritária e participativa de representação nas instituições, especialmente nos cargos políticos, de direção e decisão, assim como atividades de relevância e responsabilidade.

Ademais, o entendimento de que as diferenciações de gênero e raça estão relacionadas com o modelo econômico de produção de riqueza e

referência do valor, permite perceber que a mudança desse cenário de exclusões é dependente, por um lado, da promoção de alternativas econômicas a partir de igualdade, sob enfoques da justiça social, para dar condições econômicas e materiais para superação de relações de dependência e possibilitar formação de autonomias e por outro desconstrução permanente das pretensões de dominação econômica e uniformização cultural.

Nesse contexto, se mostram necessárias as possibilidades de democratização das instituições de modo a permitir uma governabilidade que não projete a assimilação e homogeneização cultural e considere a valorização positiva das diferenças culturais. Ainda que, tenha capacidade de satisfazer as demandas dos grupos historicamente e sociologicamente prejudicados, como por exemplo, a garantia da promoção de acesso igualitário à educação justa, à alimentação adequada, o acesso à moradia e a uma segurança não discriminatórias fazem parte da construção de um projeto de democracia plural e do projeto coexistencial eticamente necessário, moralmente justo e juridicamente fundamental.

## **Referências**

- ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Qual Socialismo?** Discussão de uma alternativa. São Paulo: Paz e Terra. 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo/ Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015.
- BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Trad. José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Edictora. 2011.
- BROWN, WENDY. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no Ocidente/ Wendy Brown traduzido por Mario A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Politeia, 2019.

HARRIS, Marvin. **Antropologia Cultural**. Madri: Alianza Editorial, 2001.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. n-1 edições: Tradução: Sebastião Nascimento. 2018a.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, estado de exceção, política da morte/ Achille Mbembe; traduzido por Renata Santini. São Paulo: n 1edições, 2018b.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado/ Abdias Nascimento. 3ªed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

PELBART, Peter Pál. **Vida Capital**: ensaios de biopolítica/ Peter Pal Pelbart, 1ª ed., São Paulo: Iluminuras, 2011.

PELBART, Peter Pál. **Ensaio Do Assombro**/ n-1 edições: 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. 1ªed. São Paulo. Boitempo. 2016.

SCHOLZ, Roswitha. **O valor é o homem**: Teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre sexos. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 45, p. 15-36, 1996.

SCHOLZ, Roswitha. **O sexo do capitalismo**: Teorias feministas e metamorfose pós-moderna do patriarcado. Editora Horlemann, B. 2011. Disponível em: [http://obeco-online.org/roswitha\\_scholz6.htm](http://obeco-online.org/roswitha_scholz6.htm). Acesso em: 20 dez 2020.

## **Lei de Cotas Brasileira para o ingresso em instituições federais de ensino: uma análise sob a ótica da sustentabilidade social**

*Laura Spaniol Martinelli<sup>1</sup>  
Júlio César de Medeiro<sup>2</sup>*

### **Introdução**

A Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012 – Lei de Cotas Brasileira (LCB), estabeleceu a reserva de vagas em instituições federais de ensino para pretos, pardos, indígenas, pessoas com deficiência, que estudaram em escola pública ou com baixa renda, ou seja, pessoas que, em razão de vulnerabilidades sociais vivenciadas, não tiveram as mesmas condições de preparação para as provas seletivas que estudantes pertencentes a famílias abastadas.

Antes do advento da LCB, todos os candidatos concorriam às mesmas vagas, o que acabava privilegiando os estudantes que frequentaram bons cursos preparatórios, não tiveram que trabalhar para ajudar no sustento da família, não conviveram com dificuldades decorrentes de sua raça ou condição física.

Assim, a LCB surgiu como uma tentativa de diminuir desigualdades sociais, proporcionando a facilitação de acesso ao ensino superior público

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Assistente em Administração junto à Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS Campus Passo Fundo. E-mail: lauraspaniol@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduado em Advocacia Trabalhista e Direito Tributário pela LFG/Anhanguera-Uniderp/RS. Graduado em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Advogado. E-mail: juliomedeiro@gmail.com.

a grupos vulneráveis da sociedade. As regras gerais dessa Lei serão tratadas no primeiro capítulo, que abordará também os preceitos constitucionais relativos ao direito à educação.

O segundo capítulo abordará a via social da sustentabilidade, pois, conforme se verificará, a igualdade de acesso à educação buscada pela política de cotas correlaciona-se com esse viés da sustentabilidade.

No terceiro capítulo serão analisados a sustentabilidade social e o acesso à educação de nível superior no Brasil, especialmente a partir da legislação de cotas vigente desde 2012. Nesse sentido, serão apresentados dados oriundos de estudos empíricos já realizados, os quais buscaram delinear se a LCB atingiu o principal objetivo ao qual se propôs: garantir o acesso à educação de nível superior a grupos da sociedade que antes possuíam poucas chances de garantir uma vaga.

Os dados expostos revelam avanços decorrentes da Lei, mas também fragilidades que demonstram, em relação a determinados grupos por ela abrangidos, que é necessário avaliar a possibilidade de adoção de políticas públicas complementares à Lei de Cotas, para que efetivamente o acesso à educação de nível superior seja assegurado.

Dessa forma, será demonstrado que a LCB representa sim avanços significativos no que tange ao desenvolvimento do ideal de sustentabilidade social, o que não exclui a necessidade de outras políticas públicas voltadas ao direito à educação.

### **1. A Lei de Cotas Brasileira para o ingresso em instituições federais públicas de ensino**

A educação é um dos direitos sociais previstos pelo art. 6º da Constituição Federal Brasileira (CFB) de 1988, o qual, interpretado em conjunto com outras disposições constitucionais, possui categorização como um direito fundamental. Nesse sentido, Silva (2008, p. 312): “O art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º,

eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a *educação é direito de todos*, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade.”

Todavia, da própria Constituição extrai-se que o caráter universal do direito à educação restringe-se aos ensinos fundamental e médio, conforme dispõe o seu art. 208 e incisos:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Portanto, analisando isoladamente o art. 208 da CFB, depreende-se que a educação básica – ensinos fundamental e médio – é direito de todos os brasileiros (inciso I), enquanto a educação em níveis mais elevados – graduação e pós-graduação – não possui a característica de direito universal.

Entretanto, ao realizar uma análise contextualizada da CFB, fica bastante claro o objetivo do legislador de atribuir elevada importância à educação, pois há vários dispositivos que, para terem eficácia social, dependem da existência do acesso à educação aos cidadãos brasileiros.

É o caso, por exemplo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, descritos no art. 3º da CFB:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com efeito, sem uma educação de qualidade e acessível para todos, não se pode falar em atingir plenamente tais objetivos! Não se promove o desenvolvimento nacional e a redução de desigualdades sociais e regionais enquanto o acesso à educação em determinado nível estiver restrito às elites.

Assim, muito embora a educação de nível superior não seja um direito universal expresso na CFB, o incentivo a essa formação para o maior número possível de brasileiros converge com os ideais e valores expressos de forma geral pelo texto constitucional de 1988, razão pela qual cabe ao poder público a promoção de políticas de fomento e inclusão a esse nível formativo.

Nesse liame, importa abordar o papel das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, os quais são assim conceituados por Silva (2008, p. 286):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Portanto, as prestações positivas proporcionadas pelo Estado podem ser compreendidas como as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. No dizer de Kujawa e Zambam (2018, p. 12): “As políticas públicas integram a identidade das democracias como projetos de Estado e de governos para a solução das necessidades de vítimas da exclusão

social, resposta às pressões dos cidadãos organizados, entre outras razões.”

Assim, os governos de um Estado adotam as políticas públicas que se relacionam com os objetivos do seu plano estratégico, ou seja, governos comprometidos com as causas sociais tendem a manter, aprimorar e implantar políticas públicas voltadas à redução das desigualdades, outros, todavia, não atribuem tanta importância à adoção de tais ações.

Relativamente ao acesso ao ensino superior público no Brasil, existiu, por muito tempo, um modelo de seleção de estudantes que privilegiava aqueles que pertenciam a classes sociais abastadas, com condições de preparação superiores a outros grupos, socialmente vulneráveis.

Esse acesso praticamente “restrito” à educação de nível superior pode ser compreendido como um reflexo das desigualdades sociais existentes no Brasil. A esse respeito, Carvalho (2011, p. 25/26), em abordagem sobre a política de cotas para negros adotada pela Universidade de Brasília (UNB), revela:

Um grande número de estudos realizados nas duas últimas décadas por autores como Carlos Hasenbalg, Néelson do Vale Silva, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, Kabengele Munanga, entre outros, cobrem praticamente todas as áreas que incidem de um modo estrutural sobre a qualidade de vida (na educação, no emprego, na moradia, na saúde física e mental, na auto-estima e na perspectiva de futuro) e confirmam um quadro dramático de discriminação racial no Brasil, o qual se estende também às instituições educativas, públicas e privadas, em todos os graus. No mercado de trabalho, além de uma inserção sempre inferiorizada, há discriminação no salário pago a negros e negras, bloqueios e dificuldades no seu ritmo de promoção funcional quando comparado com o dos colegas brancos em idêntica condição. Agregue-se a isso as barreiras de acesso aos empregos mais qualificados, o que faz com que os negros estejam praticamente ausentes, apesar de representarem 47% da população nacional, de todas as posições de prestígio, como no corpo diplomático, nos altos postos militares, na magistratura, no legislativo, nos

escalões superiores do Executivo e do serviço público em geral, nas universidades, nos postos de visibilidade na mídia e no nível executivo da empresa privada.

Logo, as cotas nas universidades representam o primeiro passo de inclusão e de modificação da realidade de desigualdades sociais decorrentes da raça ou de outras classificações de grupos em vulnerabilidade.

Assim, a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, ao estabelecer cotas para negros, pardos, indígenas, portadores de deficiência, pessoas de baixa renda ou que estudaram em escolas públicas, ingressarem em universidades federais e em instituições federais de ensino técnico de nível médio, representou a maior política pública já adotada no Brasil voltada ao acesso à educação de nível superior.

Nesse sentido dispõem os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei de Cotas:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita .

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Nota-se que a Lei estabeleceu diversas espécies de cotas, contemplando assim as múltiplas faces da desigualdade existentes no Brasil. Não somente negros e pardos, mas também os indígenas, os que estudaram em escola pública e os que comprovarem ser membros de família com baixa renda, ou seja, todos pertencentes a grupos que, consideradas suas realidades, não tiveram as condições mais adequadas de preparação para as provas de seleção.

Previu, ainda, que a política pública estabelecida seja revista após um prazo de dez anos, sendo que o Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, são os órgãos responsáveis pelo acompanhamento e pela avaliação do programa de cotas, cabendo-lhes também, para o fim de desempenhar essa função, ouvir a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), conforme arts. 6º e 7º.

A lei de cotas estabeleceu um critério temporal para que a política pública implementada seja avaliada, analisando se houve a correção de desigualdades, se há a necessidade de continuidade da reserva de vagas, dentre outras ações. Isso significa que, em meados de 2022, deverá ser

realizada esta avaliação, razão pela qual é muito importante o estudo dos seus impactos para a sociedade brasileira.

Nesse contexto, pode-se compreender a educação como um direito social fundamental amparado pela CFB, o qual se relaciona com diversos princípios constitucionais como o da dignidade, igualdade e liberdade, pois não se pode falar em liberdade, por exemplo, quando se é analfabeto e dependente de outras pessoas para interagir plenamente na sociedade.

Além disso, o direito à educação também está intrinsecamente relacionado aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo, nesse sentido, muito importante o desenvolvimento e o acesso à educação de nível superior, não apenas fundamental e médio.

Por essas razões, a lei de cotas brasileira corresponde à maior política pública de inclusão em termos de educação de nível superior já adotada, sendo que avaliar seus impactos é fundamental para re(definir) o sistema de cotas quando transcorrer o lapso temporal de dez anos estabelecido.

## **2. A necessidade de conceber a sustentabilidade como um objetivo primordial**

A sustentabilidade, em sua concepção mais básica, pode ser compreendida através do conceito utilizado por Boff (2015, p. 16): “Sustentabilidade é um modo de ser e de viver que exige alinhar as práticas humanas às potencialidades limitadas de cada bioma e às necessidades das presentes e das futuras gerações.”

Canotilho (2010, p. 9) também faz uma descrição do termo “sustentabilidade”:

A sustentabilidade em sentido restrito aponta para a protecção/manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. De modo mais analítico, considera-se que a sustentabilidade ecológica deve impor: (1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; (2) que os

recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências “nucleares” na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se.

Ou seja, a sustentabilidade diz respeito à forma de conduzir as ações, de modo a não inviabilizar a continuidade da existência humana no planeta Terra. Esse conceito possui correspondência com as três pilstras da sustentabilidade: econômica, social e ambiental. Conforme explica Boff (2015, p. 43/44):

É o famoso tripé chamado de *Triple Botton Line* (a linha das três pilstras) que deve garantir a sustentabilidade. O conceito foi criado em 1990 pelo britânico John Elkington, fundador da ONG *SustainAbility*, que se propõe exatamente a divulgar estes três momentos como necessários a todo desenvolvimento sustentável.

Portanto, a sustentabilidade abrange os cuidados com o meio ambiente equilibrado, uma economia e sociedade com menos desigualdades, em que seja viável a manutenção de todas as pessoas com condições básicas para viver bem e com liberdade. De acordo com Pereira (2016, p. 188):

Estas três dimensões também são reconhecidas pelo Instituto Ethos (INSTITUTO ETHOS, 2006) fundado em 1998 e referência no mercado brasileiro em responsabilidade social empresarial, que afirma que o adjetivo sustentável traz ao conceito de desenvolvimento um enorme desafio: conciliar eficiência econômica, equidade social e equilíbrio ecológico.

Nesse sentido, Canotilho (2010, p. 8), faz uma abordagem da sustentabilidade como um princípio – ainda em aberto - estruturante do direito constitucional, tal como os princípios da democracia, da liberdade, da juridicidade e da igualdade. No dizer do renomado autor:

É possível, porém, recortar, desde logo, o imperativo categórico que está na gênese do princípio da sustentabilidade e, se se preferir, da evolução sustentável: os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações.

Assim, a sustentabilidade assume feições relacionadas a toda a organização da sociedade. Considerando qualquer de suas pilstras, há vários autores que argumentam pela necessidade de encarar com seriedade os ditames da sustentabilidade, sob pena de se pôr em risco a manutenção da vida (com qualidade) e da ordem social.

Nesse liame, considerando o viés ecológico da sustentabilidade, Danowski e Castro (2014, p. 20):

Em setembro de 2009, a revista Nature publicou um número especial em que diversos cientistas, coordenados por Johan Rockstrom, do Stockholm Resilience Centre, identificaram nove processos biofísicos do Sistema Terra e buscaram estabelecer limites para esses processos, os quais, se ultrapassados, acarretariam alterações ambientais insuportáveis para diversas espécies, a nossa entre elas: mudanças climáticas, acidificação dos oceanos, depleção do ozônio estratosférico, uso de água doce, perda de biodiversidade, interferência nos ciclos globais de nitrogênio e fósforo, mudança no uso do solo, poluição química, taxa de aerossóis atmosféricos.

Com efeito, se o uso dos recursos naturais e as relações dos seres humanos com o meio ambiente não forem sustentáveis, coloca-se em

risco, do ponto de vista biológico, a existência da vida humana e de outras espécies.

Considerando o aspecto econômico, Gonçalves e Tárrega (2018, p. 347): “Se se considerar como objetivo do Estado e da sociedade apenas a busca de um crescimento econômico, estar-se-á negligenciando outros fins igualmente importantes (por exemplo, a busca pela felicidade, integração com a natureza, etc.) [...]”

Ou seja, levando-se em conta critérios sustentáveis, a economia não é um fim em si mesmo, no sentido de somente buscar o crescimento econômico sem limites, mas, ao contrário, deveria servir para possibilitar boas condições de vida a todas as pessoas, evitando, também, colapsos do sistema econômico que provocam crises, miséria, carências de todas as formas.

Sob a ótica social, a sustentabilidade é definida como a organização da sociedade que supera as desigualdades. No dizer de Freitas (2012, p. 58):

Dimensão social, no sentido de que não se admite o modelo do desenvolvimento excludente e iníquo. De nada serve cogitar da sobrevivência enfastiada de poucos, encarcerados no estilo oligárquico, relapso e indiferente, que nega a conexão de todos os seres vivos, a ligação de tudo e, desse modo, a natureza imaterial do desenvolvimento.

Ainda, Freitas (2012, p. 56) apresenta o conceito de pluridimensionalidade da sustentabilidade, aduzindo que outras dimensões, para além da ecológica, econômica e ambiental, podem ser acrescentadas, pois “[...] com o abandono de compreensões demasiado reducionistas, torna-se factível alcançar o desenvolvimento que importa, em sintonia com a resiliência dos ecossistemas e com a equidade intra e intergeracional.”

Desse modo, tendo em vista todos os aspectos da sociedade que são albergados pela sustentabilidade, e também o caráter complementar entre eles, além da relação existente entre a sustentabilidade e princípios constitucionais, é imprescindível que as políticas públicas também se voltem a essa temática, sob todos os seus vieses.

## **2.1 A via social da sustentabilidade**

A dimensão social da sustentabilidade refere-se ao ideal de diminuição das desigualdades sociais, as quais seguem em evidência em todas as partes do mundo, assolando multidões através da fome, falta de saneamento básico, condições de saúde, moradia, dentre tantas outras mazelas.

Assim, para que haja sustentabilidade social é necessário que todos os indivíduos sejam amparados através de seus direitos sociais básicos, conforme a explicação de Freitas (2012, p. 59):

[...] na dimensão social da sustentabilidade, abrigam-se os direitos fundamentais sociais, que requerem os correspondentes programas relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança (pública e privada) ser autofágico e, numa palavra, insustentável. Os milhões de idosos, por exemplo, têm de ser protegidos contra qualquer exclusão ou desamparo. O direito à moradia, por sua vez, exige a regularização fundiária e justifica, observados os pressupostos, o direito à concessão de uso de bem público.”

Portanto, o ideal de sustentabilidade social repudia o modelo de desenvolvimento que demanda a supressão dos direitos de parte da população para salvaguardar regalias para outra. Por exemplo, uma economia que produz grande quantidade de produtos às custas de trabalho que não respeita as mínimas condições de dignidade do trabalhador é insustentável! Em algum tempo, se transformará em uma

sociedade de doentes e desesperançosos, ao invés de uma sociedade na qual as pessoas vivam bem.

Da mesma forma, não é sustentável uma nação com grandes riquezas e indústrias, se há crianças que não frequentam a escola ou que passam por privações e abusos relativos à sua saúde física e/ou mental. Ou seja, uma sociedade socialmente sustentável pressupõe a coexistência e garantia de todos os direitos sociais de forma universal.

Obviamente, esse ideal de sustentabilidade social não é um objetivo de fácil alcance, mas, ao contrário, é representado por uma necessária mudança de paradigma a ocorrer dentro da estrutura das sociedades. Nesse sentido, Dias e Aquino (2019, p. 11/12):

Parece claro que é necessário ter como preocupação o sentido de harmonia no qual guia todas as dimensões da Sustentabilidade. Por esse motivo, e como proposta de se trazer um conceito operacional à Sustentabilidade social a partir dos autores deste estudo, deve-se entender essa categoria como a adequação homeostática que se manifesta pela interação entre as diferentes microestruturas sociais e ratificam ou modificam a função coercitiva das macroestruturas sociais no decorrer do tempo e dos espaços.

Isso significa que a construção do ideal de sustentabilidade social passa por mudanças nas micro e macro estruturas da sociedade, através da percepção de que o bem estar de todas as pessoas é condição essencial para a perpetuação de uma sociedade saudável.

Sob esse aspecto, se analisarmos a atual sociedade brasileira, é possível depreender que estamos muito distantes de viver uma situação ideal em termos de sustentabilidade social. Conforme matéria publicada pela Agência IBGE Notícias (2019, s/p), em análise a dados coletados no ano de 2018:

O rendimento médio mensal de trabalho da população 1% mais rica foi quase 34 vezes maior que da metade mais pobre em 2018. Isso significa que a parcela de maior renda teve ganho médio mensal de R\$ 27.744, enquanto os 50% menos favorecidos ganharam R\$ 820. Os dados são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua).

Como se percebe, o Brasil possui desigualdades sociais extremas, o que só pode ser corrigido através de políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais e à melhoria das condições de vida das pessoas, o que demanda um grau elevado de comprometimento dos governos com as causas sociais.

Portanto, se os governos estiverem preocupados somente em aumentar indicadores econômicos, correm o risco de fomentar a formação de uma sociedade adoecida e apática, o que pode ser diferente se os estilos de vida adotados e possíveis permitirem o bem estar e uma vida plena, para as presentes e futuras gerações.

### **3. Sustentabilidade social e o acesso à educação de nível superior no Brasil**

Muito embora não haja universalidade no acesso à educação de nível superior no Brasil, não há dúvidas sobre o quanto esse grau de formação pode repercutir de modo positivo na vida das pessoas.

A formação universitária não se resume à posse de um diploma, mas, para além disso, representa ascensão pessoal e possibilidades de crescimento profissional. No dizer de Piovesan (2012, p. 23/24): “Atente-se que a universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É fundamental democratizar o poder e, para isto, há que se liberar a estrada de acesso a ele, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário.”

A formação superior possui um caráter libertador, à medida em que amplia as possibilidades de emprego, renda, modo de viver e de pensar

das pessoas. Nesse sentido Morin (2003, p. 21/22) defende o desenvolvimento das aptidões gerais das pessoas:

[...] o desenvolvimento das aptidões gerais da mente permite o melhor desenvolvimento das competências particulares ou especializadas. Quanto mais desenvolvida é a inteligência geral, maior é sua capacidade de tratar problemas especiais. A educação deve favorecer a aptidão natural da mente para colocar e resolver os problemas e, correlativamente, estimular o pleno emprego da inteligência geral.

Consequentemente, a educação, especialmente quando se volta ao desenvolvimento de aptidões importantes como o senso crítico das pessoas, é um fator bastante relevante para o desenvolvimento humano e, em vista disso, para a redução de desigualdades sociais, ajudando a promover a consolidação de sociedades socialmente sustentáveis.

Conforme já demonstrado, embora o Brasil não assegure a universalidade do acesso à educação de nível superior, implantou, em 2012, a política de cotas para pretos, pardos, indígenas, pessoas com deficiência, que estudaram em escola pública ou com baixa renda, ação que, quando menos, democratizou as regras de acesso ao ensino público superior.

Além disso, o Brasil participou do documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, da Organização das Nações Unidas (ONU). Conforme o site da Plataforma Agenda 2030 (s/p):

A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta. São objetivos e metas claras, para que todos os países adotem de acordo com suas próprias

prioridades e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, agora e no futuro.

Destaca-se que um desses dezessete objetivos é a “Educação de Qualidade”, não obstante diversos dos outros objetivos acabem se relacionando de alguma forma com o desenvolvimento da educação: erradicação da pobreza, saúde e bem-estar, trabalho decente e crescimento econômico, redução das desigualdades, consumo e produção responsáveis, paz, justiça e instituições eficazes.

Portanto, o Brasil está alinhado internacionalmente com os objetivos globais voltados à sustentabilidade e, internamente, vem implementando políticas públicas direcionadas à sustentabilidade social, como é o caso da Lei de Cotas.

Logo, é importante avaliar os impactos dessa Lei, a fim de verificar se de fato seus resultados alcançam de modo significativo os objetivos de democratizar o acesso ao ensino e reduzir as desigualdades sociais.

### **3.1 Os impactos da Lei nº 12.711/2012**

Desde que iniciou a vigência da Lei nº 12.711/2012, estudos empíricos passaram a ser realizados para verificar o real alcance social da política de cotas.

Um desses estudos foi realizado no Campus Londrina da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), analisando se as vagas reservadas pela Lei foram de fato preenchidas pelos grupos aos quais se destinavam.

Os dados coletados pelos pesquisadores demonstraram que alguns grupos de cotistas estabelecidos pela Lei não atingiram um número de matriculados correspondente à reserva de vagas, sendo que os estudantes que se enquadravam nos critérios de renda e de raça foram os que mais apresentaram discrepância entre o número de vagas reservadas e de

matrículas. Em relação a esses dados, a conclusão de Guerrini, Piconi, Sturion e Mata (2018, p. 33) é um pouco desanimadora:

Provavelmente, muitos estudantes desses perfis nem chegam a se matricular por falta de condições materiais, ou mesmo nem realizam as provas do Enem por considerarem a possibilidade de entrada na universidade pública muito distante de seu horizonte cultural. Isso explicaria, também, a baixa percentagem de ocupação das vagas reservadas para estudantes de baixa renda. Dadas as dificuldades materiais de se ingressar em uma universidade (e manter-se nela), além das dificuldades de comprovação da renda para as categorias 1 e 2, somente aqueles que se convencem da possibilidade de ingressarem em uma universidade pública e conseguem os meios para superação dos eventuais entraves a esse acesso conseguem efetivamente concretizá-lo.

Veja-se que, para muitos, tamanha é a vulnerabilidade social que a política de cotas, por si só, não foi capaz de dar conta do acesso à educação de nível superior.

Não obstante as dificuldades evidenciadas pelo estudo na UTFPR, de modo geral é possível perceber um avanço no acesso desses grupos à educação superior. É o que menciona Melero, Martins, Rossi e Junkes (2018, p. 138):

Os dados do IBGE (2016) ainda mostram que, entre 2013 e 2015, a política afirmativa de reserva de cotas garantiu o acesso a aproximadamente 150 mil estudantes negros em instituições de ensino superior em todo o país. Ou seja, esse crescimento se deu, sobretudo, à política de cotas implementadas nas universidades e depois ratificada pela lei 12.711/2012, dado que os números anteriores a essas políticas são pífios.

Se a lei de cotas de 2012 não é capaz de dar conta de todas as situações de vulnerabilidade social que impedem os estudantes de prosseguir em

sua formação superior, os dados do IBGE demonstram que alguns impactos positivos decorrem de sua vigência.

Nesse sentido, Melero, Martins, Rossi e Junkes (2018, p. 139) prosseguem:

Outro dado a ser ressaltado é o fato de que os alunos negros e pardos que frequentam os bancos universitários são oriundos de escolas públicas, posto que a lei prevê a entrada, por cotas, de alunos de instituições públicas. Além disso, conforme o MEC, em 1997 apenas 27% das vagas em universidades federais eram preenchidas por alunos oriundos de escolas públicas. Com a política de cotas, esse número saltou para, no mínimo, 50% das vagas. Esses dados permitem que se faça a reflexão do quão inclusiva é a política de cotas sociais por criar mecanismos que permitem um tratamento mais igualitário entre as pessoas.

Com efeito, a LCB representa a ampliação de oportunidades de acesso ao ensino superior aos negros e pardos que pertencem às classes sociais mais baixas, por conjugar o critério racial com o de renda.

Há, além dos mencionados, um estudo que buscou traçar o perfil dos estudantes em universidades federais após a vigência da Lei de Cotas. A conclusão de Senkevics e Mello (2019, s/p) é muito interessante:

A primeira conclusão relevante é que se observou um aumento da participação de todos os grupos contemplados pela Lei de Cotas nas instituições federais. O grupo mais beneficiado, entre 2012 e 2016, foi o de indivíduos PPI<sup>3</sup> de escolas públicas. Constatou-se, também, um aumento da participação de indivíduos de escolas públicas independentemente da cor ou raça, porém em proporção inferior àquele observado para os PPI. O aumento da participação de estudantes de baixa renda segundo o critério adotado pela Lei de Cotas, isto é, estudantes de famílias com rendimento familiar *per capita* igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo, ocorreu de forma análoga ao aumento da participação de

---

<sup>3</sup>Pretos, pardos e indígenas.

estudantes de faixas superiores da renda familiar *per capita*. Isso, provavelmente, deve-se à utilização de um critério excessivamente abrangente de renda; a título de ilustração, de acordo com os dados dos CES 2012-2016 cruzados com os do Enem 2011-2015, 77% dos ingressantes das Ifes provêm de famílias com rendimento domiciliar *per capita* igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo. Assim, com o intuito de se aumentar a participação dos indivíduos mais pobres, talvez seja o caso de revisar o critério de renda da Lei de Cotas, tópico que transcende os alcances deste texto e merece ulteriores estudos. Por fim, observa-se que, apesar do aumento da participação das categorias contempladas pela legislação em tela, tais grupos demográficos ainda se encontram sub-representados nas Ifes, quando comparados à sua participação na população brasileira.

Percebe-se que novamente vem à tona os dados sobre o alcance das cotas para o grupo de pessoas com baixa renda, o que demonstra a necessidade de revisão da política existente, neste ponto, ou a adoção de outras políticas públicas direcionadas a esse grupo da sociedade.

Nesse contexto, é possível chegar à conclusão de que a Lei nº 12.711/2012 possui impactos positivos no que tange à inclusão de grupos socialmente vulneráveis no ensino superior público, o que se verifica através de dados oriundos de diversos trabalhos de pesquisa. Carece, todavia, de aprimoramento e revisão, especialmente em relação à categoria de pessoas de baixa renda, de forma a tornar a ação afirmativa mais abrangente e efetiva.

Está demonstrado, dessa forma, que a LCB representa avanços importantes para a construção de uma sociedade sustentável, considerando o viés social do termo. Entretanto, outras ações são necessárias, de forma a complementar a Lei já existente e assegurar o real acesso à educação de nível superior para as pessoas menos favorecidas.

## **Conclusão**

A educação é um direito social previsto pelo art. 6º da CFB, o qual, se interpretado de maneira conjunta com o restante dos dispositivos constitucionais, assume feição de direito fundamental. Esse entendimento é corroborado pela doutrina jurídica brasileira.

Conforme a CFB, o acesso à educação é universal para os níveis de ensino fundamental e médio, mas não para o ensino superior. Assim, para conquistar uma vaga em instituição pública de ensino superior, os estudantes precisam passar por provas seletivas, o que gerou, por muito tempo, uma espécie de elitização do ensino superior, visto que só ingressavam nas universidades federais as pessoas de classes sociais altas, que tiveram boas condições de preparação para as provas, ou seja, pessoas que já pertenciam a grupos sociais historicamente favorecidos.

Nesse liame, a LCB surgiu para modificar a forma de ingresso em tais instituições, prevendo a reserva de vagas para pretos, pardos, indígenas, pessoas com deficiência, que estudaram em escola pública ou com baixa renda, ou seja, estudantes que, em razão de dificuldades financeiras ou decorrentes de discriminação e outras situações adversas, não conseguiram se preparar da melhor forma possível para as provas seletivas das instituições de ensino.

Em outras palavras, a Lei de Cotas corresponde à ampliação das possibilidades de acesso à educação de nível superior para grupos menos favorecidos da sociedade, o que vai ao encontro do objetivo da República Federativa do Brasil previsto na CFB de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Sobre o direito à educação foi lançado o olhar da sustentabilidade, dando ênfase à abordagem sobre o viés social da sustentabilidade, o qual corresponde à redução das desigualdades sociais e à idealização de um

sistema econômico que se perpetue sem passar por cima dos direitos sociais das pessoas.

Nesse contexto, em análise ao direito à educação, no que tange ao ensino superior, embora seu acesso não possua caráter universal no Brasil, a LCB, vigente desde 2012, representou um importante avanço, pois constitui uma política pública de inclusão de grupos menos favorecidos da sociedade a um espaço que antes era praticamente restrito às elites abastadas: as universidades federais.

Além disso, o Brasil é signatário do documento Agenda 2030 – um compromisso internacional firmado em torno de 17 objetivos relacionados à sustentabilidade, sendo um deles a “educação de qualidade”. Isso significa que, nos campos do direito interno e internacional, o Brasil demonstra estar comprometido com a educação e com a ampliação e democratização do acesso a esse direito.

Dessa forma, é importante analisar, então, se a LCB demonstra resultados positivos em termos de inclusão de pessoas socialmente menos favorecidas no ensino superior público. Para tanto, foram analisadas algumas pesquisas realizadas após certo tempo de vigência da Lei nº 12.711/2012.

Os resultados das pesquisas demonstram que de fato houve avanços significativos em termos de acesso à educação de nível superior, pois ficou comprovado que grupos que antes quase não figuravam como alunos nas universidades federais, como os negros, por exemplo, hoje constituem boa parte da comunidade acadêmica dessas instituições.

Por outro lado, em relação ao grupo de pessoas denominado de “baixa renda”, os dados demonstram um índice baixo de ocupação das vagas reservadas, o que demonstra a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre as causas desse fenômeno, bem como sobre as possíveis políticas públicas complementares à Lei de Cotas que podem ser

adotadas para efetivamente garantir o acesso à educação de nível superior para as pessoas pertencentes a esse grupo.

Assim, tendo em vista os resultados positivos dos dados sobre os estudantes de universidades federais após a implantação da política de cotas no Brasil, conclui-se que essa ação de fato representa um avanço muito importante em termos de sustentabilidade social.

Contudo, outras ações por parte dos governos são necessárias, de modo a efetivar o direito de acesso à educação de nível superior para todos os grupos vulneráveis da sociedade, de forma a concretizar de fato o ideal de sustentabilidade social no Brasil.

## Referências

Agência IBGE Notícias. **Aumenta desigualdade social no país, revela pesquisa do IBGE.**

Disponível em: <https://www.anfip.org.br/geral/aumenta-desigualdade-social-no-pais-revela-pesquisa-do-ibge/>. Acesso em: 06 jan 2021.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade.** O que é – O que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 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: 14 dez 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm). Acesso em: 15 dez 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional.** Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review. 2010, Vol VIII, nº 13, 007-018.

CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil.** A questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar Editorial, 2011.

- DANOWSKI, Déborah. CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Há mundo por vir?** Ensaio sobre os medos e os fins. Florianópolis: Cultura e Barbárie: Instituto Socioambiental, 2014.
- DIAS, Felipe da Veiga. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Sustentabilidade social: reflexões em busca de uma sociedade mais justa.** Revista Jurídica (FURB). v. 23, nº 50, jan./abr.2019. ISSN 1982-4858.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GONÇALVES, Daniel Diniz. TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Direitos da natureza: reflexões sobre possíveis fundamentos axiológicos.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 340-360, Jan.-Abr., 2018 – ISSN 2238-0604.
- GUERRINI, Daniel. PICONI, Larissa Bassi. STURION, Leonardo. MATA, Ednei Aparecido Dias da. **Acesso e democratização do ensino superior com a Lei nº 12.711/2012:** o câmpus de Londrina da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, Brasília, v. 99, n. 251, jan./abr. 2018.
- KUJAWA, Henrique Aniceto. ZAMBAM, Neuro José. **Conquista da moradia no loteamento Canaã em Passo Fundo, Brasil.** Mercator, Fortaleza, v. 17, e17031, 2018.
- MELERO, Cássio. MARTINS, Cibele Barsalini. ROSSI, Elaine. JUNKES, Danyella. **A lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, como política pública que favorece a busca da igualdade material.** Revista de Ciências da Administração, v. 20, Edição Especial, Dezembro. 2018.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita:** repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- ONU, Organização das Nações Unidas. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 05 jan 2021.
- PEREIRA, Marcela Semeghini. **Meio Ambiente de Trabalho e os Princípios do The Triple Bottom Line:** a inevitabilidade de modernização da legislação para manutenção da ordem econômica. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ – Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. In: DUARTE, Evandro C. Piza. BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Org.). *Cotas Raciais no Ensino Superior. Entre o Jurídico e o Político*. 1ª ed. (ano 2008), 2ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2012.

SENKEVICS, Adriano Souza. MELLO, Ursula Mattioli. **O perfil discente das universidades federais mudou pós-lei de cotas?** Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742019000200184](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742019000200184). Acesso em: 05 jan 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

## **Tributação ambiental: a extrafiscalidade e a contribuição ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável**

*Júlio César de Medeiro*<sup>1</sup>  
*Laura Spaniol Martinelli*<sup>2</sup>

### **Considerações iniciais**

O anseio por um meio ambiente equilibrado tem preocupado seriamente a humanidade, mas apenas recentemente, pois durante muitos séculos a relação entre homens e a natureza foi de pura exploração. Somente quando mostrou-se evidente o fato de que os recursos naturais do planeta não eram ilimitados e que também não ocorria a regeneração de muitos como outrora, um pensamento conservacionista passou a povoar o imaginário da sociedade. A busca pelo desenvolvimento econômico a qualquer custo desempenhou papel nefasto e as consequências colhidas foram desastrosas.

A crescente poluição do ar e das águas, a deterioração da camada de ozônio, o aumento de doenças respiratórias e das causadas pela falta de saneamento, o aquecimento da atmosfera terrestre, secas, inundações e outros desastres ambientais tornaram-se eventos cada vez mais frequentes e evidenciaram a necessidade de a sociedade refletir sobre a necessidade de mudança em sua atitude em relação ao meio ambiente.

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduado em Advocacia Trabalhista e Direito Tributário pela LFG/Anhanguera-Uniderp/RS. Graduado em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Advogado. E-mail: juliomedeiro@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Assistente em Administração junto à Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS Campus Passo Fundo. E-mail: lauraspaniol@yahoo.com.br.

Logo, o conceito de sustentabilidade passou a ser difundido e tornou-se fundamental para a definição de programas e propostas para buscar condicionar o crescimento econômico e o desenvolvimento social às questões ambientais. Tornou-se evidente que o poder público deveria assumir sua função como ente regulador do mercado.

Nesse sentido, como ferramenta de arrecadação, o poder público lançou mão da tributação como instrumento regulatório, através de seu viés extrafiscal, para promover desejável mudança comportamental e comprometer a sociedade na busca do equilíbrio socioambiental, da sustentabilidade e do desenvolvimento.

Este compromisso vem insculpido na Carta Maior do país a partir do artigo 225 e seguintes, com a afirmação de que o meio ambiente equilibrado e sustentável é direito de todos e obrigação do Estado promovê-lo para a preservação das presentes e futuras gerações.

Tal previsão consiste em uma dramática mudança para o modelo de desenvolvimento até então em curso, mudança essa que invoca novo condicionamento dos seus agentes. A tributação ambiental, nesse sentido, consiste em uma importante ferramenta, um caminho possível para a realização desse compromisso.

O presente artigo, através da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, procurará demonstrar a efetividade da tributação ambiental como instrumento em defesa do meio ambiente equilibrado.

Ao início, será traçado um breve relato sobre princípios constitucionais e tributação ambiental. Em seguida, se explanará sobre os princípios da precaução, da prevenção e do poluidor-pagador, para, a seguir, tratar-se sobre a tributação ambiental e seu viés extrafiscal, bem como sobre os tributos possíveis de serem utilizados como instrumentos na defesa do meio ambiente. A conclusão indica que a utilização da tributação ambiental e da extrafiscalidade tributária como instrumentos

governamentais para a defesa e manutenção de um meio ambiente equilibrado é perfeitamente viável.

## **1 Os princípios constitucionais e a tributação ambiental**

É incontestável a importância do estudo da ecologia como ciência para a compreensão das relações entre o homem e a natureza. A ecologia faz despertar os seres que habitam a Terra para a sua relação entre si e com o planeta e com o meio ambiente, tornando visíveis os comportamentos dos sistemas existentes e compreensível o equilíbrio que mantém o sincronismo perfeito do funcionamento de tudo.

Essa consciência que se forma propicia perceber o homem como também componente do ecossistema, dependente de todo o meio e diretamente responsável pela sua manutenção e, por conseguinte, da própria sobrevivência.

A agir da humanidade, contudo, necessita de disciplina. O Direito, enquanto ciência social aplicada que estuda as regras e princípios que conforma a conduta humana pode oferecer instrumentos para esta disciplina, instrumentos que permitiriam limitar a ação negativa do homem sobre o meio ambiente e mesmo sua própria extinção.

A partir desse pensamento, o reconhecimento do direito/necessidade do homem a uma relação equilibrada com a natureza clama um arranjo jurídico novo quanto ao direito de propriedade, por exemplo, na medida em que o meio ambiente é bem de uso comum do povo.

Disso decorrem importantes considerações: a) Prevalece a supremacia do interesse público em confronto com o particular; b) O bem público passa a ser indisponível em matéria ambiental; c) A participação democrática tem papel central na interação do ente público com a iniciativa privada e o povo.

Desse entendimento surgem importantes princípios do Direito Ambiental que orientam o caminho para a aplicação de uma tributação voltada para a preservação da natureza.

### **1.1 Os Princípios da Precaução e da Prevenção**

A história está repleta de relatos de desastres ocasionados pelas forças da natureza, mas também dos ocasionados pela interferência humana no meio ambiente. Esses cada vez mais frequentes desastres permitiram enxergar o planeta como um organismo vivo, que assim se mantém por um frágil equilíbrio ecológico entre todas as criaturas que o habitam.

Tornou-se evidente com o passar do tempo que os recursos naturais do planeta não são inesgotáveis e sua disponibilidade para a atual e para as futuras gerações depende profundamente de como será planejada a sua utilização e preservação. A Conferência de Estocolmo, em 1972, provavelmente tenha plantado a primeira semente no âmbito internacional para a tomada de consciência sobre a necessidade de mudança na forma de interação entre seres humanos e natureza.

O exponencial crescimento da produção de bens e do seu consequente consumo causa uma pressão sobre os recursos naturais que se reflete diretamente em uma dramática queda da qualidade de vida, representada pelas baixas condições de moradia, falta de saneamento e da precária saúde dos povos, aumento da poluição, desmatamento, aumento da temperatura da atmosfera e inúmeros outros desastres ambientais relacionados com a exploração desenfreada dos recursos naturais.

Sabidamente, a degradação do meio ambiente é, em grande parte, irreversível. Diante disso, nasce para o poder público o dever de agir, principalmente de maneira preventiva, para impedir essa degradação. Porém, o desenvolvimento científico e tecnológico avança muito

rapidamente e de maneira tão complexa que dimensionar preventivamente os riscos a que o meio ambiente possa estar exposto é tarefa impossível. Assim, na impossibilidade científica de antever questões de risco, a dimensão ética do cuidado com o meio ambiente se baseia em uma regulação jurídica para atuar de forma preventiva.

Vem do direito Internacional, pela Carta do Rio, declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992), as primeiras luzes que fixaram o seguinte princípio:

Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com a sua capacidade. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Os princípios da prevenção e da precaução impõem ao poder público a necessidade de intervenção na atividade privada, para que haja sempre a prevalência do interesse público. Portanto, a dimensão pública da proteção ao meio ambiente se encontra diretamente ligada ao controle público da atividade econômica potencialmente poluidora e funciona promovendo políticas públicas a fim de condicionar comportamentos e atitudes na relação entre seres humanos e a natureza.

### **1.2 O Princípio do Poluidor-pagador**

Um dos principais objetivos do poder público como órgão regulatório da economia e das atividades privadas potencialmente poluidoras deve ser corrigir sequelas perversas da relação público/privado, relação essa representada pela privatização dos benefícios e a socialização dos custos/prejuízos socioambientais. Baseando-se na relação custo/benefício, o

mercado funciona sempre com intenção de socializar os custos ou prejuízos das operações que realiza, mas em relação aos lucros, trata sempre de torná-los privados, pois empenha-se em manter uma forte e permanente competitividade em busca de desenvolvimento econômico. Nesse *modus operandi*, não há lugar para assumir custos ambientais ou sociais, muito menos para partilhar resultados positivos na defesa do meio ambiente.

O princípio do poluidor-pagador tem lugar justamente quando é necessário que o custo decorrente da degradação advinda da atividade econômica privada seja suportado por quem o causou.

O reconhecimento jurídico do dever de internalização dos custos socioambientais se vincula precisamente com o instituto jurídico da responsabilidade, de modo que “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º, CF/1988).

De forma objetiva, o princípio do poluidor-pagador obriga o poluidor a assumir o risco do seu empreendimento, adotando medidas preventivas ou mitigando os impactos negativos, sob fiscalização e coação do poder público.

Desse princípio advém a possibilidade da criação, por parte do poder público, de um conjunto de medidas para impor aos empreendedores potencialmente poluidores, ou aos que se utilizem da natureza para extrair os recursos para a sua atividade lucrativa, sanções capazes de promover a responsabilização pelos custos ambientais.

## **2 Uma política ambiental**

A atuação do poder público como órgão regulador econômico se vincula diretamente às transformações do Direito desde o início do século XX.

A necessária preservação da espécie humana e da natureza como um todo, bem como a promoção de valores éticos e humanitários ficou evidente especialmente após 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial. Por seu turno, as repetidas catástrofes ecológicas fizeram mais real a preocupação com o meio ambiente. Por outro prisma, o raiar do século XXI apontou a importância da interação entre questões sociais, particularmente no mundo do trabalho, com as questões ambientais voltadas à conservação natural. Assim, tornou-se obrigatória a mudança das políticas governamentais para assumir o compromisso com a sustentabilidade do desenvolvimento, a partir de critérios que não apenas o desenvolvimento econômico a qualquer preço.

O poder público deve reconhecer a importância do investimento em defesa de um meio ambiente equilibrado, inclusive quando da gestão da sua própria atividade.

A receita pública, advinda da gestão dos recursos, pode ser classificada em dois grupos: receita originária e receita derivada. A receita originária, também conhecida como receita de economia privada ou de direito privado, é aquela provinda da exploração direta do próprio patrimônio do Estado. Já a receita derivada, conhecida como receita de economia pública ou de direito público, o Estado a auferir a partir do patrimônio dos particulares. São as receitas “caracterizadas pelo constrangimento legal para a sua arrecadação; contam-se os tributos e as penas pecuniárias, em resumo, rendas que o poder público colhe no setor privado, por ato de autoridade”. (BALEEIRO, 1984, p. 117).

Nesse grupo da receita derivada, ao lado das penalidades pecuniárias, a receita mais expressiva é representada pelo tributo. Do total de receita pública do Estado, a maior parcela, cerca de 90%, é de tributos.

A cobrança de tributos enquanto receita pública caracteriza sua função fiscal voltada para a arrecadação de recursos para o desenvolvimento das atribuições legais.

Por outro turno, o exercício do poder de tributar pode proporcionar a utilização de um tributo em sua versão extrafiscal, entendendo-se essa versão extrafiscal como uma forma de induzir comportamentos do sujeito passivo da obrigação tributária. A extrafiscalidade consiste “no emprego de fórmulas jurídico-constitucionais para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatários de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia de ser aquele próprio das exações tributárias”. (CARVALHO, 1999, p. 149).

### **3 Uma tributação voltada para a extrafiscalidade dos tributos**

A possibilidade de se utilizar um tributo como instrumento para a proteção do meio ambiente está diretamente relacionada à aplicação da extrafiscalidade tributária como técnica:

O sistema tributário contemporâneo tem funções próprias, fundamentadas na concepção do Estado dentro de uma sociedade capitalista e de mercado. Geralmente fala-se nas funções fiscais, que significam a arrecadação para a manutenção de serviços públicos universais e gerais. Fala-se também nas funções extrafiscais, de orientação econômica geral (função patrimonial); de estímulo e desestímulo ao mercado. (LOPES, 2000, p. 245).

A importância do caráter extrafiscal do tributo é percebida quando o intervencionismo fiscal funciona de forma eficaz como instrumento para a defesa, reforma ou a educação ambiental. A Constituição brasileira, por sua vez, atuando como diploma regulador da atividade econômica, conforme se depreende do seu artigo 170, assegura que, ao lado da livre-iniciativa e da valorização do trabalho humano, a defesa do meio ambiente deve ser um dos pressupostos a serem perseguidos no desenvolvimento

das atividades produtivas. Se pode dizer que a presença de normas viabilizadoras de um equilíbrio ecológico encontra nas normas constitucionais, de natureza extrafiscal, a possibilidade de consolidarem o desenvolvimento sustentável.

Ressalta-se que a tributação ambiental não tem por objetivo criar um adicional à já escorchantes carga tributária. O norte da tributação ambiental deve ser a diminuição ou substituição de impostos vigentes. “A internalização do custo social, seja para o produtor, para o comerciante ou para o consumidor, deve significar a diminuição ou supressão de outros impostos, procurando uma aplicação cada vez mais finalística da tributação”. (ROSEMBUJ, 1995, p. 265).

Pesquisas conduzidas nos Estados Unidos e na União Europeia apontam que o PIB (Produto Interno Bruto) pode aumentar quando são bem aplicadas as receitas provindas da tributação ambiental, ou quando ocorre a diminuição da tributação sobre os ganhos de capital ou ainda na redução das contribuições do seguro social pago pelos empregados. Esse fenômeno é chamado de mecanismo do duplo dividendo, em que através da tributação ambiental, se alcançam desejados comportamentos sociais. Em última análise, trata-se da aplicação da extrafiscalidade.

Exemplo nesse sentido pode ser visto na criação de um tributo ambiental incidente sobre a emissão de gás carbônico. Como esse tributo deve ser pago pelos proprietários de veículos automotores, entre outros, e com a receita auferida com a incidência dessa espécie tributária revertida para custear a seguridade social, como consequência os trabalhadores têm reduzidos os percentuais de contribuição. Por seu turno, os agentes econômicos são induzidos, dado o aumento aplicado sobre as emissões, a adotarem comportamentos menos danosos ao meio ambiente.

Estudo realizado sobre as principais modalidades de tributos ambientais que são utilizados em países que integram a Organização para

a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), revelou que a tributação ambiental assenta-se em dois fundamentos: a) tributos, impostos e contribuições especiais negativas são utilizados como ferramentas de correção dos danos ambientais; b) a prática fiscal da aplicação de isenções do tributo condiciona o contribuinte a buscar formas ecologicamente mais adequadas para o desenvolvimento de suas atividades.

#### **4 A política extrafiscal ambiental brasileira**

No Brasil, a preservação ambiental a partir de estímulos tributários ainda é bastante incipiente, embora iniciativas isoladas demonstrem que o tema não seja desconhecido dos legisladores.

As espécies tributárias existentes no sistema tributário nacional têm no imposto a modalidade mais empregada em vista da proteção ambiental.

O Imposto de Renda, o Imposto sobre Produtos Industrializados, o Imposto sobre a Propriedade Rural, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana demonstraram reais possibilidades de utilização como instrumentos de tributação extrafiscal.

##### **4.1 Imposto de Renda**

O Imposto de Renda foi o primeiro tributo no país a ser utilizado com uma função ambiental. A Lei nº 5.106/1966 estabeleceu a possibilidade de abatimento ou desconto nas declarações de rendimentos de pessoas físicas ou jurídicas de recursos empregados em florestamento e reflorestamento. Fica evidente a intenção de que o imposto funcione como instrumento extrafiscal indutor de comportamento, caracterizando-se fortemente como uma eficaz ferramenta da intervenção do Estado sobre o domínio econômico.

Para além da Lei nº 5.106/1966, a própria CF prevê no seu artigo 153, parágrafo segundo, inciso I, que o IR deve ser informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade. Esses critérios possibilitam a utilização extrafiscal do imposto, o que recomendaria seu emprego na tributação ambiental.

#### **4.2 Imposto sobre Produtos Industrializados**

Sob o princípio constitucional da seletividade (art. 153, § 3º, CF), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), previsto no artigo 46 do Código Tributário Nacional, pode também funcionar como tributo extrafiscal ambiental. O princípio da seletividade atua sobre a característica da essencialidade do produto. Logo, uma maior ou menor essencialidade do produto implicaria uma menor ou maior incidência tributária:

[A essencialidade] refere-se à adequação do produto à vida do maior número de habitantes do país. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo. Geralmente são os artigos mais raros e, por isso, mais caros, do ponto de vista econômico, a norma inspira-se na utilidade marginal. Do ponto de vista político, reflete as tendências democráticas e até mesmo socialistas do mundo contemporâneo no qual os países civilizados seguem orientação idêntica. (BALEEIRO, 1984, p. 347-348).

O Decreto nº 4.544 de 2002 se caracteriza, justamente, por uma preocupação com a preservação ambiental. Os produtos industriais, máquinas, equipamentos e bens de consumo empregados no processo de produção podem ter uma tributação reduzida ou mesmo não serem objeto da incidência do IPI, quando guardarem relação de proteção ambiental.

### 4.3 Imposto Territorial Rural

A extrafiscalidade do Imposto Territorial Rural estaria na progressividade das suas alíquotas com vista a condicionar comportamento dos proprietários a exercerem a função social da propriedade (art. 153, § 4º, CF). Uma melhor utilização dos imóveis rurais, desestimulando, através da progressividade das alíquotas, a manutenção de propriedades improdutivas, fortalece o desenvolvimento da agricultura e da pecuária, tão importantes para a economia nacional.

Além da progressividade das alíquotas, calculada em função do grau da utilização do imóvel rural, a Lei nº 9.393/96 traz implícita a defesa do meio ambiente quando prevê espaços territoriais especialmente protegidos, as Áreas de Preservação Permanente (APP) e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPN), que quando instituídas pelo proprietário do imóvel, podem reverter benefícios fiscais.

Ainda, quanto ao ITR, importante destacar a questão da repartição das receitas tributárias, prevista no inciso II do art. 158 da Carta Magna:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Pelo texto constitucional, o ITR poderá ser utilizado em sua completude quando fiscalizado e se cobrado pelo município sede do imóvel. Para isso, é necessário que o município mantenha convênio com a Receita Federal para a delegação das atribuições de fiscalização, lançamento do crédito e cobrança do imposto.

#### **4.4 Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana**

O Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU), de competência municipal, igualmente admite progressividade na aplicação de alíquotas, mas em razão do valor do imóvel, de acordo com a sua localização e uso. É empregado, além de sua função primordial arrecadatória, com o intuito de promover a função social da propriedade urbana, realizando assim sua missão extrafiscal.

O IPTU Regressivo é a modalidade de aplicação do imposto a proprietários de imóveis urbanos que cumpram sua função socioambiental, para que estes recebam benefícios fiscais, como a redução do valor do IPTU.

Um programa de IPTU Regressivo pode atuar tanto na preservação do meio ambiente quanto como ferramenta de conscientização e sensibilização da polis para as questões ambientais.

Oportuna e sempre atual a lição de Roque Antonio Carrazza sobre a validade dos incentivos fiscais na defesa do meio ambiente:

... andaria bem a legislação do IPI acaso tributasse minimamente (ou até deixasse de fazê-lo) a comercialização de produtos industrializados ecologicamente corretos (automóveis elétricos, ônibus movidos a gás, caminhões equipados com catalisadores eficientes, etc.). Por igual modo mereceria encômios legislação que dispensasse tratamento favorecido, em termos de IPTU, para o contribuinte que efetuasse a manutenção de parques e jardins públicos. Ou que isentasse de ICMS a comercialização de produtos agrícolas cultivados sem a utilização de agrotóxicos. (CARRAZZA,1997, p.32)

Partilhando deste pensamento, alguns municípios brasileiros implementaram planos de preservação ambiental calcados no entendimento de que a isenção do imposto, no caso o IPTU, seria o meio mais eficaz para tal. Destaca-se a experiência de Vitória, capital do estado do Espírito Santo, que através da edição da Lei Municipal nº 4.476/97,

regulamentada pelo Decreto nº 1.4072/2008, estabelece que os proprietários de imóveis urbanos situados parcial ou totalmente em áreas de preservação permanente podem obter isenção de no mínimo 50% no valor do IPTU.

Outro exemplo é a legislação municipal do município paulista de São Carlos, Lei nº 13.692/05, onde a isenção do IPTU pode contemplar os imóveis que mantenham áreas não impermeabilizadas, preocupação inerente com as crescentes enchentes nas grandes cidades.

O município gaúcho de São Leopoldo concede aos proprietários de terras que tiverem instituído Reserva Particular de Patrimônio Natural diminuição do valor do IPTU, reduzindo da base de cálculo deste tributo a área correspondente à reserva. Tal benefício foi também estendido aos proprietários de Áreas de Preservação Permanente (APP).

Contudo, na instituição de um incentivo fiscal é necessária a observância dos ditames da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo artigo 14 preconiza:

A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I- demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa da receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II- estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou compensação".

Tem-se então que o correto emprego e direcionamento da carga tributária pode ser excelente contribuição para o alcance do desenvolvimento economicamente sustentável, reduzindo-se a carga tributária de quem investe nos cuidados do meio ambiente ao mesmo tempo em que é punido quem poluiu, degrada ou em nada ajuda a eliminar ou reduzir os danos ambientais.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), ao definir a política urbana, estabeleceu que a propriedade deve assumir sua função social, de segurança e de bem-estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ecológico através de instrumentos de política econômica, tributária e financeira, representados pelo imposto territorial, pela contribuição de melhoria e por incentivos fiscais. Conforme Elizabeth Carrazza “a progressividade extrafiscal é, como se pode perceber, um dos instrumentos criados pela Constituição para fazer atuar o princípio da função social da propriedade”. (CARRAZZA, 2002, p. 97).

Por seu turno, o mesmo tributo pode ser exercitado sob uma óptica progressiva, sendo chamado então de IPTU Progressivo, cuja previsão constitucional se encontra disposta no art. 182 da Carta de 1988:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A maior contribuição do Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no tempo é promover a função socioambiental da propriedade urbana e da cidade, desestimulando a especulação imobiliária e favorecendo o crescimento ordenado da cidade quando evita os “vazios urbanos” e o crescimento em saltos.

Para áreas incluídas no Plano Diretor, o Poder Público Municipal pode exigir o aproveitamento adequado do solo urbano não edificado, mediante lei específica.

O não cumprimento da função socioambiental do imóvel pode sujeitá-lo ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo e ainda a desapropriação.

Nas palavras do professor João Telmo de Oliveira Filho:

O imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, com natureza extrafiscal, se caracteriza como sanção ao proprietário que não destinou sua propriedade a uma função social. A finalidade do município na utilização do IPTU progressivo no tempo não é a arrecadação, mas o de forçar o proprietário a cumprir com as obrigações previstas no plano diretor, de parcelar ou edificar. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos o Município deve aplicar o imposto com a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. Com relação ao valor da alíquota, o valor aplicado na

excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. No caso de não ser atendido nos cinco anos a obrigação do proprietário, o Município poderá manter a cobrança pela alíquota máxima até o cumprimento da obrigação, ficando garantida a prerrogativa de desapropriar o imóvel para fins de reforma urbana nos termos do § 2º do artigo 7º do EC. Ainda, pelo § 3º deste artigo, fica proibida a concessão de anistia ou isenções. (OLIVEIRA FILHO, 2004)

O IPTU Progressivo mostra-se uma ferramenta eficaz quando aplicada para a melhoria do meio ambiente urbano, obstaculizando e onerando a manutenção de áreas não ocupadas nos centros urbanos, como por exemplo a especulação imobiliária por terrenos urbanos centrais, que permanecem longos períodos, décadas até, tomados pela vegetação e lixo enquanto seus proprietários aguardam uma boa oferta. Outro exemplo comum é a manutenção de áreas urbanas de razoável extensão, encravadas em meio à cidade, criando vazios urbanos, na espera pelo momento oportuno para lançar um loteamento e provocar uma ocupação desordenada.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, através do disposto a partir do artigo 5º até o 8º, no concernente ao parcelamento, à edificação ou à utilização compulsórias do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, com vistas ao melhor aproveitamento do meio ambiente urbano, prevendo a aplicação de alíquotas progressivas do IPTU incidente sobre os imóveis que descumprem sua finalidade social, prevendo inclusive a desapropriação do bem.

A grande novidade trazida por esta lei está exatamente na criação de instrumentos que possibilitam uma intervenção mais concreta e efetiva do poder público no desenvolvimento urbano. Com isso espera-se alcançar,

pelo menos, dois objetivos: mitigar a especulação imobiliária e fazer com que a propriedade imobiliária urbana cumpra sua função social.

Contudo, é logo no parágrafo único do primeiro artigo do Estatuto da Cidade que se percebe uma clara intenção carregada pela norma: a defesa do meio ambiente:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Mais explícita ainda a intenção ambientalista carregada pela norma quando se analisa o artigo segundo e seus incisos, que trazem por objetivos da lei temas como a garantia do direito a cidades sustentáveis, planejamento do desenvolvimento das cidades, a ordenação e controle do uso do solo e a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, entre outros.

Arrematando as considerações acerca do Estatuto da Cidade e sua interação na defesa do meio ambiente, pode-se destacar que embora disponha em seu texto mecanismos que poderiam efetivamente funcionar em defesa do meio ambiente, o legislador tropeçou quando delegou prerrogativamente e não obrigatoriamente essas competências aos Municípios, pois se o poder público municipal não se manifesta ou atua, o Estatuto da Cidade não acontece. Por outro lado, delegadas exclusivamente à municipalidade, sem aporte ou suporte financeiro dos Estados ou da União, a defesa do meio ambiente constante do Estatuto é fadada à morte por inanição de recursos.

Por outro lado, nada há disposto no Estatuto da Cidade quanto a incentivos fiscais para proprietários de imóveis que promovam a preservação de recursos naturais e bens ambientais. Mas seria possível em relação a instrumentos jurídicos previstos, como por exemplo, no caso, a outorga onerosa do direito de construir (art. 30 e 36), nas operações urbanas consorciadas, na transferência do direito de construir (art. 35, II) e, especialmente, no direito de preempção, quando o Poder Público Municipal quisesse ter preferência na aquisição de imóvel particular, conforme o artigo 26, VI e VII, isto sem falar no estudo de impacto de vizinhança, previsto no artigo 37, VI e VII e artigo 38, todos do Estatuto da Cidade.

Estas proteções ambientais previstas pelo Estatuto da Cidade hoje não estabelecem relação com as isenções e imunidades do Direito Tributário, mas podem ser objeto de isenções tributárias, havendo legislação municipal que regulamente o assunto.

#### **4.5 Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços**

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), é um tributo cuja arrecadação é direcionada totalmente aos cofres do Estado federado.

A partir da forma como está prevista a repartição tributária à qual está sujeito o ICMS, especificamente no que se refere ao parágrafo único, inciso II, artigo 158, da Constituição Federal, que faculta aos Estados a possibilidade de dispor de um determinado valor do ICMS conforme livre disposição de lei estadual ou federal no caso de Territórios, surgiu a figura do ICMS Ecológico. Sua característica principal está na forma da sua destinação, onde Fiorillo nos dá um panorama rápido sobre a implementação do ICMS Ecológico:

Os Municípios viam suas economias debilitadas pelas restrições de uso causadas pela necessidade de vigiar os mananciais de abastecimento para Municípios adjacentes e pela existência de unidade de conservação; por um lado, o Poder Público estadual percebia cada vez mais a real necessidade de modernizar seus instrumentos de política nesse sentido. O chamado ICMS ecológico nasceu, como se vê, sob a forma primeira de “compensação”, evoluindo tempos depois para o formato do benefício fiscal, vinculado direta e indiretamente à conservação ambiental, sendo esta nos tempos atuais a sua mais marcante característica. (FIORILLO, 2010, p. 152)

Nesse sentido, o ICMS Ecológico traz um novo critério de redistribuição da receita tributária, um critério ambiental. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 prevê, ao seu artigo 158, IV, que 25% do ICMS deve ser repassado aos municípios; 75% desses 25% constituem parcela determinada através de rígida aferição decorrente da participação dos próprios municípios na arrecadação do ICMS. O percentual restante de 25% poderá ser distribuído de acordo com o que dispuser a lei estadual. Aí situa-se a possibilidade do emprego do critério ambiental, havendo então a necessidade da existência de lei estadual específica a delimitar a questão.

Se primeiramente o ICMS Ecológico surgiu com fins compensatórios, em um segundo momento transformou-se num instrumento de incentivo, pois os municípios se viram estimulados a adotar medidas de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, em uma evidente indução à criação de Unidades de Conservação ou para a manutenção das já existentes.

Ao serem adotadas medidas similares por outros estados da federação, verifica-se que além da presença dos critérios que inicialmente embasaram o ICMS Ecológico, novos critérios ambientais foram implementados, como a criação de sistemas de tratamento do lixo, esgotamento sanitário e seu tratamento, controle das queimadas,

conservação do uso e manejo do solo, programas de educação ambiental, entre outros.

Pode-se concluir que o ICMS Ecológico realiza, de forma muito satisfatória, uma função extrafiscal do tributo, pois, pela sua forma de ação, induz os municípios a adotarem medidas em vista da sustentabilidade ambiental e o estado federado a legislar em defesa do meio ambiente.

### **Considerações finais**

A relação da humanidade com a natureza, com o planeta, foi caracterizada por muito tempo como meramente exploratória, servindo os recursos naturais como bens destinados a fomentar o desenvolvimento material ou econômico dos povos. A consciência da necessidade da defesa da natureza, da busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é muito recente. A caminhada da espécie humana sempre foi marcada pela falta dos necessários cuidados com a proteção e preservação do próprio ambiente em que se desenvolvia e, conseqüentemente, da sua própria preservação. Assim, surgiram as conseqüências advindas de tal conduta: poluição do ar e da água, comprometimento dos solos, formação de desertos, aumento das doenças provocadas pela falta de saneamento adequado, fome, aumento da temperatura da atmosfera, degelo das calotas polares, entre outros, são exemplos emergentes da falta de cuidados com a natureza.

Na relação com o meio ambiente, o homem sempre se comportou como se os recursos naturais fossem ilimitados e sempre disponíveis. O uso indiscriminado desses recursos foi explorado ao ponto em que passou a afetar a própria sobrevivência humana. O relatório de Brundtland (1987), trouxe o conceito de desenvolvimento sustentável, que apresenta-

se como uma das ferramentas indispensáveis para o implemento de uma política ambiental ecologicamente equilibrada.

A ideia de que o desenvolvimento deve prover às necessidades do presente e não comprometer a possibilidade de as gerações futuras também atenderem às suas próprias necessidades embasa o conceito de desenvolvimento sustentável, sendo uma forma que, embora historicamente recente, já é adotada por diversos países na busca da proteção e preservação ambiental.

A constatação final também é no sentido de que o poder público não pode eximir-se da sua atuação na proteção do meio ambiente, pois através de instrumentos normativos e de regulação das atividades econômicas pode, com comprovada eficácia, condicionar o comportamento de pessoas e instituições de forma benéfica à preservação ambiental.

O tributo, dispositivo político/jurídico de que o poder público dispõe e que constitui a principal fonte de receita pública derivada utilizada pelo Estado na realização das suas missões constitucionais, se apresenta como um excelente instrumento de indução de comportamentos dos sujeitos passivos, cumprindo desse modo uma função extrafiscal.

A relação entre o Direito Ambiental e o Direito Tributário, até pouco tempo considerada improdutiva, encontra na extrafiscalidade da tributação ambiental a possibilidade de condicionar comportamentos em prol de um desenvolvimento econômico sustentável, fruto da conscientização da sociedade e de sua necessária e participação ativa nesse processo capaz de assegurar a qualidade de vida no presente e no futuro.

As experiências acerca da tributação ambiental existentes nas diversas nações ao redor do mundo, principalmente na Europa, mas também as experiências locais, revelam-se muito eficazes na preservação do meio ambiente.

No Brasil, constata-se que a tributação ambiental está em fase de implantação/desenvolvimento. Importante salientar que, pela análise do sistema tributário nacional vigente, a aplicação do tributo ambiental é perfeitamente viável, sobretudo através das espécies tributárias que guardam uma maior relação com a extrafiscalidade, como no caso dos IPTU e ITR, IR e ICMS.

Estado e sociedade, irmanados por laços de solidariedade em busca do desenvolvimento sustentável, têm todas as condições para, em sendo protagonistas da sua história, escreverem uma nova página onde sejam traçadas, como fundamentos da existência, uma vida digna e com qualidade aos que hoje vivem e àqueles que amanhã viverão, em um meio ambiente ecologicamente equilibrado e desenvolvido.

## Referências

AMAZONAS. Assembleia Legislativa. **Lei nº 3135/2007**. Disponível em <http://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%E7%E3%20Estadual/Lei%20Estadual/Ano%202007/Arquivo/LE%203135%2007.htm>. Acesso em 27mar2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de Direito Ambiental**. 6.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a emenda constitucional n. 51 de 14.02.2006. 2.<sup>a</sup> ed. ver. e at. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.<sup>a</sup> Ed. ver. e at. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo, Saraiva, 1963.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13<sup>a</sup> Ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1998.

BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em 21abr2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em 21abr2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3378**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3378.pdf>. Acesso em 21abr2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

CARRAZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade: Igualdade e Capacidade Contributiva**. Curitiba, Juruá, 2002.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo, Saraiva, 1999.

CONFERÊNCIA DA NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Carta do Rio**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf>. Acesso em 20abr2021.

FERNADES, Edison Carlos. **Direito Tributário Municipal**. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. **Teoria e Prática das Isenções Tributárias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FROTA, Elisa Bastos. **O princípio da precaução**. Jus.Com.Br. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/14112>. Acesso em 15abr2021.

JUNIOR, Dario da Silva Oliveira. **Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade, anterioridade e capacidade contributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. **O Estatuto da Cidade: fundamentos e principais instrumentos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 347, 19 jun. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5370>. Acesso em 21abr2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de A. **Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LENZ, Leonardo Martim. **Proteção ambiental via sistema tributário**. Jus.Com.Br. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6343>. Acesso em 21abr2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MATOS, Fernanda. **Tributação e a proteção e preservação do meio ambiente.**

Jus.Com.Br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14342/tributacao-e-a-protecao-e-preservacao-do-meio-ambiente/2>. Acesso em 15abr2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Lei nº 17727/08.** Disponível em

[http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=17727&comp=&ano=2008&aba=js\\_textoAtualizado#texto](http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=17727&comp=&ano=2008&aba=js_textoAtualizado#texto). Acesso em 27mar2021.

OCDE. **Environmental taxes and gree tax reform.** Paris, 1998.

ORLANDO, Breno Ladeira Kingma; GUDINO, Daniel Mariz; TROUW, Ernesto Johanness.

**Direito Tributário Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIBEIRO, Maurício Andrés. **O Princípio Protetor Recebedor para preservar um bem**

**natural.** Revista Eco 21. Disponível em: <http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=495>. Acesso em 16abr2021.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Lei 11.038 de 14 de novembro de 1997.**

Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%C2%BA%2011038&idNorma=534&tipo=pdf>. Acesso em 10abr2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental:** Parte Geral. 2 ed. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROSEMBUJ, Túlio. **Los tributos y la proteccion del médio ambiente.** Madrid: Marcial

Pons, 1995.

SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento.** São Paulo: Perspectiva, 1978.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito

constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY,

Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental:** na Dimensão Internacional e Comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÃO CARLOS (SP). **Lei Nº 13.692 DE 25 DE NOVEMBRO DE 2005.** Disponível em <http://www.saocarlos.sp.gov.br/images/stories/pdf/lei13692%20com%20alteracao.pdf>. Acesso em 18abr2021.

SÃO PAULO (SP). Câmara Municipal. **Lei 14933/99.** Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14933-de-05-de-junho-de-2009#:~:text=Institui%20a%20Pol%C3%ADtica%20de%20Mudan%C3%A7a%20do%20Clima%20no%20Munic%C3%ADpio%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.&text=Institui%20a%20Pol%C3%ADtica%20de%20Mudan%C3%A7a%20do%20Clima%20no%20Munic%C3%ADpio%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.,-GILBERTO%20KASSAB%2C%20Prefeito>. Acesso em 18abr2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, João Carlos Bezerra da. **Os instrumentos jurídico-econômicos conciliadores do conflito entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Jus.Com.Br. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14347>. Acesso em 10abr2021.

TORRES, Helene Taveira. **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000.

VIANA, Raniere Franco. **A tributação ambiental como instrumento de defesa do meio ambiente.** Jus.Com.Br. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13052>. Acesso em 16abr2021.

VITÓRIA (ES). **Lei nº 4.476, de 18 de agosto 1997.** Disponível em [http://camarasempapel.cmv.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html\\_impressao/L44761997.html](http://camarasempapel.cmv.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html_impressao/L44761997.html). Acesso em 21abr2021.

## **Projeções da constituição sobre o direito penal: a partir da análise da natureza hedionda do tráfico privilegiado (*Habeas Corpus* 118.533/MS)**

*Matheus H. da Silva*<sup>1</sup>

### **Introdução**

Com a sedimentação do consenso em torno da primazia ocupada pelas Constituições sobre o sistema jurídico-político ao qual estão vinculadas, passou-se a defender o processo de constitucionalização das áreas especializadas do Direito, dentre elas o direito penal. A concepção básica é de que essas matérias deveriam se submeter à imperatividade constitucional, adequando-se aos novos valores institucionalizados. No entanto, esse processo ainda está longe de ser finalizado, demandando esforço teórico e prático para sua concretização.

Para verificar as dificuldades do aludido processo, sobre a temática criminal (especialmente), será analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal retirando a qualidade hedionda sobre o tráfico privilegiado (art. 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006). Para tanto, será cotejada as razões da decisão com o referencial teórico a ser desenvolvido na pesquisa.

Por outro lado, o método de abordagem a ser utilizado no trabalho será o dedutivo, já que serão estabelecidas premissas maiores (teóricas) que incidirão sobre as menores (razões da decisão do STF). Ainda, o método de procedimento será o monográfico e histórico, justificado pela

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Advogado.

necessidade de análise de dispositivos constitucionais da Carta brasileira de 1988, assim como da teoria do Estado e suas consequências para os direitos fundamentais. Por fim, como técnica de pesquisa, será usada a documentação indireta, por meio de bibliografia selecionada.

De outra banda, o trabalho estará cindido em quatro partes: as relações entre a Constituição e o direito penal e as projeções daquela exercidas sobre esta; a evolução da teoria do Estado com sua correlata implicação sobre os direitos fundamentais; os mandados de incriminação na Constituição brasileira como função normativa do direito penal e; finalmente, à análise crítica dos fundamentos utilizados pela Corte Suprema para retirar o caráter hediondo do tráfico minorado.

### **1. Projeções do texto constitucional sobre o campo criminal**

Com o advento das Constituições do segundo pós-guerra, tornou-se costume dizer que há um processo de constitucionalização das matérias do Direito, dentre elas o direito penal. Tomando como paradigma a Lei Fundamental brasileira é possível salientar que ela funciona como (a) limite material, (b) fonte valorativa e (c) fundamento normativo para o legislador criminal (FELDENS, 2008, p. 213).

A primeira função visa impedir excessos no exercício da persecução penal, sendo a função constitucional tradicional, a de limitação do poder punitivo. Já a segunda, diz respeito à imprescindibilidade da norma incriminadora proteger um bem jurídico com previsão no texto constitucional, outro aspecto sem maiores objeções na dogmática penal. Porém, com relação à função normativa pouco se refletiu sobre o seu *"conteúdo, e mesmo sobre a força vinculante, das normas constitucionais que veiculam o que denominamos mandados constitucionais de criminalização"* (FELDENS, 2013, p.841). Aliás, pode-se afirmar que essa característica é questionada e criticada pela doutrina criminalista.

O processualista Aury Lopes Júnior, salienta que a Constituição brasileira possui um evidente projeto penalizador e que essa marca é um verdadeiro déficit civilizatório (2016, p.374). De outra banda, Ademar Borges de Sousa Filho divide em dois grandes grupos a constitucionalização da seara penal: o primeiro, destina-se a limitar a atividade legiferante, partindo de uma base lógica-formal, pautada em princípios liberais como a legalidade, culpabilidade, individualidade da pena. O outro grupo funciona como legitimação ou fundamentação da tutela penal, assim sendo, as condutas que são objeto de tipificação, para serem delitos, devem afetar bens jurídicos de índole constitucional, quando estes não puderam ser protegidos por outros ramos sancionadores. O primeiro grupo é denominado de Constituição-limite enquanto o segundo é chamado de Constituição-fundamento (2019, p. 101-102).

No que se refere à função normativa, o mencionado autor tece uma visão bastante crítica, pois considera sua previsão um equívoco do constituinte, diante das reformas progressistas realizadas no sistema penal em 1984, que precederam a Assembleia Constituinte. Assim sendo:

A virada punitiva brasileira gestada durante a Assembleia Nacional Constituinte se expressou no texto constitucional de várias formas. Em primeiro lugar, prevaleceu a decisão de que alguns crimes deveriam ser inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça e anistia. Em segundo lugar, a ideia de que o direito penal seria um poderoso instrumento de proteção de direitos fundamentais resultou na positivação de amplo catálogo de mandados constitucionais de penalização (2019, p. 99).

Adiciona-se a previsão dos crimes hediondos e está consolidada "*a crença na pena de prisão como mecanismo preferencial de solução de conflitos sociais*" (SOUSA FILHO, 2019, p.100). Por causa dessas

circunstâncias, haveria um protagonismo da pena de prisão e do direito penal como instrumento de segurança pública. Todavia, a mencionada asserção é contestável, no mínimo, porque a Lei Maior brasileira, além de vedar expressamente a utilização de penas desumanas, inovou ao sugerir um rol exemplificativo ao Parlamento com a prevalência de sanções alheias ao cárcere, portanto:

A principal conclusão acerca da técnica adotada é a do explícito reconhecimento da inadequação da pena de prisão para atingir os fins propostos, sejam quais forem (retribuição proporcional, prevenção geral ou prevenção especial). Como corolário lógico, o texto permite verificar a compreensão do constituinte em relação aos efeitos deletérios do cárcere. Não por outro motivo todos os exemplos referidos na Constituição são de sanções alternativas ao encarceramento (CARVALHO, 2013, p.869).

Isso sem falar no princípio da presunção de inocência que condiciona o início do cumprimento da pena depois de cessados todos os recursos disponíveis ao réu. No que tange aos delitos hediondos, os excessos legislativos foram adequados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> por meio do exercício da jurisdição constitucional. Por fim, como veremos mais adiante no trabalho, os mandados de penalização apenas consubstanciam a dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais. Na realidade, o encarceramento em massa está muito mais relacionado às práticas realizadas pelas agências oficiais de controle social do que por disposições constitucionais.

Com as considerações acima narradas, pode-se dizer que, embora a repercussão do direito constitucional sobre a matéria criminal seja ampla, direta e imediata, não foi "*explorada de maneira abrangente e sistemática*

---

<sup>2</sup> A Corte declarou inconstitucional a imposição legal obrigatória de regime inicialmente e integralmente fechado para os crimes hediondos (HC 82959 e HC 111840, respectivamente), bem como a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

*pela doutrina especializada*" (BARROSO, 2016, p. 416). Isso acontece principalmente com relação aos campos de regulamentação penal cuja atuação do Congresso Nacional é imprescindível para os fins constitucionais, essa amnésia dogmática ocorre:

Quiçá porque partidas, em maciça maioria, de bases penalistas - e não propriamente constitucionalista - fortemente comprometidas com uma fase inaugural do positivismo jurídico, as construções dogmáticas que fomentam essa saudável simbiose entre Constituição e Direito Penal esgotam-se, via de regra, numa visão unilateralista da ordem constitucional, fazendo operá-la, em sua projeção sobre o direito punitivo, precipuamente como instrumento de limitação de poder; ou seja, de contenção das potestades legislativas que impliquem restrições a direitos individuais nela residentes (FELDENS, 2008, p. 212).

O ponto de convergência entre a Lei Fundamental e as ciências penais, acontece por meio dos direitos fundamentais visto que é possível afirmar que a proteção desses direitos confunde-se com a própria razão de existir do ente estatal, pois, sem ele, essas posições jurídicas ficam comprometidas, assim como as pessoas titulares das citadas posições (NETO, 2013, p.83).

Assim, torna-se ínsita uma questão para a doutrina penal: como trabalhar apenas com uma noção de contenção diante de uma Constituição Cidadã cuja materialidade é social, compromissória e dirigente, ao mesmo tempo em que prevê e determina criminalizações?

Desse modo, nota-se que a desconfiança dos criminalistas com relação à efetividade do direito penal, tomando como parâmetro a realidade prisional brasileira, implica numa visão limitadora desse âmbito de modo que as interseções entre Constituição e seara criminal fiquem adstritas aos direitos fundamentais do réu.

Essa concepção unidimensional dos direitos fundamentais, é, na verdade, uma má compreensão sobre a teoria do Estado e dos direitos jusfundamentais, já que a referida dogmática está calcada num paradigma liberal-individualista, isto é, o direito penal cuida-se apenas de proteger o cidadão-réu do seu maior violador, o Estado.

## **2. Dos direitos individuais liberais à multifuncionalidade dos direitos fundamentais**

No fim do século XVIII, a burguesia francesa, além de discordar dos privilégios usufruídos pela nobreza e pelo clero (como o fato de não pagarem impostos), já não se contentava apenas com o poder econômico, também almejava o político. Essa circunstância, somada a crise institucional e social, culmina na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que decretou o fim do absolutismo monárquico - antigo regime (MORAIS; STRECK, 2012, p. 51-52). Emerge a primeira faceta do Estado de Direito, o Estado Liberal que é caracterizado pela outorga de garantias próprias aos indivíduos, ao lado de uma prática comercial ancorada no livre desenvolvimento e na liberdade contratual, portanto, o regime liberal é centrado na limitação do poder governamental (MORAIS; STRECK, 2013, p.234).

Essa forma de organização estatal burguesa possuía campos de atuação ou tarefas bem delimitadas, mormente pela legalidade, lei. Via de regra, era garantido ao Estado a manutenção da ordem e segurança, além da proteção das liberdades civis, possibilitando o pleno desenvolvimento econômico do capitalismo, considerado algo natural. Trate-se de um Estado mínimo (GERVASONI; LEAL, 2013, p. 19).

É, portanto, no bojo das revoluções burguesas (Revoluções Francesa e Americana em especial, sem olvidar da Revolução Gloriosa de 1688-89) que surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão, caracterizados por uma feição individual e oponível, preponderantemente,

ao poder público. Nessa época, propunha-se uma atuação estatal bastante limitada porque as suas ingerências no espaço privado eram absolutamente reprováveis, porquanto sua virtude era a abstenção.

Esses direitos concebidos no seio liberal são considerados, tradicionalmente, como direitos civis e políticos, pautados numa insuperável contraposição entre poder público e sociedade civil (público e privado). Diz-se que nesse contexto os direitos fundamentais vinculariam unicamente o Estado, configurando uma eficácia vertical. Não à toa esse será o local propício para o desenvolvimento das garantias penais, como o princípio da legalidade e da presunção de inocência que constaram na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Importante salientar que é nessa primeira onda constitucionalista que ocorre o primeiro contato entre Constituição e direito penal, baseado numa submissão dos poderes estatais às normas jurídicas superiores, tutelando garantias individuais indisponíveis (SOUZA FILHO, 2019, p. 83).

A ascensão, no século XX, dos regimes totalitários, nos quais o ordenamento jurídico era despido de valores comunitários, e as deficiências do modelo liberal ensejaram a sua superação pelo Estado do bem estar social (*Welfare State*) que surge para garantir a igualdade material (MORAIS; STRECK, 2013, p.234). Para tanto, era necessário que o ente público se envolvesse com a promoção (prestação) dos direitos sociais, de modo que a intervenção estatal, utilizando a lei como instrumento de ação concreta, passou a ser considerada indispensável.

Com esse novo paradigma, apresentam-se os direitos fundamentais de segunda dimensão os quais obrigam o poder público a promover essas posições jusfundamentais, transmutando as características e missões do ente estatal. Essa passagem é ilustrada por Norberto Bobbio:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado (2004, p.20).

As Constituições pioneiras nestes direitos foram a do México de 1917 e a Alemã de Weimar de 1919. Contudo, é com a sucessora desta última, a Lei Fundamental de 1949 que o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao julgar o caso Luth, desenvolve a "eficácia irradiante" dos direitos fundamentais. Extrai-se, desse julgamento, (a) que os direitos fundamentais ostentam uma condição objetiva, fornecendo impulsos ou diretrizes para todo o ordenamento, além de (b) implicarem nos deveres de proteção do Estado que acaba impactando o direito penal de índole liberal, pois, na visão tradicional, tem-se o Estado como adversário dos direitos, sem perceber que lhe incumbe, principalmente, protegê-los (NETO, 2013, p.86).

Ressalta-se, entretanto, que não há uma contraposição ou sobreposição entre os direitos de primeira e segunda dimensão, mas, antes de tudo, uma agregação entre eles. É indubitável que as garantias individuais são conquistas civilizatórias e devem ser conservadas, pois consubstanciam o legado iluminista, mas uma interpretação apenas nesse sentido já se mostra insuficiente.

Resumidamente, com essa construção teórica os direitos fundamentais operam (a) numa perspectiva subjetiva, como direitos de defesa do indivíduo diante do Estado; e (b) como imperativos de tutela (perspectiva objetiva) exigindo uma postura ativa do Ente Público em prol de uma realização efetiva (proteção eficiente) desses direitos por meio de ações prestativas (FELDENS, 2007, p. 221).

Com a perspectiva objetiva, passa-se a discutir o âmbito de alcance dos direitos fundamentais na medida em que eles não apenas condicionam os poderes constituídos, mas também os particulares. Com efeito, os deveres de proteção ou imperativos de tutela ampliam a eficácia da Constituição do plano vertical (Estado e indivíduo) para o horizontal e, conseqüentemente, obrigando as relações privadas (pessoas naturais e jurídicas) a respeitarem os direitos fundamentais.

Não seria diferente com a Carta brasileira de 1988 que é, inegavelmente, intervencionista e social, com um robusto rol de direitos desse cunho (como por exemplo os arts. 6º e 7º). Segundo Daniel Sarmiento, o aludido texto:

não se ilude com a miragem liberal-burguesa de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, não se baseando nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares (2014, p. 162-163).

Desse modo, na área penal, os direitos fundamentais servem para impedir que o indivíduo sofra com o arbítrio estatal, bem como a sociedade e seus membros do arbítrio do indivíduo, combinando a feição liberal e social (STRECK, 2007, p. 97). Dito de outro modo, a finalidade da

intervenção jurídico-penal é social, garantindo uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estes objetivos não puderem ser alcançados por outros meios menos danosos à liberdade (ROXIN, 2018, p.16). No próximo capítulo, analisar-se-á os mandados de incriminação na Constituição brasileira e seus corolários sobre a atividade legislativa.

### **3. Mandados de criminalização no constitucionalismo brasileiro**

A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo<sup>3</sup> eloquente de vinculação do legislador penal à tutela bens jurídicos constitucionais. A aludida Carta tem diversos mandados de criminalização espalhados pelo seu corpo, todavia, o fato de algumas determinações estarem previstas no rol do art. 5º – sendo este dispositivo destinado ao título dos direitos e garantias fundamentais – demonstra de forma emblemática como o direito penal tem sua atuação condicionada à defesa dos direitos fundamentais nas suas mais variadas dimensões, inclusive subtraindo das deliberações majoritárias a sua utilização. Essas obrigações exteriorizam, na área criminal, a teoria dos deveres de proteção; configuram-se, portanto, como uma projeção da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (FELDENS, 2013, p. 842).

Pode-se iniciar o estudo com o art. 5º, inciso XLI, que afirma que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Não se trata de uma determinação expressa, já que punir não equivale a criminalizar e, portanto, é possível a articulação de vários níveis de tutela visando efetivar a mencionada cláusula, a cargo do Legislativo e sua correlata liberdade de conformação. No entanto, tal dispositivo estatui uma tutela generalizada aos direitos e liberdades,

---

<sup>3</sup> Mas não é a única, sendo possível vislumbrar dispositivos semelhantes nas Constituições da Alemanha (art. 26.1), Itália (art. 13), França (art. 68-1), Portugal (art. 117.3) e Espanha (arts. 45.3, 46 e 55.2).

funcionando como uma cláusula implícita de criminalização (NETO, 2017, p. 342).

No inciso seguinte, o constituinte originário, determina que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeitando o autor à pena de reclusão nos termos da lei. Esse comando foi concretizado com a edição e promulgação da Lei nº 7.716/89, na qual foram tipificadas condutas referentes à prática do racismo. No âmbito jurisdicional, pode-se referir como julgamento que envolveu a mencionada temática o caso *Ellwanger (Habeas Corpus 82.424-2/RS)*, no qual o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão atinente ao racismo na seara criminal.

*Ellwanger* foi denunciado com base no art. 20 da Lei nº 7.716/89, por escrever, editar e publicar livros de conteúdo era antissemita. Após tramitar nas instâncias ordinárias da justiça, o caso chegou à Suprema Corte, que foi instigada a analisar os (a) limites do conceito de racismo e (b) a suposta colisão entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. A Corte entendeu que a apologia a ideias discriminatórias contra o povo judeu, constitui crime de racismo (sendo ele imprescritível), assim como foi enfatizado que a liberdade de expressão não é absoluta e, portanto, está sujeita a limitações. Desse modo, o mandado de incriminação foi utilizado como fundamento para a manutenção da condenação.

No próximo inciso do mesmo artigo, o texto dispõe que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os definidos pela legislação como hediondos, bem como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, respondendo por eles os seus mandantes e executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Os crimes hediondos estão previstos e disciplinados na Lei nº 8.072/90 e são, em tese, delitos mais repugnantes e insuscetíveis de benesses legais.

Apesar da mora legislativa, a tipificação do terrorismo foi realizada pela Lei nº 13.260/2016. Por outro lado, em relação à tortura o Congresso Nacional regulou a questão ao produzir a Lei nº 9.455/97. A tortura é inadmissível pelo texto constitucional, sendo sua utilização, até mesmo como meio de prova ou sanção, expressamente vedada, além da sua prática constituir crime não sujeito a benefícios legais como a anistia. A relação entre anistia e tortura, de fato é tormentosa para países que foram governados por regimes totalitários, como é o caso brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão ao julgar a Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 153, em 2010, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Na ocasião, a Corte julgou improcedente o pedido formulado pela mencionada instituição, argumentando que a lei da anistia decorria de um pacto político e que deveria ser respeitada. O Supremo privilegiou um acordo político em detrimento do texto maior, além de ignorar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que invalida leis deste cunho. Ademais, não foi aventada a necessidade de proteção dos cidadãos, como alerta Lenio Streck:

Como a tortura não é crime político, não poderia ser alcançada por qualquer lei ou Constituição. Mas, mais do que isso, nenhuma lei pode proteger de forma deficiente ou insuficiente os Direitos Humanos fundamentais. O Estado Democrático de Direito tem o dever de proteger os direitos dos cidadãos, tanto dos ataques do Estado como dos ataques dos demais cidadãos. Isso parece que ficou de fora da preocupação do Supremo Tribunal Federal quando do exame da ADPF 153 (2018, p.155).

Enfim, a Corte acabou chancelando a impunidade de milhares de torturadores, tutelando de maneira deficiente as vítimas do período militar.

Já o inciso XLIV trata sobre a criminalização da ação de grupos armados militares ou civis contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, sendo eles considerados inafiançáveis e imprescritíveis. Percebe-se a nítida preocupação do constituinte com a preservação e a manutenção das instituições democráticas e republicanas, em virtude de um passado não tão distante em que os direitos fundamentais eram solapados, o Parlamento era fechado e o Judiciário tinha uma atuação burocrática e limitada.

O texto constitucional, no título destinado aos direitos sociais e, mais precisamente, aos direitos dos trabalhadores garante a irredutibilidade do salário sendo a sua proteção assegurada por meio de lei, consistindo crime a sua retenção dolosa (art. 7º, inc. X). Todavia, passados mais de trinta anos da promulgação da Carta de 88, ainda persiste a lacuna legislativa e consequentemente à omissão inconstitucional do legislador.

No título que versa sobre a ordem econômica, é enfatizado que a lei reprimirá o abuso de poder que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, assim como estabelecerá a punição da pessoa jurídica, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza nos atos perpetrados contra a ordem econômica e financeira, sem prejuízo da responsabilização dos dirigentes. Embora haja leis esparsas com incriminações relacionadas ao mencionado dispositivo, a Lei nº 8.137/90 previu os delitos contra a ordem financeira e econômica.

Já no art. 225, §3º, a Constituição requer a punição das condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, sujeitando os infratores (podendo ser pessoas físicas ou jurídicas) a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Observa-se que a responsabilização dos infratores é tripartite (civil, administrativa e penal), enquanto essa preocupação ressalta o

projeto constitucional, pois, além de ser destinado à sociedade presente, é, sobretudo, às futuras gerações. As condutas consideradas lesivas ao meio ambiente estão previstas na Lei nº 9.605/98.

Por fim, no art. 227, §4º, é determinado que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e adolescente, a expressão destacada pelo texto constitucional "severamente" demonstra o rigor que deve ser a aplicação da legislação no âmbito jurisdicional. Tal asserção está relacionada à proteção prioritária concedida à criança e ao adolescente, cuja responsabilidade é da família, da sociedade e do Estado.

Como demonstrado, a Constituição Federal de 1988 contém um catálogo robusto de mandados expressos de incriminação com implicações na atividade legiferante. Como é cediço, o legislador ordinário, em regra, possui faculdade na sua atuação podendo atuar de acordo com as vicissitudes políticas. Porém, há matérias previamente determinadas pela Constituição que apenas necessitam de complemento legal, é caso dos supramencionados dispositivos.

Diante dessa característica, afere-se que o parlamento é compelido a agir, sob pena de possível controle jurisdicional realizável por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) ou do mandado de injunção.

Recentemente, a Suprema Corte brasileira, ao julgar conjuntamente a ADO 26 e o mandado de injunção 4.733, declarou a mora inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que tipifique como delito a homofobia em dissonância com o texto maior (art. 5º, XLII), além de aplicar<sup>4</sup> integralmente, por meio de interpretação conforme a

---

<sup>4</sup> Tal atitude do tribunal suscita uma dúvida constitucional visto que se estaria aplicando uma lei penal para fatos não previstos originalmente, esbarrando no princípio da legalidade, mormente, em relação a um dos seus corolários: a vedação a analogia *in malam partem*.

Constituição, os tipos penais estatuídos pela lei do racismo às condutas homofóbicas, até que seja colmatada a lacuna pelo órgão competente.

Na fundamentação, o STF fez questão de mencionar que o Estado não pode proteger deficientemente os direitos fundamentais (no caso, de uma minoria social), pois violaria o princípio da proporcionalidade que serve como baliza para evitar tanto excessos quanto omissões. Portanto, o poder público não pode punir excessivamente um crime, tal como não pode se manter inerte em relação a graves violações de bens jurídicos vitais para a sociedade.

Outro aspecto entorno dos mandados de penalização, é que a Constituição Federal subtrai do Parlamento a possibilidade de realizar um juízo de desvalor sobre a ação, tendo em vista que essa decisão já foi tomada, ou seja, os mandados de incriminação se revelam como uma verdadeira política constitucional criminal (FELDENS, 2008, p. 223). Numa síntese, a simbiose por meio da qual gravita o direito penal é um limite garantista intransponível (intervenção necessariamente mínima) e um conteúdo irrenunciável de coerção (intervenção minimamente necessária) (FELDENS, 2008, p.228). É com esse esboço teórico que será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal que retirou o caráter hediondo do tráfico privilegiado (HC. 118.533/MS).

#### **4. Apresentação e considerações sobre o *Habeas Corpus* 118. 533: análise crítica.**

No *Habeas Corpus* 118.533/MS impetrado pela Defensoria Pública, dois pacientes almejavam alterar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que considerou o tráfico privilegiado como hediondo, para que pudessem gozar de balizas menos rígidas para progressão de pena. A ministra relatora Cármen Lúcia, deferiu o pedido e propôs à alteração da jurisprudência, até então dominante sobre a matéria.

Segundo ela, não haveria coerência em punir, de forma mais branda o eventual traficante, e tratar da mesma forma o traficante de vultosas operações, ocorreria, portanto, uma incongruência legislativa. Dessa maneira, ela propôs alterar a interpretação da Corte sobre o tema. Num primeiro momento, os ministros manifestaram-se no sentido de preservar a jurisprudência atual (votos dos juízes Edson Fachin, Rosa Weber, Teori e Luiz Fux), exceto o ministro Barroso que seguiu a relatora. No entanto, a sessão foi encerrada com o pedido de vista do magistrado Gilmar Mendes.

Ulteriormente, o referido ministro, ao apresentar o seu voto, afirmou que se juntaria à colega Cármen, pois, embora a Constituição criminalize expressamente o tráfico ilícito de entorpecentes, o legislador goza de liberdade de configuração de maneira que ao relativizar a reprimenda penal, nos casos de agentes com bons antecedentes, cuja prática seja eventual e não destinada à organização criminosa, ficou nítido que a natureza hedionda resta afastada. Portanto, o tráfico privilegiado não se enquadra no regime penal mais grave. Em seguida, os ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio votaram pela manutenção do entendimento do Tribunal, acompanhando a divergência.

Após esses últimos votos, iniciou-se uma discussão em torno do sistema penitenciário e suas mazelas, bem como do quanto o tráfico concorre para agravar essa situação. Diante da apresentação de números e a da informação de que mulheres também estariam sendo presas pelo envolvimento com a traficância, o juiz Edson Fachin solicitou vista dos autos, sinalizando que poderia mudar sua opinião, movimento também seguido pela colega Rosa Weber.

Ao apresentar a sua nova decisão, o ministro se juntou à relatora, afirmando que o tráfico privilegiado não é hediondo, em razão da incongruência normativa entre a figura minorada e as condutas visadas

pela Constituição. Os magistrados Teori e Rosa Weber também retificaram os seus votos. Por fim, Lewandowski acompanhou a maioria no sentido de afastar a hediondez do tráfico minorado, argumentando que aumentou exponencialmente o número de mulheres presas nessas circunstâncias, motivo pelo qual era necessário rever o posicionamento tradicional da Corte.

Narrado sucintamente o julgamento, passa-se a analisá-lo criticamente. Primeiramente, deve-se chamar a atenção para a conjectura fática que envolve o *writ* constitucional. Os pacientes foram condenados pela figura minorada do tráfico em razão de transportarem 700 kg de maconha, ou seja, não havia caso pior para o STF superar a sua jurisprudência, até então, prevalente. O fato não passou despercebido pelos ministros, porém, optaram por abstrair o caso e discutir a tese, já que o Supremo serve para fixar entendimentos constitucionais e orientar as demais instâncias da justiça. Essa visão reducionista do papel do tribunal, demonstra como não há precedentes judiciais no Brasil, ao menos comparando com a tradição do *common law*. Ademais, reforça o dualismo metafísico do Direito, apostando numa dicotomia rígida entre realidade e normatividade (ser e dever ser), isto é, refém do esquema sujeito-objeto. Como se pudesse decidir sem fatos, o Direito se faz por meio da faticidade, intersubjetividade.

Sem embargo do caso constrangedor escolhido para ser o "precedente" ou paradigma sobre o tema, é necessário apreciar os fundamentos normativos. Opta-se por iniciar pelo voto do ministro Gilmar Mendes que é o mais denso e desencadeou o debate que culminou na citada alteração. O julgador usou como fundamento para retirar a natureza hedionda do tráfico privilegiado, principalmente, a liberdade de configuração do Parlamento, pois, para o ministro, o legislador retirou expressamente essa característica. Segundo ele, a Lei de Drogas (Lei nº

11.343/2006), no seu art. 44<sup>5</sup>, não menciona à figura minorada como insuscetível de graça, anistia, indulto, liberdade provisória e fiança.

Ocorre que as condutas de traficância estão previstas no art. 33 (*caput*) e no parágrafo 1º do mesmo dispositivo, de modo que no parágrafo 4º é uma minorante e, portanto, não se trata de um crime autônomo. Logo, não é necessária a menção no art. 44, pois quem comete o tráfico privilegiado está praticando alguma conduta do art. 33 (*caput*) ou do seu parágrafo 1º. Comete, assim, um delito insuscetível de benesses legais (hediondo). Isso é importante, porque a legislação minora a pena do agente por motivos pessoais (primariedade, bons antecedentes e não envolvimento com o crime organizado), não em razão do fato realizado.

O ministro Edson Fachin, usou argumentação semelhante a de Gilmar, afirmando que, ainda que não seja um crime próprio, a alteração na pena foi tão intensa que se pode cogitar em uma alteração substancial. Para ele, quando o legislador considera o delito hediondo o faz expressamente, em respeito ao princípio da legalidade, e que não se pode interpretar de forma prejudicial ao réu. Primeiramente, a afirmação de que houve uma mudança substancial no tratamento do traficante eventual é questionável, visto que na redação original do parágrafo 4º, a legislação vedava a conversão de pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. A conversão só foi autorizada, após a sua suspensão, pelo Senado Federal por meio da resolução 05/2012, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da própria Suprema Corte que julgou inconstitucional a referida proibição (HC 97.256/RS). Portanto, mesmo nos casos dos traficantes ocasionais, a pena escolhida era de privativa de liberdade, sendo duvidosa a afirmação de que houve a escolha de um tratamento muito mais benigno. Sobre o princípio da legalidade, observa-se que o Parlamento brasileiro

---

<sup>5</sup>Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos expressamente (art. 2<sup>o</sup><sup>6</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 8.072/90).

Os demais juízes, valeram-se de análises empíricas para afastarem o regime penal mais gravoso, com o intuito de auxiliar na melhora das condições prisionais brasileiras. Como salientou o ministro Barroso, defender a qualidade hedionda do parágrafo 4<sup>o</sup> implica num tratamento injusto, já que equipara um menino de 18 anos com cem gramas de maconha a um grande traficante internacional. De fato, a realidade prisional do Brasil é desumana e afronta à Constituição, todavia, haveria formas melhores e, idoneamente, constitucionais para corroborar com seu aperfeiçoamento. O Supremo Tribunal Federal poderia ser mais rígido com a aplicação de garantias processuais penais<sup>7</sup>, julgar a descriminalização<sup>8</sup> das drogas para consumo próprio ou, melhor, estipular critérios para diferenciar o consumidor<sup>9</sup> do traficante, tendo em vista que esse é o maior problema da Lei de Drogas.

Como visto a discussão teve como foco principal a discricionariedade legislativa no campo criminal, remetendo, inexoravelmente, às projeções (constitucionalização) da Constituição sobre a legislação penal. Como assinalado na primeira parte da pesquisa, não há mais uma onipotência do Legislador, característica inerente ao positivismo jurídico próprio do século XIX, do Estado liberal burguês, atualmente as Cartas Superiores limitam ou condicionam os Parlamentos. No âmbito criminal, a

---

<sup>6</sup>Art. 2<sup>o</sup> Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. Note-se que, exceto o indulto, estão presentes todas as características mencionadas no art. 5<sup>o</sup>, XLIII, CF/88.

<sup>7</sup> Veja-se, exemplificadamente, a celeuma criada pelo próprio tribunal ao relativizar o alcance da presunção de inocência em descompasso com o texto constitucional (HC 126.292/SP).

<sup>8</sup> Recurso Extraordinário 635.659 que até o momento conta com três votos a favor da descriminalização para uso pessoal.

<sup>9</sup> Quem utiliza drogas ilícitas para consumo próprio, não é punido com pena privativa de liberdade (art. 28 da Lei de Drogas), sujeita-se a: (a) a advertência sobre os efeitos das drogas; (b) prestação de serviços à comunidade; (c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Constituição brasileira estabelece zonas de impossibilidade<sup>10</sup> de ação legiferante (proibições), de possibilidade (discricionariedade) e de necessidade de estatuições de normas repressoras (mandados). Esse é o principal problema do julgamento, veja-se o esforço retórico dos ministros Gilmar e Fachin para afastar a hediondez do tráfico minorado, não à toa foram os únicos votos com alguma densidade normativa.

Contudo, não foi levado em conta que a equiparação do tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, não foi uma decisão do Parlamento, foi uma decisão tomada pela Constituição de 1988. Como visto anteriormente no trabalho, o constituinte ao criminalizar algumas condutas, estabeleceu uma política criminal *a priori*. Assim, acabou subtraindo do legislador ordinário o juízo de (des)valor ou reprovabilidade sobre algumas condutas, essa decisão já foi tomada em sede constitucional, de maneira que somente por meio de emenda é possível alterá-la. E mesmo assim, haveria a discussão em torno das cláusulas pétreas visto que o comando criminalizante (que representa a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) se encontra no rol do art. 5º da Lei Fundamental, logo, na zona do indecindível (FERRAJOLI, 2021, p. 26). Tráfico privilegiado, de bagatela, de menor potencial ofensivo, continua sendo tráfico de entorpecentes previsto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição, sendo irrelevantes as suas adjetificações.

Numa síntese, não há espaço de configuração legislativa sobre a natureza hedionda da atividade traficante, a equiparação foi feita pelo constituinte de 1988 e reforçada pela própria legislação no art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, logo, o Supremo Tribunal Federal decidiu contra o texto ao qual jurou proteger. Consequências práticas do aludido

---

<sup>10</sup> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Art.5º, XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

pronunciamento jurisdicional: além da superação da jurisprudência, até então, dominante, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a súmula 512<sup>11</sup>. Ademais, o conteúdo da decisão foi incorporado pela legislação que no art. 112, parágrafo 5º<sup>12</sup>, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), alterada pelo “pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019), retirou expressamente a hediondez do tráfico minorado.

## Conclusões

Num primeiro momento, foram analisadas às projeções da Constituição sobre o direito penal, mostrando que ela funciona como fonte de limitação, de valoração e de normatividade para o legislador criminal. Contudo, essa interlocução está bastante fraca em razão da desconfiança da doutrina especializada, notadamente, em relação à função normativa (mandados de criminalização). Tudo a apontar para a ineficiência do sistema constitucional em proteger os direitos fundamentais.

Em sequência, foram investigadas algumas das possíveis causas que impedem o processo de constitucionalização na área criminal, a estagnação da dogmática penal num paradigma estatal já superado, a organização liberal-burguesa. Dessa maneira, os penalistas cultivam uma concepção unilateral de direitos humanos, pois baseado apenas nos direitos fundamentais individuais, olvidando dos imperativos de tutela (deveres de proteção) que derivam da perspectiva jurídico-objetiva das disposições constitucionais.

Posteriormente, foram abordados os mandados expressos de criminalização constantes na Constituição Federal de 1988 e como essas determinações obrigam a edição de normas repressoras. Asseverou-se que

---

<sup>11</sup> Súmula 512: “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

<sup>12</sup> Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

a citada Carta é um exemplo marcante de vinculação do Parlamento aos direitos humanos e fundamentais, sob pena de possível controle jurisdicional de constitucionalidade. Fixadas as premissas teóricas, passou-se a apresentar à decisão da Suprema Corte brasileira que retirou a natureza hedionda do tráfico privilegiado, nos autos do *Habeas Corpus* 118.533/MS, cotejando com o referencial teórico desenvolvido no trabalho.

Constatou-se que a aludida decisão não obedeceu às diretrizes da Constituição de 1988, especialmente, no que se refere ao mandado expresso de incriminação do art. 5º, inciso XLII. Portanto, o Supremo Tribunal Federal não se atentou para o fato de que a equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes aos delitos hediondos decorre do próprio texto constitucional. Logo, enfraquecendo a política criminal *a priori* estabelecida pelo constituinte originário, bem como da função normativa cujo propósito é a promulgação de leis penais em favor de bens jurídicos considerados essenciais. Assim, o guardião da Constituição brasileira, acabou proferindo uma decisão que corrobora para o impedimento da constitucionalização do direito penal. Não por acaso, o Congresso Nacional editou o pacote anticrime alterando a lei de execução penal, retirando expressamente a qualidade hedionda do tráfico minorado.

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**: Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, Salo de; Comentário ao artigo 5º, XLVI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.865-871.

FELDENS, Luciano; Comentário ao artigo 5º, XLII. In: CANOTILHO,J.J. Gomes, MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.840-848.

FELDENS; Luciano; A conformação constitucional do direito penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord). **Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do departamento de direito penal e processual penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 207-230.

FELDENS, Luciano. Deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 01, p. 214-230, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermotori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermotori. 3ª tiragem - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

GERVASONI; Tássia Aperecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria Geral do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz; Comentário ao artigo 1º, Estado de Direito. In: CANOTILHO,J.J. Gomes, MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.230-238.

NETO, Orlando Faccini. **Teoria Geral do Crime**. Curitiba: Juruá, 2017.

NETO, Orlando Faccini. Relações entre o constitucionalismo contemporâneo e o Direito Penal: um estudo a partir do bem jurídico. In:\_\_\_\_\_; AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **O Bem Jurídico Penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não trabalhista: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords). **Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129-170.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau - a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria penal. In: \_\_\_\_\_(Org). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75-110.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

## **A participação democrática na regularização fundiária urbana de interesse social no município de Passo Fundo**

*Suelen Silva de Oliveira*<sup>1</sup>  
*Jocelino Tramontin da Silva*<sup>2</sup>  
*Karla Eduarda Modena Pavan*<sup>3</sup>

### **Introdução**

O Direito fundamental à moradia ilustra uma necessidade básica do ser humano, e tem como fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana.

É dever do Estado garantir a toda a população o acesso a uma moradia digna e apropriada. No entanto, com a concentração desordenada da população no perímetro urbano e ocupação irregular de áreas públicas e particulares, o direito social de moradia é cerceado de maneira constante.

O problema das moradias inadequadas e sem a mínima infraestrutura tornou se tema de grandes preocupações das autoridades públicas, uma vez que este fator ocasiona transtornos organizacionais nas cidades e gera impactos ambientais consideráveis.

---

<sup>1</sup> Mestranda do PPGD da Faculdade IMED. Bacharela em Direito pela Universidade de Cuiabá/MT. Tabela de Notas e Protestos de Ciriaco/RS. E-mail: [suelenoliveira.adv@gmail.com](mailto:suelenoliveira.adv@gmail.com) Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2168188541729202>, ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6024-511X>; [suelenoliveira.adv@gmail.com](mailto:suelenoliveira.adv@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestrando do PPGD da Faculdade IMED. Especialista em Direito Penal pela Faculdade Processus - Brasília DF, e Segurança Pública pela IMED, Passo Fundo RS, Advogado OAB/RS 95251, e-mail: [advtramontin@gmail.com](mailto:advtramontin@gmail.com) - currículo Lattes (<http://lattes.cnpq.br/0727480194584812>), ID ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2765-304> X. [advtramontin@gmail.com](mailto:advtramontin@gmail.com).

<sup>3</sup> Mestranda do PPGD da Faculdade IMED. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”. Advogada. Erechim – Rio Grande do Sul – Brasil. E-mail: [karla-pavan14@hotmail.com](mailto:karla-pavan14@hotmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8890778643663357>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5192-4092>. [karla-pavan14@hotmail.com](mailto:karla-pavan14@hotmail.com).

De outro modo, a população de baixa renda também são atingidas pelas consequências decorrentes das ocupações irregulares, pois muitos assentamentos não possuem sistema de distribuição do abastecimento de água, energia elétrica, há irregularidade nas redes de esgoto, e estão expostos a diversos fatores de poluição prejudiciais a própria saúde dos ocupantes.

Nesse sentido, a Regularização Fundiária Urbana, apresentada pelo Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) como Diretriz Geral e meio para a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, foi instituída com a finalidade de corrigir ou ao menos minimizar as falhas encontradas nas habitações populares das cidades, e retirar da informalidade determinados espaços urbanos e seus ocupantes, contribuindo com o direito constitucional de moradia.

Desta forma, se faz uma breve apresentação do direito social de moradia. Posteriormente, será apreciado o Instituto da Regularização Fundiária de Interesse Social. E após, será analisada a participação democrática da população diretamente interessada e seus reflexos na execução do processo da Reurb-S no município de Passo Fundo/RS.

### **1. O direito social à moradia adequada**

O direito à moradia foi reconhecido universalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispôs no artigo XXV, n.º 01 da seguinte redação, *in verbis*:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2009, p. 13).

Trata-se, portanto, de um direito consagrado como fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e como sendo parte de um conjunto de direitos inerentes a um padrão de vida de todo ser humano, não se restringindo à garantia do direito à moradia como simples teto nos termos do que orienta o comentário geral de n.º 04 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>4</sup>, mas que engloba segurança, paz e dignidade.

De acordo com Silva (2014), o direito de moradia não se resume ao direito em obter a casa própria. Contudo, o autor esclarece que, a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia. (2014, p. 318)

Outrossim, sua proteção se mostra relevante para a consolidação de uma democracia social efetiva, e tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Robert Alexy categoriza a moradia como um direito a prestação em sentido estrito. Segundo ele, direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que, se o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. (2015, p. 499)

De acordo com Sarlet (2015), não há que se questionar a força existencial do direito à moradia e sua natureza de direito fundamental autônomo, sendo apontado, inclusive, como um direito da personalidade no que tange sua vinculação a dignidade da pessoa humana e às possibilidades para o desenvolvimento integral da personalidade.

---

<sup>4</sup> O Comitê responsável pelo Comentário Geral n.º 4: artigo 11.º, número 1 (relativo ao direito a alojamento adequado) do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, classifica como sendo adequada a moradia que englobe os seguintes elementos: a) Segurança legal da ocupação; b) Disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infra-estruturas; c) Acessibilidade; d) Habitabilidade; e) Facilidade de acesso; f) Localização; g) Respeito pelo meio cultural. (Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos, 2009, p. 111/112)

Há que se ressaltar que a inclusão da moradia como direito social só se deu no texto constitucional de 1988 após o advento da E.C. n.º 26/2000, outorgando-lhe a mesma importância jurídica da educação, saúde e outros direitos relevantes ali previstos.

Segundo Novellino:

O direito à moradia, mesmo antes de sua consagração expressa entre os direitos sociais pela Emenda Constitucional nº 26/2000, já era considerado por parte da doutrina como direito fundamental implícito, com base no dispositivo que prevê a competência dos entes federativos para promover programas de construção de moradias, assim como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX). (2016, p. 466).

A título de esclarecimento, o conteúdo social, foi influenciado pela Constituição de Weimar, da Alemanha (1919), e ganhou grande alcance com a promulgação da Constituição Federal de 1934, que constou em seu preâmbulo a seguinte redação:

Nós, os representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléa Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure á Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem estar social e economico, decretamos e promulgamos a seguinte. (1934, p. 95)

Nesse sentido, ao qualificar os direitos sociais Tavares adverte que,

são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais. (2020, n.p)

Agra (2018) alerta que, embora a essência dos direitos sociais esteja contemplada no art. 6º da Constituição, as prestações descritas no referido

dispositivo não foram apresentadas de forma exaustiva, e que devem ser levados em consideração a existência dos princípios e tratados Internacionais.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Agra (2018, p. 319), parte da doutrina opta por classificar os direitos sociais em direitos negativos, de defesa, e direitos positivos, de atuação, mesmo sabendo que eles possuem uma taxionomia bastante diversificada.

Ainda refletindo sobre a importância do direito social em questão, Sarlet afirma que:

Como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. (2015, n.p.)

Desta forma, o direito à moradia no aspecto negativo, fica preservado de qualquer ameaça, tanto por parte do Estado quanto do particular. De outro modo, no aspecto positivo ou prestacional, o Estado tem a obrigação de garantir a efetividade do direito.

Da análise do texto constitucional infere-se ainda que a competência para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos exatos termos do art. 23, IX.<sup>5</sup>

Aos entes federativos se impõe o dever de efetivar políticas habitacionais para o atendimento da população excluída da sociedade, por

---

<sup>5</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX—promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

meio de programas de urbanização, habitação de interesse social e regularização de áreas e assentamentos ocupados informalmente. A todos compete a promoção do desenvolvimento urbano, o que engloba o estabelecimento de programas de habitação, observado o campo de atuação a competência constitucional de cada ente.

Nesse contexto, o critério de distribuição de competências partiu do princípio de que questões de interesse nacional são atribuídas à União, questões de interesse regional atribuídas aos Estados e ao Distrito Federal, e as de caráter predominantemente local ficam a cargo dos Municípios. (DI SARNO, 2004)

No que tange à predominância de interesse Di Sarno esclarece que:

O princípio que norteou essas diferenciações foi o da predominância do interesse. (...) Por certo que a este critério da predominância do interesse soma-se o da territorialidade (restrição ao seu limite territorial). Analisadas, desta forma, as competências constitucionais assumem uma estrutura verticalizada, porém não hierarquizada. Significa dizer que naquelas matérias nas quais deva haver normas federais, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios devem respeitar as orientações gerais para, posteriormente particularizarem seus interesses. (2004, p. 35/36)

Assim sendo o art. 21, inciso XX, preconiza que a União possui competência privativa para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Desta forma, é dever irrenunciável dos entes federativos suprir o direito humano fundamental à moradia digna àqueles que não possuem condições financeiras para suportarem sozinhos as despesas do acesso e manutenção de uma moradia adequada. E, conforme ensina Staffen (2018, p. 144) os Estados estão obrigados com a tutela das instituições de Direitos Humanos, considerando o múnus de recepção dos valores éticos, maturados por pretensões morais justificadas, em valores políticos e

preceitos jurídicos, ou que não se equipara com a função de criação de Direitos Humanos.

Regidos por Lei Orgânica, a competência municipal é exercida nos termos descritos no art. 30 da Constituição Federal, que, dentre elas se destacam a legislação sobre assuntos de interesse local, suplementação de legislação federal e estadual, no que tange seu interesse e limites, e promoção adequada do ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. (BRASIL, 1988)

Denota se que o processo de descentralização administrativa, impulsionado pela Constituição Federal de 1988, concorreu para o fortalecimento do poder local, e possibilitou a implementação de diversas políticas públicas sociais, dentre elas as políticas públicas municipais de habitação. De outro modo, permitiu que a municipalidade voltasse os olhos para a informalidade urbana da cidade e ressaltasse a importância do direito à moradia.

A fim de regulamentar o capítulo da Política Urbana contido na Carta Maior brasileira, foi instituído o Estatuto da Cidade como norma impositiva de intervenção e necessária à regularização fundiária, além de se tratar de norma direcionadora para os municípios na edição do Plano Diretor.

O Plano Diretor, por sua vez, é o instrumento essencial de planejamento das cidades. Seu aperfeiçoamento e atualização possibilitam o fortalecimento de ações urbanas democráticas e maneiras de utilização da terra.

Para cumprimento de sua função em promover a garantia do direito de moradia a toda a população, o poder público o faz através de políticas públicas, e, nessa perspectiva, as políticas de regularização fundiária, em

especial a de interesse social, podem ser compreendidas como um instrumento eficiente no cumprimento da garantia habitacional.

## **2. Regularização fundiária urbana de interesse social como instrumento efetivador do direito social à moradia no Município de Passo Fundo**

O processo de industrialização no século XVIII, associado ao capitalismo e diminuição do trabalho no campo, promoveu na extensão do território urbano o crescimento descontrolado de sua população, o que ocasionou nas ocupações irregulares e proibidas de espaços públicos e privados, sem o mínimo de infraestrutura para habitação.

Multiplicaram-se então fenômenos próprios da urbanização, pois os postos de trabalho concentraram-se de maneira crescente nas cidades e, com isso, houve desordenamento nas ocupações dos espaços a partir da perspectiva habitacional.

É fato que a parcela suscetível às consequências dessas condições é a população com menor poder aquisitivo, pois sem alternativas passam a habitar em locais sem o mínimo de dignidade e infraestrutura adequada, expostos a diversos riscos e com poucas condições favoráveis.

Diante dos problemas habitacionais existentes, a intervenção do poder público, em caráter emergencial e de forma ativa, se mostra necessária.

Segundo Di Sarno, (2004, n.p) nos últimos dois séculos, a forma de organização do espaço habitado mudou drasticamente, de uma sociedade rural passamos a ser uma sociedade urbana. Esse adensamento inédito na civilização trouxe profundas conseqüências sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

Nesse cenário, o procedimento da regularização fundiária se apresenta como alternativa de política pública corretiva de intervenção nas áreas ocupadas de forma irregular.

A ideia proveniente do Instituto é de incluir as áreas e assentamentos irregulares no cenário legal das cidades e promover o acesso ao direito de uma moradia legítima.

Diante da necessidade em se reestabelecer e compor a ordem urbana, a regularização fundiária é indicada pelo artigo 2.º, XIV do Estatuto da Cidade (10.257/2001)<sup>6</sup> como instrumento jurídico e diretriz geral de política urbana consistente num conjunto de medidas a serem alcançadas pelo Poder Público.

Num primeiro momento, para a efetivação da regularização fundiária de interesse social e urbanização dos espaços ocupados informalmente pela população de baixa renda, foi criado pelo Governo Federal como política pública, o programa Minha Casa Minha Vida (Lei n.º 11.977/2009), alterada e revogada em partes pela Lei 13.465/2017).

Nos termos do que dispõe a lei 13.465/2017, que versa sobre a Regularização Fundiária e trata outras providências, o Instituto doravante denominado Reurb consiste em um conjunto de normas gerais e procedimentais que abrangem medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais. (BRASIL, 2017).

Na visão de Paiva:

O conjunto de medidas visam a regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (2013, n.p)

Entre os objetivos da Reurb descritos no art. 10 da lei acima mencionada, listamos alguns, dentre eles a necessidade de identificação de

---

<sup>6</sup> Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

núcleos urbanos informais, garantia do direito à moradia digna, criação de emprego e renda, atendimento da função social da propriedade, concessão de direitos reais aos ocupantes, além de prevenção a desestímulo a formação de novos núcleos informais. (BRASIL, 2017).

Seguindo ainda o disposto na lei, a Reurb comporta duas modalidades: Reurb-S, aplicável aos núcleos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, e Reurb-E, incidente sobre núcleos informais ocupados por população não qualificada como baixa renda. Na Reurb-S, a competência para elaborar e custear o projeto de regularização fundiária e a implantação da infra-estrutura essencial, quando necessária, é do Município.

A regularização fundiária de interesse social (Reurb-S) aparece como prática significativa na concessão de segurança jurídica às posses exercidas por pessoas de baixa renda para fins de moradia, e certifica o direito às cidades sustentáveis, justas e mais democráticas.

Vale ressaltar que, com a edição da Lei 13.465/2017, os Municípios ganharam papel de destaque no âmbito dos procedimentos afetos à regularização fundiária, sendo considerados atores com função mais ativa no processo, cabendo-lhes preparar todo o procedimento da regularização fundiária urbana.

Em atendimento ao disposto na Lei Federal e ante a existência de áreas aptas a serem regularizadas e legalizadas pelo procedimento estabelecido na legislação fundiária, em 15 de maio de 2019 foi publicado o Decreto n.º 45/2019, que regulamentou o processo Administrativo da Reurb no município de Passo Fundo.

Posteriormente a Câmara Municipal de Passo Fundo promulgou a Lei n.º 5.464, de 19 de dezembro de 2019, que dispôs sobre a Regularização Fundiária Urbana e apresentou outras providências.

Atualmente o município possui um processo de Reurb-S em fase de conclusão cujos destinatários são os moradores do bairro Jaboticabal. <sup>7</sup>Nesse contexto, a Secretaria de Habitação já expediu as certidões de regularização fundiárias, e as encaminhou à Serventia Imobiliária para fins de registro dos títulos.

O próximo bairro a ser objeto da Reurb-S é Manoel Corralo, que possui as mesmas características e condições do bairro Jaboticabal. A propósito, a prefeitura já abriu edital e cerca de 150 famílias serão beneficiadas. (O Nacional) Sendo que, posteriormente, outros bairros serão beneficiados com a Reurb-S.

Para que a regularização fundiária progrida de maneira efetiva, o meio urbano necessita do impulso municipal, que atuará em conjunto com a sociedade na forma de gestão compartilhada. (SANTOS, 2018)

Compreender, portanto, a regularização fundiária vai muito além de corrigir loteamentos e espaços ocupados ilegalmente e de recuperar assentamentos urbanos, mas engloba um processo atrelado ao reconhecimento de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, como o direito à moradia e à cidade saudável. Desta forma, à população considerada de baixa renda é garantida a posse segura, acesso a serviços públicos de caráter essencial, além de lhes possibilitar obtenção de financiamentos acessíveis para melhorias habitacionais.

Por outro lado, a regularização fundiária precisa ser vista como obrigação social dos gestores públicos, para os cidadãos terem mais autonomia e, conseqüentemente, produzirem crescimento econômico e social. (MAIA, 2021, n.p)

Enfim, além de garantir o direito social digno à moradia, a regularização fundiária urbana de interesse social estabelece segurança e

---

<sup>7</sup>Notícia fornecida pela Secretaria Municipal de Habitação em 06/08/2020.

tranquilidade à população mais carente, sem contar outros benefícios obtidos como a sustentabilidade das cidades, o equilíbrio do meio ambiente, o favorecimento da função social da propriedade e inclusão social através da participação justa e democrática.

### **3. Participação democrática no processo de regularização fundiária de interesse social no Município de Passo Fundo**

Os debates em torno da democratização, da elaboração e gestão das cidades inclui discussões sobre participação substancial da população nos processos de decisão política e a maneira como o envolvimento popular poderia tornar efetiva a participação democrática no procedimento da Reurb.

Nesse contexto, o art. 2.º do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) que além de apresentar os objetivos da Política Urbana, destaca dentre as diretrizes gerais a gestão democrática por meio da participação popular e de associações representativas dos diversos segmentos da comunidade. (BRASIL, 2001).

Cumpre, no entanto, ressaltar que os critérios de validação e aplicação da democracia e participação prevista na Lei 10.257/01 demandam um maior aprofundamento.

As normas do Estatuto da Cidade estão fundamentadas nos princípios constitucionais da gestão democrática, participação popular, função social da propriedade, direito de moradia, regularização fundiária, dentre outros, e são bases para os municípios na aplicação dos instrumentos da política urbana.

Por sua vez, o cumprimento pelos municípios dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade e do Plano Diretor tem como propósito a efetivação desses princípios constitucionais

Nesse viés, o art. 36 da Lei Complementar n.º 170 de 09 de outubro de 2006<sup>8</sup>, que dispôs sobre o Plano Diretor do Município de Passo Fundo, destacou a importância da política municipal de habitação na promoção e universalização do direito humano à moradia adequada, e apresentou, dentre as diretrizes, a participação e controle da população e das entidades da sociedade civil voltadas à moradia.

Nos termos do Plano Diretor, a Política Municipal de Desenvolvimento Territorial compreende dentre outras ações a habitação de interesse social, e ao poder executivo compete o aprimoramento do sistema municipal de planejamento e ordenamento territorial, o que engloba a participação das entidades da sociedade civil organizada.<sup>9</sup>

O Plano Diretor Municipal assegura ainda a participação e o controle social no sistema de planejamento e ordenamento territorial, que poderá ser exercida por meio de consultas e audiências públicas.<sup>10</sup>

A aproximação entre a regularização fundiária e democracia participativa nos remete à relevância do emprego de práticas participativas no processo de Reurb.

Isso implica em analisar a condução e gerenciamento do município no processo de participação democrática, pois a forma como será

---

<sup>8</sup> Art. 36. Política Municipal de Habitação é o conjunto de ações destinadas a melhorar as condições de habitabilidade da população, incluindo a aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, arrendamento de unidades habitacionais, a produção de lotes urbanizados para fins habitacionais, a regularização fundiária e urbanística e a implementação de saneamento básico, infraestrutura e equipamentos públicos, entre outros a fim de promover a universalização do direito humano à moradia adequada. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 299/2012)

<sup>9</sup> Art. 150 - O Município de Passo Fundo elaborará e implementará Política Municipal de Desenvolvimento Territorial que compreende, de forma articulada e integrada, ações de planejamento, ordenamento e gestão do território, de habitação e de habitação de interesse social, de saneamento ambiental, de patrimônio ambiental e de mobilidade. (...) § 2º O Poder Executivo aprimorará o sistema municipal de planejamento e ordenamento territorial, que inclui as instituições e os meios voltados ao desenvolvimento municipal, objetivando o aumento da eficácia e eficiência da atuação governamental, a integração com as políticas em âmbito estadual, federal e regional, a participação das entidades da sociedade civil organizada, a realização de parcerias com a iniciativa privada e a fiscalização e controle da efetividade deste Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado. (Lei Complementar n.º 170 de 09 de outubro de 2006)

<sup>10</sup> Lei Complementar n.º 170 de 09 de outubro de 2006 - Art. 152 É assegurado a participação e o controle social no sistema de planejamento e ordenamento territorial através do: (...) IV Consultas; V - Audiências públicas. (Lei Complementar n.º 170 de 09 de outubro de 2006)

direcionada vai refletir sobremaneira na comunidade destinatária do movimento de estruturação do setor urbano.

Na visão de Bobbio,

(...) a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado de sua fórmula política que é, como se viver, a soberania popular. O Único modo de tornar possível a soberania popular. O Único modelo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente na tomada das decisões coletivas. (2000, p. 43)

Nesse raciocínio Schumpeter (1961, n.p.), retrata que, além da democracia direta existe uma riqueza infinita de formas prováveis, através da qual o povo pode participar do governo, influenciar e controlar os que realmente governam.

Desta forma, o debate envolvendo práticas de democracia participativa e suas restrições na regularização fundiária, nos leva a questionar a efetividade e interferência do exercício da participação nas políticas públicas do Processo da Reurb-S do município de Passo Fundo.

Dellagerisi, Villa e Morais (2012) esclarecem que para elaboração de políticas públicas deve haver uma aproximação entre o poder público e a população de forma a melhor identificar quais são as reais necessidades dos moradores.

Na visão de Sen (2013, p. 382), a democracia não envolve apenas as eleições, mas o processo eleitoral é obviamente uma parte importante dela. Isso poderia, em princípio, ser uma força poderosa para a mudança, porém os resultados estão longe de ser automáticos.

Todavia, o desenvolvimento e desdobramento da prática democrática requer ação constante (SEN, 2013)

Alain Touraine alerta quanto à necessidade de se retomar o caminho original da democracia, indicando que o processo acontece de baixo para cima, e, acrescenta ainda que,

uma democracia participativa renovada não é senão um primeiro passo na boa direção: será mais fácil de defender aqueles que nada têm, em nome de princípios universais, como no-lo demonstram os textos fundadores da independência americana e aquilo que dizia a Assembléia Constituinte em meus primeiros meses, e particularmente a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão. (2011, 157)

Atualmente o município de Passo Fundo possui um processo de regularização fundiária em fase de conclusão, aguardando somente o procedimento de averbação das titulações das áreas no bairro do Jaboticabal, e a viabilização do procedimento contou ainda com o apoio dos moradores e de suas associações organizadas. Outrossim, foram estabelecidos encontros públicos e realizadas visitas individuais pela equipe da Secretaria Municipal de Habitação.<sup>11</sup>

Ademais, a segunda localidade destinatária da Reurb-S, e instaurada de Ofício pelo Poder Público Municipal é o loteamento Manoel Corralo.

No que diz respeito à aplicação da Reurb-S no bairro Manoel Corralo, a Secretaria de Habitação de Passo Fundo convidou os moradores para participarem da reunião na Associação dos moradores do bairro São Luiz Gonzaga que tratou sobre os procedimentos da Reurb-S. (RADIO UIRAPURU)

No caso da regularização fundiária no loteamento Manoel Corralo, após a publicação do edital instaurador da Reurb-S, previsto no parágrafo único do art. 2.º do decreto regulamentador, a Secretaria de Habitação realizou os trabalhos de campo para coleta de informações das famílias

---

<sup>11</sup> Notícia fornecida pela Secretaria Municipal de Habitação em 06/08/2020.

ocupantes, e organizaram a ocupação temporária da escola municipal localizada no bairro para possibilitar a juntada de documentos e a realização de reuniões com os moradores. Contudo, os trabalhos não tiveram prosseguimento em decorrência da COVID-19.<sup>12</sup> Nesse sentido, a Secretaria aguarda o melhor cenário a fim de dar continuidade nos trabalhos.

Cumprе salientar que existem outros processos de Reurb envolvendo os bairros como São José, Parque do Sol e Jardim Primavera. No entanto, nestes casos as matrículas não estão individualizadas, o que demanda o levantamento planialtimétrico com georreferenciamento das áreas, nos termos do que dispõe a lei 13.465/2017, e sua realização está condicionada à contratação de empresa especializada.<sup>13</sup>

Conforme previsão contida no § 1º do Art. 9 da lei 13.465/2017, os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional. (BRASIL, 2017)

Diante da orientação proposta por Pedrosa (2018, p. 841/842), o planejamento urbano deve ser realizado de modo a propiciar a expressão das mais distintas manifestações culturais, assim como o fomento e a preservação de espaços de integração, em que possam conviver de forma harmônica os mais distintos sujeitos

A propósito, Bosselmann (2015, p. 87) destaca que, sem a participação efetiva da sociedade civil e a transparência da governança, o desenvolvimento sustentável continuará a ser uma promessa não cumprida.

---

<sup>12</sup> Notícia fornecida pela Secretaria Municipal de Habitação em 06/08/2020.

<sup>13</sup> Notícia fornecida pela servidora Juliane Lazzari da Sehab, em 14/12/2020.

Verifica-se, portanto, que até o presente momento a participação da comunidade na discussão de temas relacionados à política de regularização fundiária do Município de Passo Fundo encontra-se em fase de fortalecimento, e estava sendo viabilizada através da realização de audiências pública, visitas aos moradores por intermédio de equipe da Secretaria, bem como de intermediação das associações de moradores. Sendo estes considerados até então os canais de participação democrática.

Todavia, ainda não foi possível identificar os reflexos dessa participação democrática, pois é um procedimento considerado relativamente novo no município de Passo Fundo e em fase de construção.

. De acordo com Sen (2013, p. 417), outro motivo para esperança é a possibilidade de uma participação muito mais ativa dos mais desfavorecidos na liderança desses movimentos, e na política democrática como um todo, em um futuro relativamente próximo.

Não há dúvidas de que as práticas de participação da população no processo da Reurb é indispensável e favorece a edificação da cidadania. Ademais, o Município de Passo Fundo trabalha no sentido de melhor viabilizar a participação democrática, inclusão social dos moradores mais carentes e o acesso a moradia digna à grande parte da população local, contudo os trabalhos foram suspensos por conta da pandemia que neste momento assola o País.

## **Conclusão**

O Direito a moradia é uma garantia constitucional e se identifica como um direito básico e fundamental de toda a população, sem qualquer distinção. Direito este que está diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e que abrange outros fatores como infraestrutura adequada, o que engloba segurança, acesso a saneamento básico, abastecimento de água, iluminação pública e rede elétrica,

asfaltamento de ruas, áreas de lazer, mobilidade urbana, estar localizada nas proximidades de redes de saúde pública e privada, creches e escolas, dentre outros serviços essenciais.

Sabe-se que a urbanização e aglomeração nas cidades brasileiras têm contribuído para ocupações irregulares das áreas, o que vem ocasionando prejuízos incalculáveis às cidades e a toda a população.

Nesse sentido, o processo de regularização fundiária urbana surgiu como instrumento de correição e de pacificação social, de maneira a contribuir com o fortalecimento das zonas urbanas. E, nesse viés a modalidade Reurb-S, além de beneficiar a população de baixa renda traz segurança jurídica aos moradores, diante da concessão de titulação das propriedades.

Trata-se, portanto, de política pública apropriada para combater os casos de informalidades consolidadas nas zonas urbanas.

Por outro lado, o papel dos municípios como executor da política de desenvolvimento e de expansão urbana é essencial na regularização fundiária, pois estão mais próximos das situações de informalidades.

Outrossim, a participação da população diretamente envolvida no procedimento da Reurb-S, contribui com o fortalecimento da sociedade, pois além de promover a sustentabilidade das cidades, estimula a inclusão social e a justa igualdade.

Desta forma, os trabalhos realizados no procedimento da Reurb-S demonstraram uma aproximação com os ocupantes das áreas objeto de regularização, tornando-se possível conhecer a realidade dos moradores e suas necessidades a fim de permitir uma maior efetividade do Processo.

De todo modo, o município aguarda o término da pandemia e o fim do distanciamento social a fim de dar continuidade aos trabalhos de Reurb-S iniciados no loteamento Manoel Corralo. O que contará com a realização de entrevistas as famílias envolvidas e coletas de documentos.

Desta forma foi observado que inexistente outro canal de participação além da intermediação das associações de moradores. Que o processo de regularização fundiária está em fase de desenvolvimento e fortalecimento no município, e que a participação democrática necessita de maiores aprofundamentos. São situações que precisam ser trabalhadas pelo poder público, além do enfrentamento dos encargos decorrentes da Legislação Federal (13.465/2017).

Conclui-se, que a regularização fundiária urbana de interesse social e a participação democrática estão diretamente associadas, e o modo como o Poder Público dirige a regularização fundiária pode assegurar a participação da população destinatária no processo de composição do espaço urbano. De outro modo, é necessário manter um equilíbrio entre participação popular e a participação da gestão pública, de forma a viabilizar um maior envolvimento dos moradores dentro do processo de Reurb, e ainda possibilitar o exercício da democracia.

## **Referências**

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9.º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [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: 23 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.465, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm). Acesso em: 22 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 11.977, de 07 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm). Acesso em: 22 de jun. 2020.

BOBBIO, Norberto, 1909. **Liberalismo e Democracia.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOSELNAN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito em Governança.** Tradução: Philip Gil França; prefácio Ingo Wolfgang Sarlet – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DELLAGERISI, Bruno; VILLA, Marx ; MORAIS, Fausto Santos. **A Moradia Como Direito à Cidade: Análise da Eficácia e Efetividade Jurídica.** Revista Brasileira de Direito/IMED, Passo Fundo. V. 8, nº 2, jul/dez 2012. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/290/240>. Acesso em 15 de dez. 2020.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de Direito Urbanístico. Barueri, SP: Manole, 2004.

DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. Glória incerta: **A Índia e suas contradições.** 1 ed. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo. Companhia das Letras, 2013.

LEIS MUNICIPAIS. **Lei Complementar n.º 170 de 09 de outubro de 2006.** Dispõe sobre o Plano Diretor do Município de Passo Fundo. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/plano-diretor-passo-fundo-rs>>. Acesso em: 23 de jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 45 de 15 de maio de 2019.** Dispõe sobre a regulamentação do Processo Administrativo da Reurb – Regularização Fundiária Urbana, no âmbito do Município de Passo Fundo. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/passou-fundo/decreto/2019/5/45/decreto-n-45-2019-p-ublicado-no-jornal-o-nacional-em-23-05-2019>>. Acesso em: 23/07/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 5.464, de 19 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre a Regularização Fundiária Urbana no Município de Passo Fundo e dá outras providências. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/passofundo/lei-ordinaria/2019/547/5464/lei-ordinaria-n-5464-2019>>. Acesso em: 23/07/2020.

MAIA, Ana Maria. Regularização fundiária – Um instrumento de arrecadação para os municípios no pós-pandemia. Rio Grande do Sul. Jan. 2021. Disponível em <<https://www.colegioregistrars.org.br/noticias/artigo-regularizacao-fundiaria-um-instrumento-de-arrecadacao-para-os-municipios-no-pos-pandemia-por-ana-cristina-maia/>>, acesso em 06/01/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Estudos de Direito Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Ed. Ver. e Ampl. Saraiva, 2012.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11.ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

O NACIONAL. **Prefeitura abre edital para regularização fundiária.** Disponível em: <https://www.onacional.com.br/cidade,2/2020/02/18/prefeitura-abre-edital-para-regu,94223>. Acesso em: 09 de ago. 2020.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. **O Estatuto Da Cidade Como Instrumento de Democratização e Sustentabilidade do Espaço Urbano.** In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes (Coord.). Tratado de Direito Municipal. Belo Horizonte: Fórum – Conhecimento Jurídico, 2018.

PAIVA, Lamana. **Registro de Imóveis 1ª Zona de Porto Alegre.** Disponível em: <http://registrodeimoveis1zona.com.br/?p=785>. acesso em 23/06/2020.

POLETTI, Ronaldo. **Coleção Constituições Brasileiras.** 3.º ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretarias de Edições Técnicas, 2012. v. 3.

RADIO AM/FM UIRAPURU PASSO FUNDO. **Moradores do Jaboticabal receberão matrícula de terrenos em 120 dias.** Disponível em: <https://rduirapuru.com.br/cidade/moradores-do-jaboticabal-receberao-matricula-de-terrenos-em-120-dias/>. <Acesso: 08 de ago. 2020>

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira.** São Paulo: Ed. Hucitec, 1993.

SANTOS, Myrian Silvana da Silva Cardoso Ataíde Dos. **Regularização Fundiária Urbana e o Direito à Cidade Sustentável na Amazônia: avaliação e mensuração de seus efeitos.** Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos-UFPA) –Universidade Federal do Pará. Pará, p. 232. 2018.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCAVONE JUNIOR. Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHUMPETER. Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro. Editora Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TOURAINÉ, Alain. **Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais.** Tradução de Francisco Morais. Petrópolis: Vozes, 2011.

## **Educar para a sustentabilidade: uma via possível para o fortalecimento da democracia**

*Júlio César de Medeiro*<sup>1</sup>  
*Laura Spaniol Martinelli*<sup>2</sup>

### **Introdução**

As desigualdades sociais correspondem a alguns dos maiores problemas da contemporaneidade. A desigualdade gera conflitos sociais em praticamente todo o mundo em razão de disparidades de renda, gênero, acesso a bens, condições de saúde, moradia, alimentação, trabalho e tantos outros aspectos da vida humana.

Nesse liame, a educação, enquanto direito humano fundamental, é analisada, no primeiro capítulo, como um fator básico de diminuição das desigualdades, o que será embasado com a teoria da justiça de Amartya Sen, o qual faz uma abordagem sobre as capacitações (*capabilities*) como norteadoras do desenvolvimento humano integral, ou seja, o desenvolvimento que abrange todas as esferas da vivência humana e não somente a seara da economia.

Ainda, no primeiro capítulo, serão trazidos exemplos, extraídos da obra “Glória Incerta”, de Amartya Sen e Jean Drèze, de países que investiram na educação com prioridade em relação a outros investimentos

---

<sup>1</sup>Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional - IMED. Pós-graduado em Advocacia Trabalhista e Direito Tributário pela LFG/Anhanguera-Uniderp/RS. Graduado em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Advogado. E-mail: juliomedeiro@gmail.com.

<sup>2</sup>Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional - IMED. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Assistente em Administração junto à Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS Campus Passo Fundo. E-mail: lauraspaniol@yahoo.com.br.

e, em decorrência disso, alcançaram posições de destaque no cenário internacional.

No segundo capítulo, o estudo sobre as capacitações (*capabilities*) será aprofundado, integrando e comparando a abordagem de Sen à de Martha Nussbaum, pois são dois teóricos que têm dedicado boa parte de suas obras a esse tema.

Também será tratado sobre a necessidade da educação não ficar restrita à instrução técnica/profissional das pessoas, mas sim de considerar a totalidade de aspectos que compõem o ser humano na sua formação, de modo a capacitar as pessoas ao exercício da cidadania. Para tanto, a clássica obra “Educação como prática da liberdade”, de Paulo Freire, também integra o estudo.

O terceiro capítulo conterà uma breve exposição sobre os problemas ambientais mundiais vivenciados hodiernamente, demonstrando assim a importância e a fundamentalidade de considerar os valores da sustentabilidade em todos os aspectos do agir humano.

Então, será evidenciado que a educação, compreendida enquanto ferramenta de desenvolvimento integral das pessoas, especialmente em suas capacitações (*capabilities*), pode ser direcionada à sustentabilidade, em todos os seus aspectos, contribuindo assim para a redução de desigualdades sociais e, conseqüentemente, para a construção de democracias sólidas que se perpetuem durante as gerações vindouras, deixando para essas, também, um mundo ecologicamente equilibrado e que possua condições adequadas de vida.

### **1 A relação entre a educação e a redução das desigualdades sociais**

Um dos maiores problemas atuais, não somente no Brasil mas também na maioria das nações do mundo, é a extrema desigualdade entre as pessoas, desigualdade essa que abarca praticamente todos os aspectos

da vida: economia, condições de saúde, moradia, saneamento básico, trabalho, acesso a alimentos e a medicamentos.

Esses problemas sociais, que permeiam as discussões filosóficas da atualidade, são objeto de estudo de Amartya Sen, o qual engendrou uma teoria da justiça que enfatiza a redução das desigualdades evitáveis, quais sejam, aquelas que não se originam de elementos naturais.

Por exemplo, um homem tem 1,95 metros de estatura e outro tem 1,65 metros, é uma diferença considerável, porém, é uma situação natural de desigualdade, o que não pode ser evitado. Por outro lado, se há um homem que ocupa determinado cargo em uma empresa e uma mulher que ocupa exatamente o mesmo cargo, sendo que ambos possuem salários diferentes, essa é uma desigualdade evitável.

Nesse sentido, a teoria da justiça de Sen volta-se ao desenvolvimento das capacidades humanas e da argumentação racional pública, enfatizando as pessoas que compõem a sociedade ao invés de suas instituições. Zambam e Aquino (2016, p. 29) evidenciam o conceito de justiça de Sen:

Justiça, no pensamento de Sen, não pertence, exclusivamente, à efervescência emocional, mas à averiguação e diagnóstico racional de quais alternativas podem ser buscadas a fim de ampliar a Justiça e diminuir a Injustiça. Por esse motivo, o diálogo entre Filosofia, Política e Economia possibilita identificar o que é possível fazer, segundo as capacidades das pessoas. Nem sempre, rememora o autor, será possível identificar e/ou executar um arranjo social justo, imparcial. Quando o olhar se desloca das ações institucionais (sentido macro) para os comportamentos que se manifestam no cotidiano (sentido micro), visualiza-se uma pluralidade de divergências, as quais, todas, pretendem trazer uma resposta definitiva - e justa - às dificuldades originárias das relações humanas.

Com efeito, a concepção de justiça de Sen ultrapassa o entendimento de acesso a bens enquanto riqueza e renda, unicamente, bem como a ideia

rawlsiana de fundamentalidade das instituições básicas, enfatizando, por sua vez, o que denomina de “capacidade” ou de “*capability*” - o que uma pessoa tem motivos para valorizar. Nas palavras de Sen (2010, p. 105):

A capacidade (*capability*) de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade de ter estilos de vida diversos). Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um 'conjunto capacitário' diferente da segunda (a primeira pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda).

A passagem acima, extraída da obra “Desenvolvimento como liberdade”, demonstra a complexidade da teoria da justiça de Sen, que vincula a redução das injustiças com a noção de desenvolvimento das capacitações (*capabilities*) das pessoas.

Isso significa dizer que não existe uma fórmula pronta aplicável a todas as pessoas e a todas as sociedades para reduzir as desigualdades injustas e assim promover a justiça, pois, à medida em que o desenvolvimento perpassa pela ampliação das liberdades substantivas, e essas correspondem a conceitos singulares e subjetivos, a superação das desigualdades pressupõe a compreensão sobre o que é importante para a sociedade, considerando as diversas identidades singulares das pessoas que a compõem.

A sociedade atual é indubitavelmente plural, ou seja, cada indivíduo possui as próprias aspirações, as próprias escolhas, sendo que em raros casos há consenso de ideias entre as pessoas. O consenso restringe-se, no máximo, a pequenos grupos que compartilham das mesmas opiniões e,

justamente pela afinidade, acabam se unindo em prol da causa comum. Por esse motivo, Sen enfatiza a abordagem sobre as capacitações (*capabilities*) nas pessoas e não nos grupos, conforme o ilustre doutrinador (2010, p. 175):

A avaliação de capacidades tem de ser feita primordialmente com base na observação dos funcionamentos reais da pessoa, suplementando-se essa observação com outras informações. Há um salto aqui (de funcionamentos para capacidades), mas não é preciso que seja um salto grande, porque a valoração dos funcionamentos reais é um modo de avaliar como a pessoa valoriza as opções que tem. Se uma pessoa morre prematuramente ou sofre de alguma doença penosa e ameaçadora, na maioria dos casos seria correto concluir que ela tem um problema de capacidade. Evidentemente, em alguns casos isso não seria verdade. Uma pessoa pode suicidar-se, por exemplo. Ou pode passar fome não por necessidade, e sim porque decidiu jejuar. Mas essas ocorrências são relativamente raras, e podem ser analisadas com base em informações suplementares, que estariam relacionadas, no caso do jejum, a práticas religiosas, estratégias políticas ou a outras razões. Em princípio é certo ir além dos funcionamentos escolhidos para avaliar a capacidade de uma pessoa, mas o quanto se poderia ir dependeria das circunstâncias.

Nesse contexto, para que a própria sociedade, compreendida como o conjunto das pessoas que a compõem, tenha clareza sobre seus anseios e aspirações, o desenvolvimento da educação é um pilar fundamental.

É através da educação que se permite às pessoas a participação nas decisões importantes da comunidade, a inclusão em diferentes atividades econômicas, de trabalho e até mesmo de lazer, pois a educação prepara o indivíduo adequadamente para interagir nas diversas esferas sociais, o que também repercute em sua satisfação íntima enquanto ser humano. Conforme Nussbaum (2015, p. 10): “A educação não é útil apenas para a cidadania. Ela prepara as pessoas para o trabalho e, o que é fundamental, para uma vida que tenha sentido”.

Portanto, sem o desenvolvimento do indivíduo através da educação, não se pode falar em ampliação das liberdades substantivas, especialmente na atual sociedade em que vivemos, que exige cada vez mais habilidades das pessoas para que estejam incluídas nas diversas atividades.

Nesse sentido, Drèze e Sen (2015, p. 180) abordam a educação como uma questão fundamental para o desenvolvimento das sociedades: “O papel da educação básica no processo de desenvolvimento e progresso social é amplo e importantíssimo” e prosseguem embasando isso através do exemplo da Europa e dos Estados Unidos, que investiram na educação com prioridade em relação a outras áreas e, como consequência, cresceram tanto social quanto economicamente: “[...] expõem com mais força o papel decisivo da educação, conduzida em geral por iniciativas governamentais, no sentido de facilitar e sustentar o desenvolvimento econômico e social”.

Prosseguem os renomados teóricos com exemplos da Coreia do Sul, Taiwan, Cingapura, Hong Kong e China, os quais justificam o rápido progresso econômico da Ásia Oriental através de altos investimentos no fornecimento de educação básica para a população (Drèze e Sen, 2015, p. 181).

No mesmo liame, os autores retratam o Japão que, em 1868, atingiu um nível de alfabetização de seu povo maior do que o da Europa. Esse foi o período da Restauração Meiji, que perdurou de 1868 a 1912, na qual o governo enfatizou políticas voltadas à educação do povo, o que se refletiu no velocíssimo progresso econômico do Japão.

Assim, ficou demonstrado, na obra de Drèze e Sen, de 2015, que os países estudados que investiram de forma mais robusta em educação tiveram como consequência um desenvolvimento econômico bastante acelerado.

Nesse ponto, é claro que o crescimento unicamente econômico de uma nação pode não significar de fato a melhoria das condições de vida de sua população, o que inclusive é ressaltado pelo próprio Sen (2010, p. 28):

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele.

Além de Sen, há outros autores que também trabalham com a noção de desenvolvimento para além de critérios econômicos. É o caso de Nussbaum (2015, p. 20):

Em estados como Gurajat e Andhra Pradesh, assistimos ao aumento do PIB per capita por meio da educação de uma elite técnica, o que torna o estado atraente para os investidores externos. Os resultados desse crescimento não se refletiram na melhora da saúde e das condições de vida dos camponeses pobres, e não existe nenhum motivo para pensar que o crescimento econômico exija que eles recebam uma educação adequada. Esse foi sempre o principal e mais importante problema do paradigma de desenvolvimento baseado no PIB per capita. Ele não dá importância à distribuição. e pode avaliar positivamente países ou estados em que os níveis de desigualdade são alarmantes. (grifos dos autores)

Portanto, a educação é um fator importantíssimo para o desenvolvimento. Todavia, a concepção de desenvolvimento precisa estar bem formulada de acordo com os ditames sociais e os anseios de toda a sociedade, inclusive as pessoas mais humildes que a compõem.

O desenvolvimento precisa ampliar as liberdades substantivas de todas as pessoas para representar de fato a redução de desigualdades sociais, e a educação é um fator muito importante nesse processo, o que ficou demonstrado através de exemplos de alguns países que

concentraram esforços para investir em educação e obtiveram, assim, bons resultados.

## **2 O desenvolvimento da educação sob a abordagem das capacitações (*capabilities*)**

O estudo sobre as capacitações (*capabilities*) é adotado por alguns autores como alternativa às doutrinas do contrato social e a outras teorias de justiça, representando um debate bastante atual em termos de justiça social. No presente ensaio será tratado a respeito da teoria de dois importantes expoentes na abordagem das capacitações (*capabilities*): Amartya Sen e Martha Nussbaum.

Para Sen (2015, p. 199):

A abordagem das capacidades se concentra na vida humana e não apenas em alguns objetos separados de conveniência, como rendas ou mercadorias que uma pessoa pode possuir, que muitas vezes são considerados, principalmente na análise econômica, como o principal critério do sucesso humano.

Isso significa que, para Sen, as capacidades correspondem às liberdades substantivas das pessoas, ou seja, vão muito além de condições econômicas/riquezas. Ou seja, a concepção de desenvolvimento de Sen diz respeito à individualidade de cada um, o que considera importante valorizar.

Assim, a dimensão individual da noção de capacitações (*capabilities*) de Sen relaciona-se diretamente ao exercício da liberdade, sendo que essa representa uma importante dimensão referente à autonomia humana, inclusive no que diz respeito à responsabilidade com os demais membros da sociedade e a superação das injustiças.

Martha Nussbaum, por sua vez, aborda as capacitações (*capabilities*) tendo como ponto de partida os direitos humanos, especialmente a dignidade, o pluralismo e a igualdade como valores supremos das

sociedades democráticas, e constrói uma lista do que denomina “Las Capacidades Humanas Básicas”, no dizer de Nussbaum (2012, p. 38): “A abordagem das capacitações pode ser provisoriamente definida como uma abordagem particular para avaliação da qualidade de vida e teorização básica da justiça social”<sup>3</sup>.

Ou seja, para Nussbaum, algumas capacidades são básicas, devendo sempre existir para que se configure uma sociedade democrática. Contudo, a listagem pode ser ampliada conforme os anseios sociais assim o exijam. Nesse sentido, a autora (2007, p. 90): “Em primeiro lugar, considero a lista aberta e sujeita à constante revisão e repensar, da mesma forma que a descrição dos direitos mais fundamentais em qualquer sociedade está sempre sujeita a acréscimos (ou supressões)”<sup>4</sup>.

Essas capacidades básicas são compostas, segundo Nussbaum (2007, p. 88/89), pelas seguintes condições: 1. Vida; 2. Saúde física; 3. Integridade física; 4. Sentidos, imaginação e pensamento; 5. Emoções; 6. Razão prática; 7. Associação; 8. Outras espécies; 9. Brincar e 10. Controle sobre o próprio ambiente – político e material.<sup>5</sup>

Veja-se, portanto, que ambos os autores que fazem abordagens sobre as capacitações (*capabilities*) vinculam-nas ao desenvolvimento do ser humano em sua integralidade e não apenas do ponto de vista econômico/financeiro. Essa é uma característica em comum bem marcante nas duas abordagens.

Também se percebe que a educação é uma das principais formas de ampliar as capacitações (*capabilities*), pois é através da educação que se

---

<sup>3</sup>“El enfoque de las capacidades puede definir-se provisionalmente como una aproximación particular a la evaluación de la calidad de vida y a la teorización sobre la justicia social básica”.

<sup>4</sup>“En primer lugar, considero la lista abierta y sujeta a una revisión y un replanteamiento constantes, del mismo modo que la descripción de los derechos más fundamentales en cualquier sociedad está siempre sujeta a añadidos (o eliminaciones)”.

<sup>5</sup>1. Vida; 2. Salud física; 3. Integridad física; 4. Sentidos, imaginación y pensamiento; 5. Emociones; 6. Razón práctica; 7. Afiliación; 8. Otras especies. 9. Juego e 10. Control sobre el propio entorno – político y material.

constrói a cidadania, que se formam pessoas capazes de refletir sobre a realidade e hipóteses de melhorias sociais. É através da educação que se formam líderes que ocuparão espaços importantes de deliberação. Nesse sentido, Nussbaum (2015, p. 27):

Educação é para gente. Antes de podermos planejar um sistema educacional, precisamos entender os problemas que enfrentamos para transformar alunos em cidadãos responsáveis que possam raciocinar fazer uma escolha adequada a respeito de um grande conjunto de temas de importância nacional e internacional.

Desse modo, os sistemas educacionais devem estar voltados à formação de cidadãos ativos e conscientes dentro da sociedade, sendo esse um dos principais desafios atuais da educação.

Temos, atualmente, um sistema educacional bastante tecnicista, voltado para a formação de técnicos e pessoas produtivas (capazes de gerar lucro), todavia, o aspecto humano da educação não pode ser perdido, pois faz parte da formação dos cidadãos. É o que afirmam Rocha e Madaloz (2021, p. 292):

A educação, juntamente com seus processos formativos e objetivos pretendidos, é fonte de debates no mundo todo. Um grande problema na contemporaneidade encontra-se em conciliar as exigências da especialização cada vez mais requerida com a necessidade de uma formação humana mais ampla. Ao observar o desenvolvimento da sociedade e tais problemáticas, apresenta-se a necessidade de haver uma educação bem fundamentada que se preocupe de fato com o desenvolvimento da formação autêntica do ser humano na atualidade.

Portanto, embora atualmente haja demandas por uma formação técnica, também existe a necessidade de formação humanizada, pois disso depende a sobrevivência dos estados democráticos hoje existentes. As

crianças precisam ser educadas para a cidadania e a democracia, sendo conduzidas, através da formação escolar e familiar, a uma vivência crítica e ao desenvolvimento da capacidade de interagir efetivamente com os demais, sabendo expor suas opiniões e escutar a dos outros debatedores. A ausência desses aspectos na educação das crianças é uma preocupação apontada por Freire (1967, p. 44):

Mas, infelizmente, o que se sente, dia a dia, com mais força aqui, menos ali, em qualquer dos mundos em que o mundo se divide, é o homem simples esmagado, diminuído e acomodado, convertido em espectador, dirigido pelo poder dos mitos que forças sociais poderosas criam para ele. Mitos que, voltando-se contra ele, o destroem e aniquilam. É o homem tragicamente assustado, temendo a convivência autêntica e até duvidando de sua possibilidade. Ao mesmo tempo, porém, inclinando-se a um gregarismo que implica, ao lado do medo da solidão, que se alonga como “medo da liberdade”, na justaposição de indivíduos a quem falta um vínculo crítico e amoroso, que a transformaria numa unidade cooperadora, que seria a convivência autêntica.

Se a sociedade não tiver cidadãos atentos aos acontecimentos políticos e sociais, ninguém poderá representá-la e buscar melhores condições de vida, especialmente a ampliação das liberdades. Isso importa dizer que se as pessoas forem educadas/treinadas para somente conduzir suas atividades econômicas, sem que se dê muita atenção a outros aspectos da vida humana, chegará um momento em que as pessoas nem se darão conta de que estão apenas reproduzindo determinados comportamentos e vivendo uma existência desprovida de maiores desejos ou significados.

Sobre a necessidade de uma formação ampla do ser humano, para além do tecnicismo, Rocha e Madaloz (2021, p. 304):

A sociedade contemporânea vive um modelo econômico-social capitalista, que privilegia a formação técnica enfraquecendo a importância da formação humana. A formação técnica lança um modelo de formação na qual não

interessa o cultivo intelectual e moral. A formação crítica dos sujeitos, uma formação baseada em habilitar para o trabalho, para o desenvolvimento econômico. Esta formação ensina a fazer e não a pensar, não exige tanto esforço. Diante de uma realidade repleta de tecnologia e acesso à informação, acabamos ficando na superficialidade, nos privando do crescimento pessoal e do aprofundamento do conhecimento. Só um pensamento pedagógico autônomo é capaz de justificar a prática educacional do presente.

Assim, embora a educação tenha um amplo potencial de contribuir para a ampliação das capacidades (*capabilities*), da forma que vem sendo conduzida, enfatizando a formação das pessoas para o mercado de trabalho e a produção, deixando de lado o aspecto formativo humano, precisa ser repensada.

Essa tendência exclusivamente tecnicista da educação não condiz com os ideais da democracia, da pluralidade de opiniões, da liberdade de pensamento. Conforme Bechi, Trevisol e Bilibio (2021, p. 268/269):

As demandas de mercado sobre as políticas educacionais e a ascensão do regime capitalista de conhecimento/aprendizagem, projetadas em defesa do crescimento econômico, tendem a suplantar o modelo de “ciência aberta” e de conhecimento como bem público. A educação para o lucro e o modelo de ciência orientada para o mercado negligenciam as disciplinas e os projetos de pesquisa vinculados à área de humanas, a favor de uma educação essencialmente científica e tecnológica. A introdução do discurso econômico no campo da educação ameaça a produção de conhecimento desinteressado e os fundamentos da educação liberal clássica, que dão sustentação a formação e ao aprimoramento das sociedades democráticas.

Deveras, a democracia só se desenvolve em sociedades com cidadãos ativos, pensantes e conscientes. A educação que se volta unicamente ao mercado e à produção pode transformar as pessoas de forma que apresentem comportamentos robotizados, incapazes de analisar

criticamente os problemas sociais, cenário esse incompatível com o de um estado democrático.

Uma educação que desenvolva as capacitações (*capabilities*) das pessoas deve possuir caráter libertador, incentivar o aluno a pensar, a problematizar e a compreender diferentes pontos de vista sobre um mesmo aspecto da realidade. Conforme explica Freire (1967, p. 43):

A partir das relações do homem com a realidade, resultantes de estar com ela e de estar nela, pelos atos de criação, recriação e decisão, vai ele dinamizando o seu mundo. Vai dominando a realidade. Vai humanizando-a. Vai acrescentando a ela algo de que ele mesmo é o fazedor. Vai temporalizando os espaços geográficos. Faz cultura. E é ainda o jogo destas relações do homem com o mundo e do homem com os homens, desafiado e respondendo ao desafio, alterando, criando, que não permite a imobilidade, a não ser em termos de relativa preponderância, nem das sociedades nem das culturas. E, na medida em que cria, recria e decide, vão se conformando as épocas históricas. É também criando, recriando e decidindo que o homem deve participar destas épocas.

O aluno, seja do ensino fundamental, médio ou superior, precisa ser motivado e desafiado a pensar na estrutura social da qual faz parte, a analisar o que é importante valorizar, para si e para seus semelhantes. Essa função libertadora da educação é muito importante também para o desenvolvimento de consciência das pessoas, quando pertencem a certos grupos que sofrem abusos ou discriminação, tais como mulheres, negros, imigrantes, portadores de necessidades especiais.

Nesse sentido, Drèze e Sen (2015, p. 177) salientam que “[...] há amplas evidências de que a escolaridade das jovens pode melhorar substancialmente a voz e o poder das mulheres nas decisões familiares”. Isso significa que a escolarização de mulheres contribui até mesmo para com a equidade dentro da família e não apenas no mercado de trabalho. Isso embasa o entendimento de que a educação não possui apenas a função

técnica de preparação para atividades profissionais, do contrário, é a mola propulsora para o desenvolvimento de todas as capacitações (*capabilities*), desde que seja voltada à formação crítica do ser humano e não somente técnica.

### **3 Educação para a sustentabilidade**

Conforme tratado no capítulo anterior, um sistema educacional que forma cidadãos preparados para o debate público e para a efetiva participação social, que contribuam ativamente na vida em comunidade, pressupõem a inclusão de disciplinas humanas aos currículos, em detrimento de componentes exclusivamente técnicos.

A relação entre a educação e a participação ativa na sociedade é evidenciada por Kujawa e Zambam (2018, p. 7): “O acesso a bons níveis de educação e de informação possibilitam a evolução no processo de integração, participação e decisão na sociedade”.

Da mesma forma, uma educação voltada à sustentabilidade precisa ser adotada se o que se quer é, de fato, construir uma sociedade atenta e consciente quanto aos aspectos ambientais que podem afetar a presente e as próximas gerações. Assim, a formação para a cidadania e para a sustentabilidade mesclam-se entre si, pois uma está diretamente relacionada à outra. Nessa linha, Roos e Becker (2012, p. 857/858):

A Educação Ambiental pode ser entendida como uma metodologia em conjunto, onde cada pessoa pode assumir e adquirir o papel de membro principal do processo de ensino/aprendizagem a ser desenvolvido, desde que cada pessoa ou grupo seja agente ativamente participativo na análise de cada um dos problemas ambientais diagnosticados e com isso buscando soluções, resultados e inclusive preparando outros cidadãos como agentes transformadores, por meio do desenvolvimento de habilidades e competências e pela formação de atitudes, através de uma conduta ética, condizentes ao exercício da cidadania.

Mas, porque pensar em educação ambiental? Os cientistas têm alertado a população e os governos ao redor do mundo há alguns anos sobre os efeitos da ação humana sobre a natureza. As alterações climáticas do planeta são notórias e as previsões em relação ao futuro, preocupantes, razão pela qual é imperiosa uma mudança de paradigma em relação à produção e ao consumo ambientalmente conscientes. Nesse sentido, prosseguem Roos e Becker (2012, p. 858):

Para que haja essa mudança de rumos deverá ser traçada uma estratégia para o pleno desenvolvimento humano e da natureza, assim será necessário a implementação de programas capazes de promover a importância da Educação Ambiental, a importância da adoção de práticas que visem à sustentabilidade e a diminuição de qualquer impacto que nossas atividades venham a ter no ecossistema que nos cerca e nos mantém. Por intermédio de um debate amplo e profundo de nossas necessidades e um correto entendimento de que a forma como atuamos hoje, só nos levará para a destruição e o aniquilamento se terá uma mudança de paradigma e com isso a introdução de um desenvolvimento sustentável em todas as esferas: política, econômica, social e principalmente ambiental.

Nesse liame, Paz, Teodoro e Mendonça (2000, s/p) fazem uma abordagem sobre a água, bem indispensável a qualquer forma de vida:

A água é um recurso natural indispensável à sobrevivência do homem e demais seres vivos do Planeta. É uma substância fundamental para os ecossistemas da natureza, solvente universal e importante para a absorção de nutrientes do solo pelas plantas, e sua elevada tensão superficial possibilita a formação de franja capilar no solo, além de imprescindível às formações hídricas atmosféricas, influenciando o clima das regiões; no ser humano, é responsável por aproximadamente três quartos de sua constituição. Infelizmente, este recurso natural encontra-se cada vez mais limitado e

exaurido pelas ações impactantes do homem nas bacias hidrográficas, degradando a sua qualidade e prejudicando os ecossistemas.

Não somente a água, mas todos os recursos naturais existentes também estão em risco. Boff (2015, p. 21) faz um alerta em relação à destruição da biodiversidade:

Devido à intemperante e irresponsável intervenção humana nos processos naturais, ocorrida nos últimos três séculos, inauguramos uma nova era geológica chamada de Antropoceno, que sucede a do Holoceno. O Antropoceno se caracteriza pela capacidade de destruição do ser humano acelerando o desaparecimento natural das espécies.

O desaparecimento de espécies e o comprometimento da biodiversidade são fatores muito preocupantes porque se relacionam com o desequilíbrio ambiental, o qual provoca desastres naturais e problemas ambientais diversos.

Nesse sentido, os pesquisadores Joel Henrique Ellwanger e José Artur Bogo Chies, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, realizaram um estudo no qual demonstraram evidências de que o desmatamento na Amazônia é um fator que desregula o equilíbrio ambiental em todo o mundo, podendo repercutir no surgimento de doenças. Conforme os mencionados professores (2020, s/p):

Desmatamento, queimadas e doenças respiratórias são uma tríade fatalmente conectada. A floresta Amazônica está sendo desmatada com uma intensidade superior a das taxas observadas nos últimos anos, além de ter sido atingida por diversas queimadas provocadas pela ação humana, criando um círculo de destruição florestal. O papel regulador exercido pela Amazônia sobre o clima da Terra está cada vez mais abalado e, como consequência, a incidência de doenças causadas pela fumaça das queimadas e pelos eventos climáticos extremos está cada vez maior. As doenças respiratórias são geralmente as mais

lembradas quando se pensa nos efeitos nocivos do desmatamento e das mudanças climáticas sobre a saúde humana, afinal os pulmões são facilmente afetados pela poluição, fumaça de queimadas e temperaturas extremas. Existe, entretanto, uma grande e intrincada relação entre o desmatamento e diversos outros problemas de saúde, principalmente as doenças infecciosas.

Os pesquisadores prosseguem explicando que o desmatamento da Amazônia causa a migração de microrganismos dos animais selvagens para animais domésticos, que até então não faziam parte de sua composição biológica, o que pode acarretar no surgimento de vírus, inclusive nocivos aos seres humanos.

Além disso, a caça de animais selvagens também está relacionada com o aparecimento de novos vírus que afetam a saúde humana. No dizer de Ellwanger e Chies (2020, s/p):

Essa caça e a manipulação de carne de animais selvagens são atividades altamente facilitadoras da transmissão de novos microrganismos para os humanos. Por exemplo, um caçador em uma floresta tropical sentirá calor, usará poucas roupas e poderá ter cortes na pele causados pela vegetação. O contato com fluidos, principalmente sangue, da carcaça dos animais com os ferimentos do caçador pode ser a porta de entrada no corpo humano para diferentes microrganismos, incluindo aqueles com potencial patogênico. A manipulação de carne e vísceras da caça para consumo, portanto, é uma ótima oportunidade para novos patógenos infetarem os humanos.

Veja-se, assim, que não são apenas os desastres naturais, tais como terremotos, inundações, secas, que podem afetar a vida humana, mas até mesmo os microrganismos possuem um potencial ofensivo para o humano quando há o desequilíbrio ambiental.

Dessa forma, a conscientização sobre a necessidade de cooperação entre todas as pessoas para a manutenção do meio ambiente equilibrado é, atualmente, uma questão de exercício da cidadania, razão pela qual a

educação precisa ter como um de seus pilares a formação das pessoas para a sustentabilidade. Entretanto, essa forma de educar também precisa estar conectada com os ditames da sustentabilidade social e econômica, pois também relacionam-se com a qualidade de vida na Terra e com a manutenção de condições de vida digna para as futuras gerações.

Ressalta-se que a sustentabilidade é compreendida em diversas dimensões, sendo que alguns autores trabalham com diversos aspectos da sustentabilidade (cultural, ético, político), não apenas o econômico, social e ecológico. Assim, pode-se, atualmente, falar em multidimensionalidade da sustentabilidade, mesmo porque os vários aspectos desse conceito relacionam-se entre si.

Iaquinto (2018, p. 163), elenca dez dimensões da sustentabilidade, a saber: ecológica, econômica, social, cultural, espacial, política (nacional e internacional), jurídico-política, ética, psicológica e tecnológica. Outras dimensões, ainda, são possíveis, pois a sustentabilidade é um conceito amplo e em permanente construção pela doutrina.

No tocante às relações internacionais, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU, também adota uma multiplicidade de fatores relacionados à sustentabilidade, uma vez que adota 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, os quais correspondem às diversas dimensões da sustentabilidade. Nesse sentido, é o site oficial da Agenda 2030 (ONU, 2015, s/p):

Os 17 ODS são integrados e indivisíveis.

É o que afirma a Agenda 2030 ao apresentar os 17 ODS e suas 169 metas.

Integrados, pois refletem de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: social, econômica e ambiental.

Indivisíveis, pois não será possível avançar apenas um ODS, será necessário trabalhar em prol de todos os 17 ODS para tornar o desenvolvimento sustentável uma realidade.

Destaca-se aqui, todavia, a dimensão social da sustentabilidade, pela sua relação intrínseca com o fortalecimento da democracia e com a redução de desigualdades. Nesse sentido, Caporal e Costabeber (2002, p. 77):

Ao lado da dimensão ecológica, a dimensão social representa precisamente um dos pilares básicos da sustentabilidade, uma vez que a preservação ambiental e a conservação dos recursos naturais somente adquirem significado e relevância quando o produto gerado nos agroecossistemas, em bases renováveis, também possa ser equitativamente apropriado e usufruído pelos diversos segmentos da sociedade.

Assim, a sustentabilidade social diz respeito a condições equitativas de vida para as pessoas em torno de todo o Planeta. Em relação à indústria, por exemplo, não faz o menor sentido haver fábricas que tomam medidas para reduzir os impactos ambientais/ecológicos de sua produção, se para isso utilizam trabalho escravo ou em condições degradantes.

Ainda, a sustentabilidade social também remete à análise de hábitos de produção e de consumo que sejam compatíveis com a qualidade de vida e a promoção da saúde, conforme explicam Caporal e Costabeber (2002, p. 77):

A dimensão social inclui, também, a busca contínua de melhores níveis de qualidade de vida mediante a produção e o consumo de alimentos com qualidade biológica superior, o que comporta, por exemplo, a eliminação do uso de insumos tóxicos no processo produtivo agrícola mediante novas combinações tecnológicas, ou ainda através de opções sociais de natureza ética ou moral.

A sustentabilidade social, assim, assume a feição de estruturar a sociedade para que todas as pessoas das presentes e das futuras gerações

tenham condições dignas de vida, acesso a direitos básicos e oportunidades de se desenvolverem, especialmente no que tange às suas liberdades substantivas.

Dessa forma, a educação para a sustentabilidade é aquela que forma cidadãos conscientes sobre todos os problemas existentes, que se importem e se preocupem com a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais, para que não venham a faltar para as próximas gerações.

Do mesmo modo, a formação cidadã também precisa estar direcionada à consciência de que todas as pessoas têm o direito de desenvolverem-se em suas capacitações (*capabilities*), dentro da esfera de liberdade individual, ou seja, naquilo que consideram importante valorizar.

Nesse contexto, evidencia-se com bastante clareza que a educação não se restringe à formação técnica, pois abrange todo o ser, nos mais diversos aspectos, de acordo com os atuais ditames da sustentabilidade multidimensional. Para que isso ocorra, Nussbaum (2015, p. 108) propõem a reformulação dos currículos escolares, de modo que contemplem para todos os alunos, desde a educação básica, disciplinas de artes e humanas:

Precisamos, portanto, desenvolver o “olhar interior” dos alunos. Isso significa uma formação cuidadosamente moldada nas artes e nas humanidades – adequada à idade e ao nível de desenvolvimento da criança – que os ponha em contato com questões de gênero, raça, etnia e experiência e cooperação transculturais. Essa formação artística pode e deve estar relacionada à formação do cidadão no mundo, uma vez que as obras de arte costumam ser um modo inestimável para começar a compreender as conquistas e os sofrimentos de uma cultura diferente da nossa.

Esse modelo de educação visa, em última análise, ao fortalecimento da democracia, pois, nesses moldes, conforme Nussbaum (2015, p. 18): “[...] a educação não significa apenas assimilar passivamente as tradições culturais, mas desafiar a mente para que, em um mundo complexo, ela se torne ativa, competente e cuidadosamente crítica”.

Portanto, através da educação voltada à sustentabilidade, em todas as suas dimensões, as capacitações (*capabilities*) podem se desenvolver e contribuir, assim, para a construção de democracias estáveis e duradouras.

### **Conclusão**

A superação das desigualdades é, atualmente, um dos maiores desafios existentes na humanidade, sobre o qual teóricos de diversas áreas dedicam seus estudos e teses. A complexidade do tema, entretanto, pressupõem respostas também complexas e a análise de mais de uma abordagem é necessária à compreensão e aprofundamento teórico.

Assim, este artigo, sem qualquer pretensão de exaurir a temática, mas apenas como forma de lançar um olhar atento à questão das desigualdades sociais e de fomentar a discussão sobre o assunto, trouxe como principais referenciais teóricos Amartya Sen e Martha Nussbaum, os quais são adeptos do estudo das capacitações (*capabilities*) como ferramenta para o desenvolvimento integral do ser humano.

Dessa forma, tendo como ponto de partida as capacitações (*capabilities*), a educação foi apresentada como um aspecto fundamental do desenvolvimento, porém, tratou-se do desenvolvimento não apenas com viés econômico, mas sim abarcando todos os aspectos da vida humana, o que vai ao encontro da abordagem sobre as capacitações (*capabilities*). Segundo essa abordagem, as capacitações (*capabilities*)

correspondem a aquilo que uma pessoa considera relevante valorizar, e não somente bens materiais, riquezas ou rendas.

Desse modo, encarando a educação como capacitação (*capabiliti*), essa não deve ficar limitada aos aspectos de preparação das pessoas para a vida profissional, voltada exclusivamente para a produção e para o lucro, mas sim deve corresponder à formação humana na sua integralidade, transformando alunos em cidadãos do mundo, capazes de interagir, olhar criticamente e empaticamente a sociedade e compreender, sem discriminação, as culturas diferentes.

Esse modelo de educação é arduamente defendido por Nussbaum, a qual entende que a educação que se volta unicamente para o lucro e para o aumento de indicadores econômicos como o PIB está colocando em risco a manutenção das democracias no mundo, pois tende a formar pessoas que não têm um olhar crítico e dinâmico sobre os problemas sociais e a realidade, sua e de seus semelhantes. O doutrinador brasileiro Paulo Freire também é defensor da educação crítica, que prepara as pessoas para a vivência democrática.

Assim, o modelo de educação proposto por Nussbaum considera fundamental a inclusão das artes e das humanidades nos currículos escolares, em todos os níveis de formação, por serem essas importantes disciplinas que auxiliam na construção de caráter crítico e, ao mesmo tempo, empático.

Em consonância com esse entendimento, foi demonstrado que a educação também precisa estar voltada para a sustentabilidade, de modo a contemplar a educação ambiental em todos os níveis, pois somente assim o paradigma de desenvolvimento sem comprometimento com a preservação do meio ambiente para as presentes e as futuras gerações poderá ser superado. Ainda, a educação para a sustentabilidade precisa

considerar o sentido amplo da terminologia “sustentável”, de forma a abranger a sua multidimensionalidade.

É exatamente nesse ponto que está a inter-relação necessária entre educação, sustentabilidade e democracia, pois uma sociedade sem cidadãos críticos não é politicamente sustentável, o que também corresponde à supressão dos ideais democráticos.

Portanto, para que as democracias se solidifiquem, tornando-se regimes políticos estáveis e duradouros, é imprescindível que a educação se volte ao desenvolvimento das capacitações (*capabilities*), com ênfase na sustentabilidade, em todas as suas dimensões.

## Referências

BECHI, Diego. TREVISOL, Marcio Giusti. BILIBIO, Rogerio Augusto. **A produção de conhecimento voltado para o mercado e a crise das humanidades: uma análise da Portaria MCTIC n. 1.122 a partir de Martha Nussbaum.** In: FÁVERO, Altair Alberto. TONIETO, Carina. CONSALTÉR, Evandro. CENTENARO, Junior Bufon (Org.). *Leituras sobre Martha Nussbaum e a Educação.* Curitiba: CRV, 2021.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade.** O que é – O que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

CAPORAL, Francisco Roberto. COSTABEBER, José Antônio. **Análise Multidimensional da Sustentabilidade.** Uma proposta metodológica a partir da Agroecologia. *Revista Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, Jul/Set 2002.

DRÈZE, Jean. SEN, Amartya. **Glória Incerta.** A Índia e suas contradições. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. Companhia das Letras, 2015.

ELLWANGER, Joel Henrique. CHIES, José Artur Bogo. **Conexões entre desequilíbrios ambientais e o surgimento de doenças infecciosas na Amazônia.** Disponível em: <https://www.ufrgs.br/jornal/conexoes-entre-desequilibrios-ambientais-e-o-surgimento-de-doencas-infecciosas-na-amazonia/>. Acesso em: 22 mai 2021.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra LTDA, 1967.

IAQUINTO, Beatriz Oliveira. **A sustentabilidade e suas dimensões**. Revista da ESMESC, v. 25, n. 31, p. 157-78, 2018.

KUJAWA, Henrique Aniceto. ZAMBAM, Neuro José. **Conquista da moradia no loteamento Canaã em Passo Fundo, Brasil**. Mercator, Fortaleza, v. 17, e17031, 2018.

NUSSBAUM, Martha. **Crear Capacidades**: propuesta para el desarrollo humano. Tradução: Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2012.

NUSSBAUM, Martha. **Las Fronteras de la Justicia**. Consideraciones sobre la exclusión. Tradução: Ramon Vilà Vernis e Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2007.

NUSSBAUM, Martha. **Sem Fins Lucrativos**. Por que a democracia precisa das humanidades. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

ONU. **Agenda 2030**. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 22 mai 2021.

PAZ, Vital Pedro da Silva. TEODORO, Reges Eduardo Franco. MENDONÇA, Fernando Campos. **Recursos hídricos, agricultura irrigada e meio ambiente**. Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1415-4366200000300025&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1415-4366200000300025&script=sci_arttext). Acesso em: 22 mai 2021.

ROCHA, Janimara. MADALUZ, Marcos Antonio Martinelli. **Algumas indicações de convergências e divergências nos conceitos de formação humana entre as tradições da paideia, da bildung e os desafios da atualidade em Martha Nussbaum**. In: FÁVERO, Altair Alberto. TONIETO, Carina. CONSALTÉR, Evandro. CENTENARO, Junior Bufon (Org.). *Leituras sobre Martha Nussbaum e a Educação*. Curitiba: CRV, 2021.

ROOS, Alana. BECKER, Elsbeth Leia Spode. **Educação Ambiental e Sustentabilidade.**

Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental REGET/UFSM. e-ISSN: 2236-1170. v. 5, nº 5, p. 857 - 866, 2012.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça.** Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes.

São Paulo: Companhia das Letras, 2015. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-a-ideia-de-justica-amartya-sen-em-pdf-epub-e-mobi/> Acesso em: 11 jun. 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta. São

Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ZAMBAM, Neuro José. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **A Teoria da Justiça de**

**Amartya Sen.** Temas Fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

## O direito à duração razoável do processo e as consequências provenientes da busca desenfreada pela celeridade processual no ordenamento jurídico brasileiro

*Karla Eduarda Modena Pavan*<sup>1</sup>

*Jocelino Tramontin da Silva*<sup>2</sup>

*Suelen Silva de Oliveira*<sup>3</sup>

### Introdução

A regra inserida pela Emenda Constitucional nº 45/04, ao inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que, expressamente, passou a garantir a todas as partes, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988), foi a principal responsável por impulsionar, no ordenamento jurídico brasileiro, a busca desenfreada por instrumentos processuais capazes de proporcionar uma maior agilidade na solução dos litígios.

Ressalta-se, todavia, que a ideia que consagra o princípio da duração razoável do processo sempre esteve presente na Constituição Brasileira, mesmo que de maneira implícita, não podendo, assim, ser afirmado que a sua inserção, no ordenamento jurídico pátrio, foi uma grande inovação,

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”. Advogada em Erechim/RS. E-mail: karlapavan14@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8890778643663357>. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5192-4092>;

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS. Especialista em Direito Penal pela Faculdade Processus – Brasília/DF, e Segurança Pública pela IMED – Passo Fundo/RS, Advogado OAB/RS 95251, E-mail: [advtramontin@gmail.com](mailto:advtramontin@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0727480194584812>. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2765-304X>;

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS. Bacharela em Direito pela Universidade de Cuiabá/MT. Tabela de Notas e Protestos de Ciriaco/RS. E-mail: [suelenoliveira.adv@gmail.com](mailto:suelenoliveira.adv@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2168188541729202>. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6024-511X>.

tendo em vista que o direito à duração razoável dos atos processuais já se encontrava presente nos fundamentos que respaldam o princípio do devido processo legal e o da dignidade humana. No mesmo viés, a prestação jurisdicional em tempo razoável, como direito fundamental, também está presente, desde 1969, no Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário.

Dessa forma, a partir da implementação da Emenda Constitucional nº 45/04, alguns doutrinadores e estudiosos sobre o assunto começaram a acreditar em uma suposta relação existente entre a ideia de justiça efetiva com o fator “tempo” de duração do processo, como garantia fundamental à celeridade processual. Todavia, há de se destacar que igualar a “justiça” à brevidade processual não é a melhor alternativa a ser seguida, pois tal equiparação poderá ocasionar, muitas vezes, consequências com resultados negativos, praticando-se, na verdade, grandes injustiças às partes envolvidas (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010).

Assim, com a incorporação da ordem constitucional à celeridade processual, o maior obstáculo a ser solucionado no ordenamento jurídico pátrio, além de encontrar maneiras para reduzir o tempo de duração de um processo, é adequar a sua otimização aos direitos fundamentais procedimentais. Ou seja, é necessário assegurar medidas capazes de viabilizar a efetiva prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável e, simultaneamente, estar protegido do subjetivismo dos órgãos julgadores, das barbaridades jurídicas, assim como do cerceamento de outros direitos constitucionais, tão ou mais importantes que o da celeridade processual (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010).

Neste contexto, surge a seguinte problemática, que embasa o presente trabalho: Quais são as consequências legais advindas com a busca desenfreada pela celeridade processual no sistema jurídico brasileiro e de que forma é possível garantir o processo célere sem ferir os demais direitos

constitucionais? Para responder o referido questionamento, verificam-se, no decorrer do estudo, alguns aspectos relevantes sobre o princípio da duração razoável do processo e certas considerações a respeito da necessidade de se utilizar o elemento da prudência ao defender o discurso em prol da celeridade processual a qualquer preço, bem como analisam-se observações importantes sobre a utilização das reformas processuais como instrumento capaz de solucionar a morosidade da prestação jurisdicional. O método utilizado no presente trabalho foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica e a documental.

### **1 Breves considerações sobre a duração razoável do processo**

Inicialmente, cabe destacar que a duração razoável do processo consiste em um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, que, em síntese, garante ao jurisdicionado a resolução de seu processo em um tempo lógico adequado. Corroborando do entendimento, Annoni aduz:

A expressão prazo razoável, que visa regular a garantia do demandante de obter do Poder Judiciário uma resposta pronta e efetiva, ou seja, o direito de que seu processo termine logo e lhe forneça uma resposta condizente com o pedido formulado, encontra no direito internacional, diversos sinônimos. A expressão prazo tem origem na Convenção Europeia de Direitos Humanos que trata do tema em seu art.6º. (ANNONI, 2006, p. 18).

O instituto da duração razoável do processo foi inserido, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, que foi originada com base em dois antecedentes normativos internacionais, de suma importância, quais sejam, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Diante disso, ressalta-se que a Convenção Europeia de Direitos Humanos surgiu em 1950, dois anos após a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, implicitamente, já protegia o princípio da duração razoável do processo, através da análise do direito à dignidade da pessoa humana. A respectiva Convenção passou a tratar do assunto, pela primeira vez, de forma explícita, no seu artigo 6º, §1º, assegurando o direito de o indivíduo ter o seu processo julgado em um prazo razoável, veja-se:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (COE, 1950).

A partir desse dispositivo, a prestação jurisdicional em um prazo de duração razoável tornou-se um direito subjetivo humano e fundamental para toda a coletividade, onde diversos países, principalmente do continente europeu, passaram a identificá-lo como tal, inserindo essa garantia em seus ordenamentos jurídicos internos.

O documento internacional em questão, também, serviu como base para a condenação de vários Estados-membros do Conselho da Europa que não asseguravam à população a prestação jurisdicional em tempo apropriado, cuja prática configurou a violação de direito fundamental e, conseqüentemente, gerou a responsabilidade do Estado ofensor em reparar o dano causado.

No mesmo viés, a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada pelo Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, e ratificada pelo país brasileiro, em 1992, através do Decreto nº 678/92, também dispôs,

em seu artigo 8º, a garantia da duração razoável do processo, conforme os seguintes termos:

Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (OEA, 1969).

A respectiva Convenção, além de contribuir para a positivação do direito, introduziu a ideia de que violar um direito fundamental do ser humano é o mesmo que transgredir o direito de toda a humanidade, evidenciando, assim, a necessidade dos Estados de estabelecerem medidas capazes de combater tal violação (OEA, 1969).

Dessa forma, constata-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi de grande valia para a implementação do princípio da duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro, pois, por meio de sua influência, surgiu a Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e passou a assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios de que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

O constituinte, ao elaborar a norma supracitada, teve como objetivo primordial instituir um dispositivo capaz de auxiliar na melhoria da qualidade da prestação jurisdicional quanto à morosidade da máquina judiciária, além de prezar pela economia processual, sem ser necessário postergar a aplicação do direito ao caso concreto. Segundo Rangel, o princípio da duração razoável do processo:

[...] é a garantia do exercício da cidadania na medida em que se permite que todos possam ter acesso a justiça, sem que isso signifique demora na prestação jurisdicional. Prestação jurisdicional tardia não é justiça, mas prestação jurisdicional imediata, açodada, é risco a democracia. (RANGEL, 2014, p. 45).

Diante disso, cabe ressaltar que o princípio da duração razoável do processo não quer dizer, necessariamente, que o processo, ao chegar no Poder Judiciário, precisa ser julgado de imediato, mas, sim, que a prestação jurisdicional não pode ser proferida tardiamente, pois, dessa forma, inviabilizará ou prejudicará a aplicação da justiça efetiva às partes.

Nesse sentido, quanto à justiça efetiva, observa-se que, embora esta venha a se relacionar intimamente ao fator “tempo de duração dos atos processuais”, a mesma não irá se concretizar somente com o desenvolvimento célere do processo, necessitando, também, que a decisão proferida tenha algum grau de utilidade às partes e que subsista a aceitação do exercício de poder do órgão julgador. A aceitação do julgamento, por sua vez, tende a comprovar o reconhecimento de sua justiça e legitimidade, como decisão puramente democrática (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010). Corroborando do entendimento, Dinamarco aduz:

A efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem satisfazer com soluções que não sejam jurídicas e socialmente legítimas. Tem que se atentar para o que é esperado quando se recorre a via processual para a solução de determinado conflito. (DINAMARCO, 2008, p. 315).

De acordo com Zanferdini (2003, p. 246), a efetividade do processo é uma exigência recorrente na atualidade, onde a comunidade “anseia por uma atividade jurisdicional capaz de emitir julgamentos céleres, eficazes e

aptos para garantir o efetivo cumprimento de seus julgados”. Assim, o processo efetivo não pode ser visto, exclusivamente, como um processo rápido, mas sim como um processo que engloba tanto fatores relativos ao tempo célere, quanto elementos que constituem o princípio do devido processo legal, como, por exemplo, o direito ao contraditório, à ampla defesa, à publicidade dos atos processuais, à motivação das decisões judiciais e etc.

Portanto, constata-se que com a introdução da norma no texto constitucional brasileiro, o princípio da duração razoável do processo passou a ser reconhecido como um direito de cunho fundamental e de titularidade de todos. No entanto, para caracterizar sua eficácia torna-se necessário, além da celeridade processual, o cumprimento dos demais dispositivos constitucionais referentes ao direito de defesa (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010).

Ainda, cabe salientar que a garantia da duração razoável do processo, como direito fundamental, é uma cláusula geral, ou seja, o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não estabelece, *a priori*, o significado do termo “duração razoável” e nem as circunstâncias essenciais para determiná-lo, o que obstaculiza a sua teorização e aplicação no caso concreto (ANDRIGHI, 2006). No mesmo sentido, o artigo 4º do Código de Processo Civil de 2015 também não determina um prazo específico para mensurar o período de duração razoável do processo.

Dessa forma, na ausência de parâmetros específicos, o princípio do devido processo legal, que engloba diversos direitos constitucionais, pode ser utilizado como fator predominante para caracterizar a duração razoável do processo em casos concretos, tendo em vista que possui como finalidade o estrito cumprimento dos prazos e dos procedimentos legais, fazendo, assim, com que o seu descumprimento acarrete violação à garantia da celeridade processual.

## **2 O discurso em prol da celeridade processual versus a segurança jurídica dos atos processuais**

Como salientado anteriormente, a busca pela celeridade processual e pela aplicação do princípio da duração razoável do processo é uma exigência recorrente na atualidade e uma grande preocupação a âmbito mundial. A título de exemplo, cita-se a introdução de normas expressas sobre o presente assunto em vários ordenamentos jurídicos nacionais, bem como as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, que condenou vários países em danos morais, devido a morosidade na prestação jurisdicional.

Desse modo, torna-se necessário afirmar que o fator “tempo” é um elemento importantíssimo para o acesso à justiça, pois não basta ser assegurado o direito às partes, se este não for prestado de maneira célere e efetiva. Corroborando do entendimento, Barbosa (*apud* SADEK, 2014, p. 61) aduz que “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Contudo, embora a celeridade processual seja um requisito fundamental para o desenrolar do processo, deve-se ter muita prudência ao utilizar o discurso fácil em prol da rapidez, pois este, muitas vezes, em nome da urgência processual, acaba por inviabilizar a aplicação de outros direitos essenciais e necessários à segurança jurídica. No mesmo sentido, Nery Jr. expõe que:

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submisso do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com

outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. (NERY JR., 2009, p. 323).

De acordo com Schneider, nem sempre o princípio da celeridade deve ser visto como uma ferramenta fundamental para sanar os litígios jurídicos e combater a morosidade no Poder Judiciário:

Não parece viável que o princípio da celeridade processual seja visto como essencial quando o que está em jogo são garantias constitucionais como a da ampla defesa, contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF/88) e a da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da CF/88). A simplicidade e eficácia processuais, para tornar o processo mais célere, não devem acontecer com o sacrifício, principalmente, destas garantias fundamentais. (SCHNEIDER, 2013, p. 474).

Assim, apesar de o direito ao acesso à justiça estar relacionado, intimamente, com o fator “tempo” na prestação jurisdicional, onde inúmeros doutrinadores clamam pela celeridade processual a qualquer custo, não se pode esquecer que existem outros direitos constitucionais a serem assegurados, como, por exemplo, o devido processo legal e a ampla defesa (LESSNAU; COSSI, 2013).

Desse modo, cabe destacar que para ser possível a aplicação efetiva do princípio da duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro, sem que ocorra a transgressão de outros direitos constitucionais, é necessário haver uma “modernização e simplificação do sistema processual, criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 585).

Estas questões, entre outras, têm contribuído muito para a sustentação da morosidade na Justiça Brasileira, constituindo verdadeiros impasses à celeridade processual (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010). De acordo

com Dias, não é somente o conteúdo legal ou o processo em si que motivam a demora para a entrega da prestação jurisdicional, havendo outros elementos, veja-se:

[...] não se conseguirá celeridade no processo e eficiência e racionalidade da função jurisdicional, enquanto as comarcas e órgãos jurisdicionais do Estado brasileiro não estiverem dotados de número satisfatório de juízes para atendimento à demanda judicial, suficientemente providos de pessoal qualificado e treinado tecnicamente, com recursos materiais plenamente adequados. (DIAS, 2009, p. 462).

No mesmo viés é o entendimento de Schneider, o qual afirma que a excessiva demora dos processos tem diversas causas, não havendo um rol taxativo para identificá-las, como, por exemplo:

[...] a escassez de órgãos judiciais, o insuficiente preparo de muitos juízes, bem como o do pessoal de apoio, a defeituosa organização do trabalho, a insuficiente utilização da moderna tecnologia (corroborando para a existência de “tempo morto” no processo) e o excesso de causas repetitivas. (SCHNEIDER, 2013, p. 474).

Nesse sentido, compreende-se que para solucionar os problemas da morosidade na prestação jurisdicional é necessário identificar qual é o prazo razoável para a duração de um processo, para, posteriormente, determinar se certa ação está ou não sendo resolvida dentro de um prazo lógico adequado. Entretanto, atualmente, inexistem, na doutrina, estudos científicos capazes de mensurar, com exatidão, qual seria o prazo razoável de duração de um processo.

Além dessa lacuna conceitual, referente à fixação do prazo de duração razoável do processo, o direito constitucional em questão também pode originar outros impasses processuais (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010). Corroborando do entendimento, Hoffman destaca, com exatidão, uma das

principais consequências advindas do direito à razoável duração do processo, qual seja, a responsabilidade do Estado pelos danos materiais e morais ocasionados ao indivíduo devido a violação de tal preceito, fato que contribui ainda mais com o congestionamento das vias judiciais:

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por dolo ou culpa do Juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado – autor, réu, interveniente ou interessado – independentemente de sair-se vencedor ou não da demanda, pelos prejuízos materiais ou morais. (HOFFMAN, 2006, p. 99).

Ante o exposto, ressalta-se que, em virtude da ausência de um prazo específico para estabelecer a duração razoável de um processo, a doutrina nacional brasileira vem adotando, atualmente, o método instituído pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que tem por objetivo estabelecer se o tempo de duração de uma certa demanda é razoável ou não. Tal método, consiste na análise conjunta de três fatores, quais sejam, a complexidade do caso concreto, o comportamento das partes e a atuação jurisdicional, veja-se:

A Corte Europeia de Direitos do Homem firmou o entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional. (DIDIER JR., 2009, p. 42).

Todavia, mesmo aderindo aos critérios acima citados, é impossível fixar um prazo exato para o término de um processo, tendo em vista que

cada caso é um caso, e que cada um possui as suas próprias particularidades. Assim, torna-se função também do órgão julgador ficar atento às condutas processuais inúteis e protelatórias das partes, que conduzem ao retardamento processual, violando o princípio da duração razoável do processo (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010).

Outrossim, cabe observar que obstruir e, até mesmo, inviabilizar a utilização de outros direitos elencados na legislação processual não é a maneira mais adequada de acelerar a prestação jurisdicional. Para isso, em casos de princípios fundamentais conflitantes deve-se sopesar o de maior valor para o caso concreto, sem que, necessariamente, a duração razoável do processo seja o princípio predominante. Nesse sentido, Corrêa aduz que:

[...] a almejada celeridade processual não pode ser levada a extremos. O processo, como já demonstramos, pressupõe uma séria de atos e procedimentos (contraditórios, ampla defesa, produção de provas, recursos), diligências que inevitavelmente impedem a rápida solução do litígio, mas que, hão de ser observadas. A celeridade não tem valor absoluto, e deve ser estudada e aplicada sempre em conjunto com os demais preceitos que regem o processo. Bortoli e Pereira (2015, p. 149) reforçam que: deve-se perseguir o equilíbrio entre a segurança e a celeridade, de forma a não prejudicar ou favorecer nenhuma das partes litigantes. (CORRÊA, 2017, p. 65).

À vista disso, constata-se que a morosidade processual impossibilita uma adequada prestação da tutela jurisdicional, inviabilizando, assim, que as partes processuais alcancem, em tempo hábil e de forma eficaz, uma resposta justa para solucionar seus litígios. Todavia, para ser possível a aplicação de uma justiça efetiva às partes, é indispensável seguir com todas as regras processuais previamente definidas, a fim de garantir a segurança jurídica no processo.

Depreende-se, portanto, que a maior questão quanto ao direito à duração razoável do processo, objeto do presente estudo, é encontrar um método eficaz e capaz de equacionar meios para assegurar a prestação da tutela jurisdicional em tempo adequado, sem que estes violem a outros preceitos constitucionais ou conduzam a aberrações jurídicas (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010). Corroborando do entendimento, Tavares apresenta uma sugestão para o problema em foco:

O novo princípio de direito fundamental da duração razoável do procedimento (e não do processo) e da celeridade de tramitação deve ser aplicado em estrita complementaridade com os demais princípios regentes da processualidade, isto é, isonomia, contraditório e ampla defesa, de modo a se dar interpretação sistêmica a este novo direito-garantia, também de índole fundamental, como os demais. Destas considerações resulta que não se pode imprimir velocidade a qualquer tipo de estrutura procedimental, seja no âmbito administrativo, seja em qualquer espaço público, sem a observância do devido processo constitucional e ao princípio da reserva legal. (TAVARES, 2007, p. 117-118).

Dessa forma, para se manter a segurança jurídica na ordem processual, o direito à duração razoável do processo deve ser assegurado, conjuntamente, com outros dispositivos constitucionais que garantam o direito ao devido processo legal e à ampla defesa.

Assim, considerando as informações tecidas anteriormente, deve-se ter muita prudência ao defender o discurso em prol da celeridade processual a qualquer preço, tendo em vista que o processo não possui caráter instantâneo, bem como a ausência do instrumento de ponderação ao princípio da duração razoável do processo pode inviabilizar a aplicação de outros direitos essenciais à segurança jurídica, uma vez que estes carecem de tempo para serem efetivados.

### **3 As reformas processuais como instrumento de solução para a morosidade do poder judiciário**

Complementando o entendimento apresentado acima, ressalta-se que, além da necessidade de se ter prudência ao defender a aceleração da marcha processual a qualquer preço, deve-se ter cautela quanto aos recursos utilizados para alcançar o objetivo da celeridade do processo, principalmente, quando este for as reformas processuais.

Observa-se que, no âmbito nacional brasileiro, a busca desenfreada pela celeridade processual já vem tomando conta da esfera jurídica há muito tempo, onde, não raras vezes, são vistos doutrinadores defendendo a hipótese de que a reforma processual é o melhor instrumento para abreviar os trâmites do processo (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010).

Assim, quando se pensa em agilizar ou modificar os trâmites processuais, normalmente, tem-se a reforma processual como uma das opções. Exemplo disso é a política das reformas parciais adotada no Brasil, em 1991, que objetivava aperfeiçoar o Código de Processo Civil de 1973, visando uma justiça mais célere e efetiva (MIGLIAVACCA; SOVERAL, 2011).

Ademais, constata-se que, em conjunto, com a ideia de que a reforma processual é um meio eficaz para a celeridade do processo, surge o entendimento de que a justiça é lenta devido a obsolescência das leis e por ser demasiadamente burocrática, tornando, assim, necessária a implementação de instrumentos hábeis para desburocratizar o sistema e com isso acelerar o trâmite dos processos (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010). De acordo com Assis,

[...] difundiu-se a impressão, representando outro submito proclamado no mesmo trabalho, de que a causa provável da lentidão reside na obsolescência das leis processuais, concebidas sob a égide do individualismo, antiquadas e imprestáveis para veicular o processo na sociedade de massas contemporânea.

Daí a relação que se estabelece, para o bem ou para o mal, entre a duração razoável do processo e mudanças nas respectivas leis. (ASSIS, 2006, p. 196).

Nesse sentido, cabe destacar também o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, realizado no Brasil, em 2009, que corresponde a um acordo celebrado entre os representantes dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), no qual são estabelecidas medidas para “fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional e o acesso universal à Justiça”, além de possuir como objetivo primordial o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça, em um viés mais acessível, efetivo e ágil, através de alterações legislativas (BRASIL, 2009).

Para fins informativos, observa-se que o primeiro pacto, assinado em 2004, intitulado de “Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano”, trouxe consigo mudanças importantes ao ordenamento jurídico brasileiro, através de reformas processuais e atualização de normas legais, que objetivavam o combate da morosidade dos processos judiciais, como meio de assegurar a rapidez e a simplificação dos julgados. Uma das implementações mais significativas desse pacto foi a Súmula Vinculante, que fortaleceu ainda mais a celeridade processual.

Assim, ao analisar-se algumas reformas processuais cíveis ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro, após a publicação da Emenda Constitucional nº 45/04, foi possível constatar que as reformas processuais trouxeram tanto pontos positivos quanto negativos à garantia de uma justiça efetiva e célere (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010). À vista disso, cabe citar algumas mudanças legislativas, que mesmo possuindo caráter burocrático, são de extrema importância para o desenrolar do processo e para combater a morosidade do judiciário, quais sejam:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; XIV os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; XV a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, ressalta-se que a população em geral e boa parte da doutrina brasileira vem, há muito tempo, criticando o período do recesso forense, defendendo veemente o seu fim, com o argumento de que este contribui para a morosidade da máquina judiciária. Contudo, pouco se fala na realização de reformas para extinguir os dois períodos de descanso individual que cada magistrado possui, consistindo em 60 dias de férias, e que, de igual forma, obstaculiza a celeridade processual.

Quanto ao critério de proporcionalidade, adotado no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no artigo 93, inciso XII da Constituição Federal, observa-se, na prática, que subsiste uma verdadeira dificuldade de o mesmo ser auferido totalmente, pois, segundo Abreu, “à questão da proporcionalidade do número de magistrados em relação ao número de feitos, bem como à densidade populacional depende, para sua eficácia, de dotação orçamentária, além de capital humano” (ABREU, 2008, p. 102).

Dessa forma, mesmo que a adoção de algumas medidas tenha sido fundamental para a atualização do sistema jurídico, ainda se crê, devido à carência de resultados concretos, que as reformas processuais, da maneira que vêm sendo implementadas, não constituem a melhor alternativa a ser seguida, uma vez que a eliminação do espaço e do tempo, exigidos na

procedimentalidade processual, não tende, ainda que sob o viés da celeridade e efetividade, a concretização de decisões legítimas e justas (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010). Corroborando do entendimento, Gomes e Souza aduzem:

Esses princípios (celeridade e efetividade), embora não sejam institutivos do processo, foram inseridos em um bloco de garantias do cidadão contra o exercício abusivo da função jurisdicional pelo Estado-Juiz, qual seja, o princípio do devido processo legal. Portanto, a aplicabilidade deles não pode preponderar sobre os princípios autocrítico-discursivos da processualidade democrática, isto é, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, sob consequência de se estar legitimando o mito da urgencialidade na aplicação dos conteúdos da lei por uma jurisdição relâmpago e salvadora da comunidade jurídica. Em uma cognição plenária, essa é a única técnica jurídico-processual capaz de permitir que as questões de fato e de direito controvertidos em Juízo sejam efetivamente definidas, porquanto é impossível afastar a estrutura normativa procedimental do modelo constitucional de processo que lhe deve ser inerente. (GOMES; SOUZA, 2008, p. 79).

Portanto, deve-se sempre tomar cuidado quanto à implementação de reformas processuais que procuram afastar recursos ou atos de defesa em prol da celeridade processual, tendo em vista que tais condutas podem acarretar ofensas gravíssimas ou, até mesmo, inviabilizar a promoção de direitos constitucionais tão ou mais importantes que o princípio da duração razoável do processo. Nesse sentido, Azevedo expõe:

[...] reformar a legislação processual apenas por meio de leis desordenadas e simplistas pode gerar grandes deformações na legislação, pelo fato de que, agindo dessa forma estar-se-á inserindo no sistema processual não apenas uma lei, mas também a insegurança jurídica. Assim, apesar da efetiva necessidade de dar à população respostas às suas lides em tempo razoável e de vital importância não destruir a segurança jurídica alicerçada na Constituição. (AZEVEDO, 2009, p. 16).

Ainda, cabe salientar que o Novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em 2015, teve como objetivo principal a adaptação do código passado, que se encontrava, muitas vezes, ultrapassado, e a promoção de uma justiça mais célere e eficaz, através da revogação e da inclusão de diversos dispositivos, como, por exemplo, o artigo 4º que, de forma expressa, conferiu as partes o direito de obter, em um prazo razoável, a solução integral de seu litígio (BRASIL, 2015). Nas palavras de Oyarzabal:

Houve com a formulação da Lei 13.105/2015 notáveis modificações ao ordenamento processual com o intuito e a preocupação de sanar o excessivo tempo do tramite processual. As mudanças trazidas pelo vigente Código de Processo Civil preocuparam-se consideravelmente com uma duração razoável do processo, já regendo em seu quarto artigo o direito a solução integral do mérito em prazo razoável, sendo acrescentada nesse prazo a atividade satisfativa. (OYARZABAL, 2016, p. 6).

Ante o exposto, há de se constatar que, na realidade, não há argumentos sólidos que comprovem que as reformas processuais, ocorridas no passado, tenham, de fato, motivado a aceleração da marcha processual, uma vez que, mesmo com a implementação do princípio da duração razoável do processo, o Poder Judiciário ainda se encontra abarrotado de demandas não solucionadas e de processos inacabados.

Como já salientado anteriormente, além das questões relacionadas à matéria normativa, há outros fatores que contribuem para a ocorrência da morosidade na prestação jurisdicional, tornando, assim, quase impossível concluir que as alterações legislativas, através das reformas processuais, possam ser o remédio para solucionar o presente problema (MOLOGNI; PIEROTTI, 2010).

De acordo com Soares, a motivação da morosidade na prestação jurisdicional, no ordenamento jurídico brasileiro, advém da alta taxa de

litigiosidade, da baixa produção judicial, dos poucos juízes na ativa e do grande nível de congestionamento de processos, sendo que essa realidade, provavelmente, só será resolvida através de mudanças estruturais no Poder Judiciário (SOARES, 2017).

Por fim, observa-se, também, que a tentativa de solucionar a questão da morosidade da máquina judiciária, através da garantia da razoável duração do processo, poderá ocasionar outros impasses, quais sejam, a diminuição de alguns direitos fundamentais e o ajuizamento de outras ações com viés indenizatório, em virtude da violação do prazo da duração razoável do processo, o que, conseqüentemente, acarretará, em inúmeras discussões sobre o que, de fato, viria a ser um período lógico de duração razoável.

Dessa forma, constata-se que buscar na legislação pátria a resolução para os conflitos sociais e confiar que as reformas e alterações legislativas serão suficientes para solucionar, como um passe de mágica, a questão da morosidade na prestação jurisdicional, é pura inocência da população.

## **Conclusão**

Após toda a análise e estudo sobre a inclusão da Emenda Constitucional nº 45/04, como regra de direito à duração razoável do processo, constata-se que a sua implementação foi muito vantajosa ao ordenamento jurídico brasileiro, pois trouxe consigo um dispositivo capaz de auxiliar na melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, quanto à morosidade da máquina judiciária, além de prezar pela economia processual, sem ser necessário postergar a aplicação do direito ao caso concreto.

Entretanto, há de se observar também os resultados danosos advindos com a busca desenfreada pela rapidez processual a qualquer custo, no qual se exige que as demandas processuais sejam solucionadas

em um curto espaço de tempo, sem se preocupar com as possíveis violações de outros direitos constitucionais, tão ou mais importantes que o da duração razoável do processo.

Dessa forma, ao procurar resolver esse impasse, deve-se ter em mente que a ideia de prestação jurisdicional efetiva não significa dizer que o processo, ao chegar no Poder Judiciário, precisa ser julgado de imediato, mas, sim, que necessita da combinação do princípio da celeridade processual com a garantia dos demais direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o direito da ampla defesa e do contraditório. Observa-se, também, que as análises processuais precisam de empenho e de uma duração razoável para que as suas decisões sejam proferidas com segurança jurídica e equidade.

Nesse sentido, cabe salientar que somente as reformas processuais legislativas não serão suficientes para resolver todos os problemas referentes à demora da prestação jurisdicional, tendo em vista que além das questões relacionadas à matéria normativa, existem outros fatores que contribuem para a lentidão da prestação judicial, quais sejam, a alta taxa de litigiosidade, a escassa produção judicial e o baixo número de juízes na ativa.

Sem contar que a tentativa de solucionar a questão da morosidade da máquina judiciária, através da garantia da razoável duração do processo, poderá ocasionar outros impasses, como a diminuição de alguns direitos fundamentais e o ajuizamento de outras demandas com viés indenizatório, em virtude da violação do prazo da duração razoável do processo, o que acarretará em diversas discussões para definir o que seria um período de duração razoável.

Assim, é importante destacar que o presente trabalho não tem a intenção de defender o posicionamento de que a prestação jurisdicional efetiva e célere apresenta-se como uma questão sem respostas. No

entanto, objetiva-se apresentar ponderações relevantes a respeito dos perigos em se defender o discurso em prol da celeridade processual a qualquer preço, através, principalmente, das reformas processuais.

## Referências

ABREU, Gabriele Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade do Estado pela violação do direito constitucional à razoável duração do processo. **Revista Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 69, p. 18-19, 2006.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à Justiça em um prazo razoável**. Orientador: Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. 2006. 346 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: FUX, Luiz et al (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AZEVEDO, Luciana dos Anjos. Uma análise da segurança jurídica no ordenamentobrasileiro à luz do art. 285-A do CPC. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, 15 jun. 2009. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1062.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro 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: 20 dez. 2020.

BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**, de 26 de maio de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/outros/iipacto.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/outros/iipacto.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2020.

COE. Conselho da Europa. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, 1950. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2020

CORRÊA, Sueli Machado Apóstolo. A nova proposta de celeridade presente no Novo CPC: sua real efetividade. **Ideias & Inovação**, Aracaju, v. 4, n. 1, p. 61-70, 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As Reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo. *In*: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 457-496.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOMES, Magno Federici; SOUZA, Isabela Saldanha de. A Efetividade do Processo e a Celeridade do Procedimento para a Teoria Neo-institucionalista, em Contraposição à Instrumentalista. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 25, p. 64-81, 2008.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LESSNAU, Fabio Alessandro Fressato; COSSI, Nathália Pessini. Instrumentos de efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e celeridade processual. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 16, n. 2, p. 201-219, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo; SOVERAL, Raquel Tomé. Reforma do código de processo civil: a busca pela razoável duração do processo, como direito fundamental, frente às garantias processuais. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 7, n. 1, p. 92-111, 2011.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; PIEROTTI, Sara Mendes. Do direito à razoável duração do processo: necessidade de se equacionar o processo célere com as garantias de defesas mínimas. **Revista do Direito Privado da UEL**, Londrina, v. 3, n. 1, p. 01-19, 2010.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2020

OYARZABAL, João Cassiano Pinheiro. A duração razoável do processo e as normas fundamentais do Novo CPC. *In*: I Simpósio de Processo: e-Processo e Novo CPC, 2016, Porto Alegre. **Anais do I Simpósio de Processo: e-Processo e Novo CPC**. Porto Alegre: Edipucrs, 2016. p. 01-13.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

SCHNEIDER, Gabriela. A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidades e desafios. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 459-477, 2013.

SOARES, Carlos Henrique. Duração Razoável do Processo e sua Aplicação no Novo Código de Processo Civil. **RKL Advocacia**. Belo Horizonte, 20 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/duracao-razoavel-do-processo-e-sua-aplicacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela**: processo cautelar e tutela antecipada (reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito). Curitiba: Juruá Editora, 2007.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Prazo razoável: direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 14-29, 2003.

## O conceito de justiça e suas interpretações na sociedade

*Renata Aparecida Dall Asta*<sup>1</sup>

### **Introdução**

A palavra justiça é um conceito. Mas o que é justiça? Assim como diversos outros conceitos quando se pensa a justiça no contexto social, por vezes conclusões distorcidas são elaboradas para exemplificar seu significado.

Frente a isso, o esforço desse trabalho é o de discutir o conceito de justiça a partir das metodologias exploratória e bibliográfica, entendendo que o diálogo com autores que abordam temáticas relacionadas a essa possibilitara a construção de uma abordagem significativa para o meio social acadêmico, nesse sentido a justificativa desse trabalho se baliza nessa significância.

O trabalho está dividido em quatro tópicos por meio dos quais discussões frente o conceito de justiça e suas dimensões sociais são abordadas.

### **1 Conceituação de justiça:**

A ideia de justiça se perpassa num entendimento muito maior do que entender a justiça como forma de vingança, como era entendido na Roma antiga conforme o direito Romano. Assim justiça, também pode ser compreendida como ser feito justiça no conceito isonômico, ou seja, no uso do princípio da isonomia. Na qual se pensa nos direitos pelos quais são de

---

<sup>1</sup> Renata A. Dall Asta – Mestranda em Direito, Faculdade Meridional/IMED – Passo Fundo-RS

todos e para todos. Estabelecendo assim uma sociedade mais igualitária e que prive por interesses sociais de todos.

O conceito de justiça é interpretado de diversas maneiras de acordo com cada filósofo ou escritor. A justiça possui uma interpretação boa também no viés de pensá-la como benefício para todos aonde busca-se igualdade e dar oportunidades para todos na sociedade.

A justiça é vista como virtude humana, e que a prática de igualdade entre as pessoas estabelece o caráter particular. Na qual, se busca igualdade de oportunidades na sociedade e direitos iguais.

A justiça pode ser compreendida como equidade, entretanto muitas pessoas ficam sem conhecer como funciona a equidade e assim não possuem muitas vezes condições para defenderem seus direitos sociais. Este grupo social muitas vezes é o grupo pelo qual acabaram tendo menores oportunidades de educação, saúde, moradia, entre outros, mais que mesmo esses não conhecendo seus direitos estes direitos existem.

Toda pessoa possui perante lei, garantido seu direito seja este de proteção formal ou material, não apenas a pessoa física como também pessoa jurídica. Assim o estado atua conforme a lei e com total garantia para a vida humana e para que os direitos sociais, direitos pelos quais são humanos, sejam estes cumpridos por lei e que a pessoa seja natural ou jurídica possua sua honra, sua moral, seu corpo e seu patrimônio protegido. Seja assim uma proteção em todas as esferas. Segundo Lima, Fabia de Brito (2016):

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar.

Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais (apud RAWLS, 2002, p. 3-4).

A justiça muitas vezes se estabelece, mais, entretanto não deixam de existir injustiças. Em que muitas vezes não se trata de argumentação racional e ter o fato certo para a injustiça. Um exemplo seria um grupo enorme de pessoas passando fome, sem saneamento básico, sem educação, sem moradia e em vês de ser analisado e discutido frente às injustiças sociais e as justiças e feito protestos. E assim se entende que uma calamidade social, apenas seria vista como tal, se caso houvesse uma maneira de evitar a injustiça e não houvesse sido evitado. Assim o raciocínio está estabelecido em que a catástrofe é analisada e chegado a um resultado para tal problema social. E assim os casos de injustiça podem ser muito mais complexos e existir diferentes argumentos frente às injustiças sociais (SEN, AMARTYA, 2011, p.34).

Ainda assim deve ser analisado a teoria da justiça para ter o resultado quanto as justiças e injustiças, conforme as ideias assim estabelecidas:

Os requisitos de uma teoria da justiça incluem fazer com que a razão influencie o diagnóstico da justiça e da injustiça. Por centenas de anos, aqueles que escreveram sobre a justiça em diferentes partes do mundo buscaram fornecer uma base intelectual para partir de um senso geral de injustiça e chegar a diagnósticos fundamentados específicos de injustiças e, partindo destes chegar as análises de formas de promover a justiça. (SEN,AMARTYA ,2011p.35)

Um comentário feito por Thomas Hobbes por volta do século XVII entendido dos mais diversos modos seus conceitos, pelos mais diversos

filósofos, assim como Jean-Jacques Rousseau – na qual ele baseia-se nos arranjos institucionais justos para a o meio social. Podendo assim ser chamado de institucionalismo transcendental. Possuindo assim certas características para definir. Primeiro se estabelece em uma justiça perfeita para a sociedade e não no fato de analisar o atuar da justiça e a injustiça. Visto que a análise dele não possui o objetivo de alcançar o ideal de perfeição, mais compreender a natureza da justiça ao invés de analisar situações pelas quais são mais justas do que as outras. (SEN, AMARTYA, 2011p. 36) De acordo com Lima, Fabia de Brito (2016):

Esse conflito será sentido, contudo , tão-somente na medida em que nos identificarmos com a pessoa inocente que prejudicamos .Se for com um vizinho ,o conflito provavelmente será intenso. Se for com um estranho , sobretudo alguém de raça, classe ou noção diferentes ,o conflito poderá ser consideravelmente mais fraco. Deve haver algum sentido em que ele ou ela seja um de nós ‘,antes de começarmos a ficar atormentados pela questão de se fizemos ou não a coisa certa ao cometermos perjúrio . Assim , pode ser também adequado nos escrever como divididos entre lealdades conflitantes – lealdade para com nossa família e grupo amplo o suficiente para incluir a vítima de nosso perjúrio-em vez de divididos entre lealdade e justiça “. (apud RORTY,2005,p100)

Sobre o conceito de justiça ainda podemos compreender que conforme Filho Sergio Cavaliere, “Isso acontece porque a ideia de justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade, honestidade, moralidade, segurança, enfim, tudo aquilo que vem sendo chamado de direito natural desde a antiguidade. (CAVALIERI, 2002)

A justiça é muito importante para organizar a sociedade, manter a ordem seja nos municípios, estados ou âmbito federativo. Desta forma a justiça é essencial para o direito, pois ambos andam juntos. Assim o direito

está sempre em busca de evolução conforme a justiça e as mudanças da sociedade.

Pode se analisar o jurista é aquele pelo qual é capaz de analisar e reconhecer qual são as dificuldades da justiça, e poder organizar o direito conforme o que deve ser mudado na justiça.

O objetivo existente da justiça está em trazer uma sociedade igualitária, conforme. Pode ser analisado em:

- Art3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
- I-Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II-Garantir o desenvolvimento nacional;
- III-Eradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV-Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Para podermos ter um meio social justo para viver devemos pensar, qual seria este meio. Um local pelo qual não possua nenhuma forma de desigualdade e que como operadores do direito e para efetivar a justiça jamais devemos usá-lo de forma a atuar contra ele. (CAVALIERI, 2002)

A justiça e o direito, unido forma uma sociedade mais igualitária e com oportunidades iguais para nossos descendentes. Não é apenas um compromisso com a lei, devemos ainda ter consciência que os operadores do direito para bem desempenhar essa função, devem ser preparados e aptos para realizar tal cargo.

A justiça pode atuar também em benefício de defender nossos interesses sociais, com o poder judiciário. Interesses que podem ser públicos ou privados e que muitas vezes pode atuar de forma gratuita. Justiça gratuita, desempenhada pela defensoria pública, para pessoas que muitas vezes não podem contratar um advogado particular.

Outra forma de termos efetivada a justiça é através das políticas públicas, na qual, são um grupo de atividades desempenhadas pelo governo, que atuam diretamente através de delegação e que atuam na vida das pessoas. Desta forma é possível ser criado programas do governo para educação, saúde, saneamento, fome zero, pavimentação, moradia entre outros, para seguir o princípio da isonomia. E essas políticas públicas são fiscalizadas pelo executivo.

### **1.1 Justiça Para Platão, Aristóteles e Kant - Breves comentários evolutivos acerca do atual contexto de Justiça na sociedade**

O conceito de JUSTIÇA, passou por diversas modificações intrínsecas acerca do seu objetivo social, porém sem jamais deixar de assimilar com sua real definição, em proporcionar maior igualdade entre as sociedades. No tangível a forma conceitual de Justiça, por possuir naturalmente uma forma abstrata, torna-se completamente dificultoso em defini-lo, de acordo com sua contextualização e aplicação.

De fato, exige-se muito cuidado tanto de pesquisadores, quanto doutrinadores, em delimitar o real conceito e contexto de Justiça, em virtude do seu caráter multifacetário, e também abstrato, em relação ao sentido que visa aplicar. Para Ulpiano *apud* Guimarães (2010, p.409) justiça pode ser definida como:

Conformidade com o direito, o preceito legal. Equilíbrio perfeito que estabelecem a moral e a razão entre o direito e o dever. Poder de julgar, de aplicar os dispositivos legais. A definição consagrada é de Ulpiano: “Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”. (GUIMARÃES, 2010, p. 409)

Com isso, denota-se que o conceito de Justiça trazido por Ulpiano é uma ideia predominante no sistema normativo até aos dias atuais, correlacionando-se com a teoria de Spencer que defendia que “a justiça é

determinada pela liberdade que cada um tem de fazer aquilo que quer, logo que não ofenda a liberdade igual dos outros”. (GROPPALI, 2003, p.176)

Observa-se com isso também que em relação a breves exposições, de Ulpiano a ideia de justiça correlaciona-se com a ideia de “dar a cada um o que é seu”, e conseqüentemente em Spencer a ideia de justiça é o exercício da liberdade, meio do qual, associa-se mediante uma perspectiva geral, remetendo a um entendimento de que a liberdade não deve ultrapassar os limites da liberdade do outro, de acordo com o que é permitido legalmente.

Frisa-se que em relação ao Estado, para a sua atuação, torna-se imprescindível a respectiva previsão legal, para que os atos estejam em consonância com o respaldo legal correspondente, atingindo com isso, o ideal do interesse público que é conclamado notadamente através da representatividade do legislativo e executivo, enquanto que ao indivíduo, toda conduta que não for vedada por Lei é permitida.

Ao permitir a consideração de que o conceito de Ulpiano, é toda como a mais completa no universo jurídico e social, a compreensão da institucionalização da própria Justiça, torna-se uma função especificamente do Estado em detrimento da organização político-administrativa, dos quais lhe é conferida uma gama ampla em relação à capacidade de manter a ordem social e de exercer o Poder em representação ao jurisdicionado.

De acordo com o que leciona Montesquieu *apud* Alves (2004):

O Espírito das Leis inicia-se com uma teoria geral das leis, a qual constitui a base da filosofia política de Montesquieu. Na seqüência, "Montesquieu, com o intuito de fazer uma obra de ciência positiva, remodela as classificações tradicionais dos regimes políticos. Distingue três espécies de governo: republicano, monárquico e despótico. Em cada tipo de regime, que observa aqui ou ali pelo mundo, ele estuda sucessivamente a *natureza*, ou seja, as

estruturas constitutivas que nele se podem notar, e o *princípio*, ou seja, o mecanismo do seu funcionamento." Por fim, procura analisar os meios e fatores que, numa perspectiva jurídica-normativista e política, eventualmente conduzem ao "bom governo". (ALVES, 2004, p. 211)

A partir de tais análises em “administrar o senso de Justiça”, tornou por fomar os atuais regimes de governo, vistos pelo redor do mundo, criados posteriormente através das análises filosóficas de Montesquieu, a partir de sua teoria da tripartição do governo em que o Poder do Estado, considerado de uma maneira centralizada, deveria se dividir em três partes: Legislativo (com a função de legislar); Executivo (com a função de governar); Judiciário (com a função de compor os conflitos sociais). Onde a partir desse processo de descentralização dos poderes, Montesquieu acreditava ser possível estabelecer um sistema de freios e contrapesos sob a égide de relação harmônica e independente resultando num aparelhamento do Estado para o exercício de um bom governo.

Alves (2004, p. 212) explana ainda que:

A Teoria da Tripartição dos Poderes do Estado não é criação de Montesquieu. John Locke, filósofo liberal inglês, cerca de um século antes de Montesquieu já tinha formulado, ainda que implicitamente, a teoria em questão. Entretanto, cabe a Montesquieu o inegável mérito de colocá-la num quadro mais amplo. (ALVES, 2004, p. 212)

Inobstante, a respectiva nomeação do sistema de freios e contrapesos, é interpretado por intermédio de doutrinadores como uma forma ampla e explícita de controle que um Poder, nesta divisão tripartite, exerce sobre o outro, constituindo-se assim, o que denomina-se de Estado Democrático de Direito, onde em algum momento, independentemente de qual for, um Poder exerce seu controle sobre o outro, seja na elaboração de Leis, seja no veto de Leis, seja na aprovação de orçamento ou em outras

circunstâncias que também remete a esta ideia de controle que um Poder exerce sobre o outro.

Maldonado (2013, p.18) a esse respeito:

Desta forma, dividido o poder e individuados seus órgãos, assim como superada a idéia da prevalência de um sobre o outro, através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, admitindo-se, inclusive a interferência entre eles, ganha força a idéia de controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. Aí estão presentes os elementos essenciais caracterizadores do moderno conceito do princípio da separação dos poderes. (MALDONADO, 2013, p. 18)

Consequentemente, ao haver a respectiva compreensão de acordo com a tripartição dos poderes, necessita-se primeira e originalmente, haver um processo de aprofundamento em relação ao conceito de Justiça, dos quais jamais deve limitá-la, mas sim, compreendê-la acerca de uma sistemática abrangente e genérica mediante suas origens e derivações.

De fato, existe uma imensa dificuldade para apresentar uma definição voltada ao que seja especificamente, o teor da “Justiça”, sendo propício alinhar a esse estudo que tal conceituação, esteja diretamente associado ao objetivo precípuo do Direito. Ao analisar as inúmeras definições que doutrinadores do Direito arriscam-se ao definir limitadamente o que seja Justiça, denotam algumas falhas em suas ideias, visto o grau de amplitude contido no contexto em relação ao próprio campo jurídico e social.

Sob esses aspectos, destacam-se ao menos três filósofos de diferentes tempos e cronologias, que tornaram a refletir sobre a dogmática de Justiça exercida ao campo social e jurídico consequentemente, sendo estes: em Platão, em Aristóteles e em Kant, de maneira a propiciar uma reflexão do que possa ser mais adequado quando o assunto é definição de justiça.

Ao refletir sobre definição e conceituação, dirige-se que ambas não se confundem, onde a primeira, torna-se mais difícil e passível de críticas em diversas abordagens, do que propriamente dito, na segunda. Pois com isso, denota-se que conceituar delimita uma determinada interpretação, ao passo que a definição põe fim nas discussões delineando de maneira conclusiva em relação ao objeto.

Ao iniciar a análise acerca da ideia de Justiça segundo a teoria de Platão, abordando-se posteriormente a ideia de justiça segundo Aristóteles, e, por fim, a ideia de justiça segundo Kant. Denota-se por intermédio desses três filósofos um determinado amadurecimento da reflexão que cerca esse conceito inerente à Justiça, onde ambos contribuíram para um desenvolvimento sistemático da ideia de justiça e de Direito, refletindo aos dias contemporâneos.

Ao conceber a teoria de Platão, a mesma tornou por contribuir para uma forma evolutiva do que poderia ser de fato a conceituação de Justiça, resultando na concepção existente nos dias de hoje. Frisando que diversos doutrinadores, a partir das teorias de Platão, derivaram-se ideias sobre o contexto jurídico social, remetendo a maiores reflexões para o debate entre os operadores do Estado de Direito.

Platão, então se baseou em uma cidade-Estado que não lhe permitiu mencionar a dimensão que as diferenças culturais podem dar ao Direito. Morrison (2006, p.41) leciona nesse sentido:

O Estado ideal tem dois atributos-chave: (i) funda-se sobre a justiça; (ii) todos os cidadãos que nele vivem são felizes. Para chegar a isso, Platão procura criar uma cidade-Estado em pequena escala, tomando por modelo as sociedades um tanto tribais e fechadas de Creta e Esparta pré-clássicas. (MORRISON, 2006, p. 41)

Observa-se com isso, a análise sistemática com que em seus estudos sobre o Estado ideal, Platão, tornou por exemplificar a existência as próprias cidades fechadas que não lhe permitiram ter uma visão real das diferentes culturais que existem no mundo, onde ao mesmo ponto, a teoria das ideias aplicada na tentativa de dar um conceito ao termo justiça, não possuindo com isso, uma dimensão necessária para ser, por si só, eficaz, pois de fato, trata-se meramente de um Direito Natural que não se sustenta sem um direito positivo e coercitivo e impositivo.

Porém denota-se que alguns elementos da teoria de Aristóteles não fugia ao que propunha Platão, ao exemplificar a felicidade em ser um objeto constante de busca do homem e que esta, é de fato experimentada quando o indivíduo age virtuosamente. Sendo assim, em Aristóteles se pode afirmar que mais do que uma virtude a justiça decorre de um fenômeno social proveniente da moral, dos bons costumes e da Lei. (MORRISON, 2006, p.53)

Nader (2010, p.109), leciona com isso que:

A ideia de justiça havia sido a pedra angular do sistema filosófico de Platão, que a concebera como a *máxima virtude do indivíduo e do Estado*. Sem chegar a defender um determinismo social, mas convencido das desigualdades humanas, armou o seu raciocínio a partir da premissa de que cada indivíduo é dotado de uma aptidão própria. Assim é que uns nascem para governar e outros para serem comerciantes, artistas, militares, agricultores, auxiliares, entre outras profissões. Todo indivíduo, por imperativo de justiça, deveria dedicar-se apenas à atividade para qual possuísse qualidades. A fórmula de justiça consistiria em que os homens se limitassem apenas aos afazeres que lhes competissem. (NADER, 2010, p. 109)

Já, brevemente ao expor a ideia de Justiça em Kant, denota-se ser ainda mais rebuscada atrelando uma ideia de liberdade e coerção, do qual passaram a integrar o real e aplicável conceito de Direito, pois a partir

dessa contextualização, a liberdade passa a ser um valor presente na teoria de justiça, vislumbrando-se como um elemento individualizado da própria ordem social.

Morrison (2006, p.155-156), com isso define:

De família simples, mas profundamente religiosa e de origem escocesa, o filósofo acadêmico Immanuel Kant (1724-1804) criou a estrutura daquilo que viria a ser chamado de liberalismo deontológico (ou absolutista). Sua filosofia estabelece uma diferença entre as concepções do certo (baseadas na ideia de que se pode afirmar que alguma coisa é certa independentemente da consideração de seus propósitos sociais ou outros valores) e do bem (em que o valor é identificado em relação a consequência meritórias de outros propósitos), e enfatiza o primado do certo sobre o bem. O liberalismo deontológico de Kant nos pede para considerar que a humanidade é formada por indivíduos independentes e morais, capazes de orientar-se racionalmente ao longo das experiências da vida. (MORRISON, 2006, p. 155-156)

Imprescindível frisar que outro elemento presente na teoria de justiça de Kant é em relação à liberdade que representa, a partir de uma principiologia moralista, como uma forma adequada de fazer realizar os anseios públicos por meio da norma jurídica, sendo para isso necessário o elemento da sanção, que possui um papel fundamental ao passo que seu caráter pedagógico permite ao indivíduo compreender a necessidade de adequação de seus atos à ideia de certo que existe dentro da sociedade.

Trevisan *et. al.* (2013, p.113), ainda ensina que:

Segundo Kant, a todo ser racional que tem uma vontade temos que atribuir a idéia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir. Um ser racional agiria sempre conforme a razão, mas o homem que pertence ao mundo sensível e ao mundo inteligível tem que considerar-se como submetido à lei prescritiva da razão. Logo, todo ser racional tem que conhecer as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações deles decorrentes como deveres. (TREVISAN, 2013, p. 113)

Denota-se que no entanto para se atingir ao ideal de sociedade sob um Direito Justo não é necessário que alguém conceitue de maneira adequada a palavra Justiça ou que algum doutrinador jusfilosófico possa determinar em entrelinhas quais normas precisam ser criadas sobre a ótica do Direito e da Justiça, torna-se de fato, imprescindível contudo, que cada uma das três esferas do Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) exerça as suas funções de maneira adequada.

Torna-se muito necessário ainda frisar que o distanciamento que se criou ao longo do tempo entre Direito e Justiça, necessita ser definitivamente eliminado do ordenamento jurídico, para de fato coexistir um Direito sistematizado em conformidade com a Justiça, dos quais as respectivas decisões primem sempre pela Justiça e não mais pelo procedimento adotado.

Denota-se o entanto que a conceituação de Justiça, por sua vez, é um termo difícil de ser conceituado, dos qual pode ser correlacionado a uma amplitude ser precedentes ao campo social e jurídico, perante a ideia do interesse público. Outrossim, relaciona-se que indubitavelmente o Direito funda-se na preservação do interesse público, mormente numa sociedade democrática, devendo de todo modo, compreender que o justo é aquilo que está em conformidade com o interesse público, verificado na representatividade democrática da maioria.

Analisa-se também que em relação ao fenômeno do Direito, considerando no entanto os seu critério incrível de mutabilidade existente da relação entre o tempo e o espaço, está relacionado com o fato de que o Direito surge para exercer um determinado controle social. Onde ao ser de fato constatada a eficácia do referido controle, com o qual se pretendia efetivar quando da edição de uma determinada norma, por diversas vezes esta já é considerada “atrasada”, pois já é hora de se editar uma nova

norma que se faça mais adequada aos casos concretos vivenciados por esta sociedade.

## **1.2 Direitos humanos como capacidades sociais**

Os direitos humanos são um bem tutelado e para todas as pessoas, podem reger os mais diversos direitos sociais. Para Denilson Teixeira, Direitos Humanos “os Direitos Humanos são todos os pressupostos necessários, como a liberdade, igualdade e fraternidade para o bem do homem.”(TEIXEIRA,2017)

Os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana passaram a serem mais vistos, após o advento da carta internacional de direitos humanos. Ao qual efetivou a liberdade e direitos humanos. A carta foi adotada pela organização das nações unidas no dia 10 e dezembro de 1948. Neste período a população local estava com abalos advindos da segunda guerra mundial. Visto que o objetivo era desenvolver um mundo com uma diferente ideologia. Sendo que no período de pós guerra estava sendo liderado pelos Estados Unidos, como também pela União Soviética. A qual foi estabelecido uma conferência objetivando a paz mundial, estabelecer áreas de influência, desenvolver um grupo para resolver conflitos internacionais, com o intuito de promover a paz, a democracia e direitos humanos, eliminando guerras, tal evento teve acontecimento em Yalta na Rússia.

Esse documento legal serviu como modelo para a criação de dois tratados da ONU, quais sejam: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ainda Pacto Internacional sobre os direitos econômicos sociais e culturais.

O direito só passou a ser positivado com o desrespeito frente aos direitos humanos, como podemos citar o período do absolutismo no século XVII. Conforme estabelece Denilson Teixeira, “O rei era o soberano, assim

não se submetia a nenhuma regra ou julgamento, e também nesta época não falava nada sobre garantias ou proteção dos direitos humanos. O rei era considerado como sendo o próprio Estado, com todo direito de criar leis, julgar e punir, e através disso se cometiam muitos desrespeitos aos direitos humanos.” (TEIXEIRA, 2017)

De acordo com o jus naturalismo os direitos humanos devem tutelar e garantir vida desde o nascimento. Ao falar em direito positivo que é a aplicação da lei estamos também falando em compreender o direito como o estado social, quando este aplicou o direito para formar regras de conduta e convivência na sociedade. Já para o modelo de Estado Democrático de Direito, tal proteção e garantia só é realizada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

“Na visão jus naturalista os Direitos Humanos são na verdade, características inatas do homem, existindo mesmo antes de se criar o estado, cabendo tão somente ao estado, dar-lhe proteção e total garantia e declarando-o, assim com a internalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico, onde seus direitos fundamentais devem ser protegidos.”(TEIXEIRA,2017)

Entre as articulações de direitos humanos e declarações utilitaristas vem para desvendar o que são direitos humanos frente a ética social. Sendo o fundador do utilitarismo moderno e Jeremy Bentham, que realizou uma comparação cabíveis entre estatutos legais. Em que dividiu em :declarações dos direitos humanos, direitos efetivamente dispostos em lei . Sendo que as primeiras não tinham uma condição jurídica ,na qual os últimos possuíam .(SEN,2011)

As capacidades sociais estão ligadas a condição humana de poder desempenhar certas funções. Assim, é extremamente importante para nossas vidas, podermos ter nossas capacidades humanas e desempenhá-las. Muitas vezes ao falarmos frente às capacidades sociais nos remete a

idéia de analisar a situação social da pessoa que por determinado motivo não consegue desempenhar certas funções. Seja isso, por existir alguma deficiência seja física ou mental. Aí o estado deve trazer formas de auxiliar as pessoas para todos os cidadãos indistintamente, possam desempenhar seu papel na sociedade e ser tutelado seus direitos, e igualizando as pessoas. Para que todas possam dispor de direitos e que o estado ajude a desenvolver as capacidades humanas.

Visto que é de extrema importância atuarmos de forma pela qual seja positiva na sociedade para que possamos assim viver bem e melhor conosco e com a coletividade. Assim capacidade para Amartya Sen pode ser compreendida:

Já que a idéia da capacidade está ligada à liberdade substantiva, ela confere um papel central à aptidão real de uma pessoa para fazer diferentes coisas que ela valoriza. A abordagem se concentra nas vidas humanas, e não apenas nos recursos que as pessoas têm a forma e posse ou usufruto de comodidades. Renda e riqueza muitas vezes são tomadas como o principal critério do êxito humano. Ao propor um deslocamento fundamental do foco de atenção, passando dos meios de vida para as oportunidades reais de uma pessoa, a abordagem das capacidades visa a uma mudança bastante radical nas abordagens avaliativas padrão amplamente utilizado em economia e ciências sociais. (SEN, p.288, 2011).

A privação de capacidade tem um impacto de maior número de pessoas mortas ,desnutrição ou ainda negligencia medica .Pois essa privação das capacidades sociais limita as pessoas de poder terem seus direitos tutelados e garantidos .Acalentando em consequência pelas quais são injustas e desiguais ,pelo fato e que certo grupo social vai poder dispor e reivindicar seus direitos enquanto a privação das capacidades faz com que as pessoas que estão privadas não conheçam seus direitos ,não lutem

pelos mesmos e o estado não venha a tutelar certo direito seja ele público ou particular.

Um fator de desigualdade social ao analisar as capacidades esta, relacionado com a renda de um grupo social em relação a outro. Aonde um grupo social possui muitos benefícios e salários ótimos enquanto outro grupo enorme de pessoas vivem com salários baixos ou sem um salário certo no mês. Ainda a falta de alimentação estabelece uma certa onda de doenças e deficiências nas pessoas advindas pela falta de alimentação ,ou ainda uma alimentação adequada com todas as vitaminas e nutrientes que um corpo humano necessita .

Existe um alto índice e desigualdade social vivenciada na família, mesmo que muitas vezes não se percebe. Principalmente no meio rural aonde existem desigualdades de gênero entre homens e mulheres. Um exemplo a ser dado é no país da Índia, pois se analisa a maior desigualdade de bens entre homens e mulheres, sendo estas com maior índice de desnutrição, devido a uma má alimentação, falta de alimentação e nutrientes adequados. Assim como enfermidades e analfabetismo, fatores pelos quais muito influenciam para que a pessoa não consiga se inserir na sociedade, como também menores oportunidades de emprego. (Sen, Amartya, 1993)

As capacidades podem ser entendidas como atos de poder exercer capacidades civis por exemplo. Podendo ser o ato de desempenhar todo tipo de ato, ter capacidade de executar, e assim pode ser conceituado o que são capabilities. Ainda no inglês pode ser diferenciado capabilities de capacity, ou seja, capacidade vinda do inglês se estabelece por capabilities.

### **1.3 Igualdade e liberdade social**

Igualdade seria o parâmetro em que todas as pessoas são iguais perante a sociedade e que ambas possuem direitos iguais. Sem distinção

de cor, raça, credo. A igualdade faz com que as oportunidades também sejam iguais ou que o estado de políticas públicas busque equalizar as pessoas. Para isso é necessário um estado que prive pelos interesses das pessoas, pelo bem do povo e tutele, garanta os direitos humanos. O poder judiciário muito contribui para que a justiça seja sempre feita e obedecida. Visto que o estado estabelece direitos mais impõe também deveres.

Para termos igualdade também é necessário que a população possua liberdade, visto que devemos ter o direito de sermos livres para manifestar nossa opinião, possuir nossas próprias escolhas sociais, liberdade de locomoção, entre as mais diversas formas de liberdade social. Assim quando o direito à liberdade de uma determinada pessoa é violado, também se viola assim o direito das demais, pelo fato de que direitos devem ser iguais e o estado deve tutelar a todas pessoas indistintamente. Igualdade faz com que as pessoas vivam melhor e estejam em um patamar social de igualdade entre elas. Ainda com a liberdade se percebe o direito a manifestação, participação, visto que devemos ser livres.

Assim conforme Amartya Sen a igualdade pode se manifestar de diversas formas:

As teorias podem ser inteiramente diversas (focando, por exemplo, a igualdade de liberdade, igualdade de renda, igualdade no tratamento dos direitos ou das utilidades de todos), e podem ser contrárias umas as outras, mas ainda assim tem a característica comum de buscar a igualdade de alguma forma (alguma característica significativa na respectiva abordagem). (Sen, Amartya, p.325,2011)

A liberdade social é muito importante, e a democracia é fundamental para garantir as liberdades sociais. Defendendo as liberdades pelas quais são individuais, contra qualquer problema social do estado. Assim a definição de democracia está pautada nos princípios liberais, de um

governo da liberdade. Aonde o governo está estabelecido em uma crise pela qual não se acredita mais no estado soberano. Pelo não reconhecimento do povo e ainda dos grupos que não levam em consideração aspirações e motivações criadas nas leis, pela qual deveria ser a expressão da vontade do povo. (CANEDO, TEIXEIRA, 2014)

Deve ser analisada a liberdade e a igualdade para que não sejam descartadas as pessoas e a igualdade social entre estas como também a liberdade das mesmas. Visto que as pessoas possuem liberdades e estas devem ser respeitadas na sociedade. Ao retirar o direito de liberdade de determinada pessoa estamos privando está de seu direito de ir e vir, no qual é um remédio constitucional.

Ao analisar o direito de liberdade e de igualdade apenas pela legislação pode acontecer de ser eliminado tal direito pelo cerceamento. E essa hipótese seria muito ruim pelo fato de que aumentaria drasticamente as desigualdades sociais, econômica da sociedade, causando uma alta injustiça.

Assim segundo BRASIL, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” :[...].(BRASIL ,1988)

A igualdade é um princípio que norteia as políticas públicas, e vem para erradicar a pobreza, como também a fome, e o analfabetismo. Com o propósito de trazer para todos uma vida digna. Mais atualmente vimos muitas desigualdades em relação aos direitos humanos das pessoas.

Em que muitas pessoas sofrem por não terem nada enquanto outras pessoas possuem muito. Isso faz com que milhares de pessoas venham a sofrer devido a essa desigualdade e assim passem problemas sociais, culturais, econômicos. Problema esse que existe desde sempre e que se

alastra em mais diversos países. Ainda as pessoas que vivem no estado regular de direito colocam todas as suas expectativas num governo que lhe tira certa parte da liberdade para que as pessoas possam confiar nele e acreditar que ira ser bem representadas e tutelado seus direitos sociais, coisa pelo qual muitas vezes não ocorre, mesmo tendo lei para garantir igualdade e liberdade, pelo simples fato de existir uma desigualdade desenfreada na sociedade.

#### **1.4 A democracia na sociedade como razão pública**

A democracia se estabelece com o direito ao voto, com a participação de todos os cidadãos de forma igual, diretamente ou ainda pelos representantes do povo que foram eleitos, para o desenvolvimento social e criação da legislação, governando assim pelo sufrágio universal.

A razão publica estabelece direitos individuais mais também direitos coletivos. Razão de atuar em prol da população e para população. Na qual o governo estabelece direitos mais que lhe são garantidos também deveres.

Assim a ideia de razão publica se estabelece com relação à democracia e a forma que e interpretada à relação da política. Na qual uma característica da democracia é o pluralismo razoável. Através do pensamento das pessoas a frente do que é democracia e desta forma com o pensamento e análise das pessoas e formado a decisão do que seria razoável na sociedade .Com a participação das pessoas e suas decisões a frente das leis e normas que estão ai para garantir direitos .A atuação da razão publica se estabelece pela política e ela vem para se desenvolvida e obedecida através da atuação do poder judiciário .Para a razão pública é aquela que se incorpora a democracia e que relaciona a política com a lei .Com um crivo de valores que são políticos e morais de um povo e que devem seguir amoralidade da sociedade e o que é ético para os cidadãos

que compõem o estado democrático de direito . Assim são não aceitar a democracia se percebe a rejeição frente à razão pública.

Primeiro fato relacionado com o pluralismo razoável está estabelecido conforme o *modus vivendi*. Na qual os princípios liberais cumprem as ordens da política, em relação a certas liberdades e ainda direitos políticos em que coloca-se aos interesses sociais na sociedade, formando normas importantes para a política Para segundo requisito se estabelece em relação a que tipo de razão pública for aplicada nos princípios liberais da justiça. (BAUER,2020)

### **Conclusão**

Para concluirmos este trabalho acredito ser trivial relatarmos frente à justiça. Visto que o estado regular de direito, atua frente à justiça para manter os direitos de todas as pessoas desde na área formal até material. A justiça muitas vezes pode ser injusta quando analisarmos a relação de desigualdade social existente no mundo. Aonde um grupo social possui muito, enquanto outras pessoas não tem nada e vivem em estado e miserabilidade.

A justiça foi vista como forma de vingança e com o passar dos tempos foi se modificando seu significado, assim como o estado social também se modificou até estabelecermos uma organização atual, na qual possui representação bem estabelecida conforme o rol dos direitos previstos no art.1º da CRFB.Como também no art.5º da CRFB e ainda os mais diversos códigos.

E desta forma o estado cria leis para que possam defender os direitos sociais, mais que também sejam aplicados deveres sociais e no caso da não obediência de determinada cláusula mandamental e aplicada uma punição de acordo com a conduta ilícita que foi praticada.

Ainda estar sobre as desigualdades sociais se perfaz em viver sobre um véu da ignorância. Ou seja, não conhecer ou não ter seus direitos bem igualizados. Essa conduta se faz presente na sociedade quando vivenciamos o analfabetismo desenfreado, a fome, a falta de moradia ou local de moradia inadequado para uma vida digna e saudável. Como ainda mesmo existindo direitos e deveres e políticas públicas para garantir que todas as pessoas terão seus direitos garantidos, mesmo assim a desigualdade existe,

Ao falarmos em capacidades sociais, estamos estabelecendo tudo pelo qual possibilita o outro ser capaz. Mais capacidade social se estabelece em poder ter capacidade na sociedade de igualdade social.

A igualdade social se estabelece no meio em que vivemos e faz com que ambas as pessoas possam ter direitos iguais e igualizar aquelas pelas quais não possuam direitos iguais. A igualdade está presente através de políticas públicas. Que são uma soma de atividades desempenhadas pelos governos, na qual atuam diretamente ou ainda por delegação. Essas políticas públicas possibilitam que sejam garantidos direito a alimentação, saúde, educação e mais diversos direitos que são fundamentais para a dignidade da pessoa humana.

A liberdade é também um assunto de extrema importância, visto que todas as pessoas possuem direito a liberdade seja de manifestação, de locomoção entre outras. Para que possa atuar de forma livre e igualitária na sociedade sem privações e quando seu direito for ofendido, e aplicado um remédio constitucional para que recupere o direito violado.

Ao falarmos ainda frente a razão pública, estamos relatando frente ao atuar público, ou seja, uma atuação para a coletividade mais também para o individual. Que se estabelece pela democracia que se perfaz através da política ao direito ao voto, mais que acima de tudo pela formação de uma legislação capaz a atender interesses sociais.

## Referências

ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/5484/montesquieu-e-a-teoria-da-triparticao-dos-poderes#ixzzzcWXnvpR>> Acesso em: 20.JUN., 2021.

BAUER ,Luciana .**O conceito de razão pública como imperativo democrático** .Disponível

em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2117](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2117). Acesso em: 20. JUN. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do. Vade Mecum.

Saraiva. 2021.

CANEDO, Paula Fernandes Teixeira. Direitos á liberdade e á igualdade –Estado da

(In)Justiça Social .Revista Conteúdo Jurídico .Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38201/direitos-a-liberdade-e-a-igualdade-estado-da-in-justica-social>. Acesso em: 20. JUN. 2021.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Direito, Justiça e Sociedade**. Revista da EMERJ, v.5, n.18, 2002.

Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista18/revista18\\_58.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf). Acesso em: 20. JUN. 2021.

GROPPALI, Alexandre. **Filosofia do Direito**. Campinas (SP): LZN Editora, 2003.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Rideel,

2010.

LIMA, Fabia de Brito. **Ensaio sobre justiça e lealdade**. Revista Jus.com.Br. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/54724/ensaio-sobre-justica-e-lealdade>. Acesso em: 20. JUN. 2021.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos:**

desenvolvimento no Estado Brasileiro. Disponível em: <[http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep\\_poderes.pdf](http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf)> Acesso em: 20.,JUN. 2021.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 32<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SEN, Amartya. **A idéia de justiça/Amartya Sen**, tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes –São Paulo :Companhia das Letras,2011.

SEN, Amartya. Estado, **Reforma e Desenvolvimento: O desenvolvimento como expansão de capacidades**. Revista Scielo. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So102-64451993000100016](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-64451993000100016). Acesso em: 20. JUN. 2021.

SOARES, Evanna. **O conceito Aristotélico de justiça**. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan19.pdf>> Acesso em: 20.JUN.2021.

TREVISAN, Thaita Campos; NETA, Vallêda Bivar Soares Dias. **A liberdade sob a perspectiva de Kant**: um elemento central da ideia de justiça. Disponível em: <[http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/a\\_liberdade\\_sob\\_a\\_perspectiva\\_de\\_kant.pdf](http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/a_liberdade_sob_a_perspectiva_de_kant.pdf)> Acesso em: 20. JUN. 2021.

TEIXEIRA, Denilson. Direitos Humanos. Os tratados Internacional Sobre Direitos Humanos e a Emenda 45/2004.Revista da Jus Brasil. Disponível em: <https://denilson30.jusbrasil.com.br/artigos/518635748/direitos-humanos>. Acesso em: 20. JUN. 2021.

## O fenômeno da uberização e a precarização das condições de trabalho no Brasil

*Emerson Luiz da Souza Rodrigues*<sup>1</sup>  
*Lenise da Silva Zanato*<sup>2</sup>

### Introdução

O presente artigo científico busca demonstrar o surgimento da chamada “economia de compartilhamento” no contexto econômico e social brasileiro e as condições de trabalho e/ou desempenho da atividade proposta porquanto forma de aferição de renda. O estudo e a pesquisa se voltam, em especial para um dos gigantes da atual economia compartilhada, qual seja, a plataforma Uber.

O que pode ser observado, na verdade, e que muito aqui nos interessa, é o surgimento de novas atividades e espécies de negócios que se valem da tecnologia e, assim, permitem a aferição de lucro. Dentre esses gigantes poderíamos citar Uber, Amazon, AirBnB.

De início cabe referir que a Uber é espécie de plataforma digital que possui como atividade fim o transporte individual de passageiros. Para tanto, desenvolveu um aplicativo no qual os motoristas parceiros realizam seu cadastro e, dessa forma, a plataforma faz o intermédio da relação entre o mesmo e o passageiro.

A análise proposta, sobretudo, visa identificar e analisar em que condições de trabalho os motoristas parceiros vêm desenvolvendo a

---

<sup>1</sup> Advogado, mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional – Mestrado Acadêmico em Direito (PPGD/ IMED)

<sup>2</sup> Advogada, mestra em direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional – Mestrado Acadêmico em Direito (PPGD/ IMED).

atividade. Condições, leia-se, em se tratando pontualmente acerca de eventual vínculo de emprego entre motorista parceiro e plataforma e da sujeição do motorista às imposições da plataforma.

Ainda, em um segundo momento, busca-se estabelecer uma relação entre as precárias condições de trabalho no Brasil e a submissão dos trabalhadores frente as mesmas diante do desemprego. Neste dado momento, em que situação os motoristas parceiros vêm desempenhando tal atividade na proposta da plataforma.

O que pode ser observado e será abordado no decorrer deste estudo, dispõe de forma mais específica às precárias condições de trabalho a que os motoristas vêm se submetendo diante da postura da plataforma.

Diante do estudo e observação dos dados e pesquisas realizadas acerca do tema, tornou-se possível a extração e constatação (ou não) da precarização das condições de trabalho dos motoristas parceiros da plataforma, frente a proposta da Uber e da situação atual dos empregos no Brasil.

## **1 O surgimento da plataforma Uber no Brasil e no mundo**

Cumprir referir, antes de mais nada, que o surgimento da plataforma, assim como inúmeras novas formas de negócios tiveram seu início a partir de possibilidades criadas pela internet. Diante do fenômeno não obstável denominado globalização, intensas mudanças tanto no mundo nos negócios quanto nas relações interpessoais se alteraram. Pode-se dizer, inclusive, ainda enfrentaremos campos e evoluções que tampouco somos capazes de mensurar.

Expressando tal contexto, Zygmunt Bauman, ainda nos anos 2000, discorreu

É difícil conceber uma cultura indiferente à eternidade e que evita a durabilidade. Também é difícil conceber a moralidade indiferente às

consequências das ações humanas e que evita a responsabilidade pelos efeitos que essas ações podem ter sobre outros. O advento da instantaneidade conduz a cultura e a ética humanas a um território não mapeado e inexplorado, onde a maioria dos hábitos aprendidos para lidar com os afazeres da vida perdeu sua utilidade e sentido.(BAUMAN, 2000, p. 163)

Em se tratando do surgimento da plataforma Uber, cabe referir que esse partiu de uma ideia ainda no ano de 2009, em São Francisco, nos EUA. A necessidade de encontrar, em tempo real, um motorista com veículo para realizar o transporte individual de passageiros fez com que Garret Camp e Travis Kalanick pensassem a respeito.

Na página da plataforma, há o seguinte relato

A ideia surgiu em 2009 quando Garrett Camp e Travis Kalanick participavam da conferência LeWeb, na França. Após o evento, ao precisarem retornar para o hotel, encontraram dificuldade para encontrar um táxi, outro transporte público e até mesmo um motorista particular. Foi então que pensaram que seria incrível poder, a um toque no celular, contratar o serviço de um motorista particular. O objetivo era facilitar e inovar a forma pela qual as pessoas se locomovem pelas cidades, inicialmente em São Francisco (EUA), utilizando-se de veículos sedã. Foi assim que surgiu o Uber Black, primeiro produto da empresa. (UBER, 2020).

Fundada oficialmente em junho de 2010, na cidade de San Francisco, a plataforma atualmente opera em centenas de cidades do mundo, em 63 países. Já no Brasil as atividades da Uber se iniciou no ano de 2014, no Rio de Janeiro, na copa do mundo. Em seguida, se estendeu em São Paulo, Belo Horizonte e Brasília.

Atualmente a plataforma opera em mais de 700 cidades do mundo, dividas em aproximadamente 60 países. No Brasil os motoristas parceiros já contabilizam mais de seiscentos mil, os usuários giram em torno de vinte e dois milhões no Brasil.

## **1.2 A atividade proposta pela plataforma, suas condições e o motorista parceiro**

Conforme mencionado supra, as Uber se impõe em forma de empresa que opera por meio de uma plataforma tecnológica pela qual motoristas parceiros se conectam a usuários, os quais necessitam se deslocar. Essa seria, em princípio, a atividade da Uber: conectar motoristas cadastrados a usuários também cadastrados que, no momento, precisam se deslocar.

No site da Uber, em síntese, a mesma dispõe da seguinte maneira

- A Uber oferece uma plataforma tecnológica para que motoristas parceiros se conectem de forma fácil e descomplicada a usuários que buscam viagens acessíveis e confiáveis.
- Acreditamos que, para encarar o desafio da mobilidade nas grandes cidades, é preciso oferecer uma gama cada vez mais ampla de opções de mobilidade às pessoas. Uber é mais um modo de se locomover na cidade.
- Possibilitamos que motoristas profissionais possam ter ainda mais oportunidades de ganhar dinheiro ao conectá-lo com usuários que desejam se deslocar pela cidade.
- Geramos um incrível potencial para diminuir a necessidade de se ter um carro, colaborando assim para a diminuição dos congestionamentos nas grandes cidades. Com o Uber Juntos geramos ainda mais impacto ao colocar mais pessoas em menos carros, evitando emissões de poluentes e consumo de combustível.(UBER, 2020)

Porquanto empresa tecnológica, para que seja desempenhado o transporte individual de passageiros, a plataforma necessita de uma espécie de “banco de cadastro” de motoristas. Ou seja, aqueles que efetivamente venham a realizar o transporte individual de passageiros devem atender às condições da Uber.

Leia-se,

Para ser um motorista parceiro da Uber é necessário que o interessado seja motorista profissional – ou seja, que tenha carteira de habilitação com autorização para exercer atividade remunerada (EAR). É necessário fazer um cadastro no site da Uber e então passar por uma checagem de informações e de segurança. Os motoristas precisam contar com um carro sedã de luxo, com banco de couro, ar-condicionado e quatro portas para atuar no Uber Black e um modelo compacto, também com ar-condicionado e quatro portas, para atuar nas demais categorias. Quando ele quer dirigir, tudo o que ele precisa fazer é ligar o app. Não existe tempo mínimo diário, semanal ou mensal para que o motorista parceiro use a plataforma. **Ele tem total flexibilidade para trabalhar como, quando e onde quiser.** No aplicativo próprio para motoristas parceiros é preciso fazer o login usando a senha pessoal e intransferível. Após esse procedimento é possível escolher com qual carro o motorista vai dirigir, caso exista mais de um carro cadastrado na plataforma.. (UBER, 2020) (**grifamos**)

Acerca do disposto acima, é possível identificar que, primeiramente, o motorista precisa realizar o cadastro junto ao site possuindo, por óbvio, carteira nacional de habilitação. Tão logo, é realizada a verificação das informações e de segurança. As condições do horário de desempenho da atividade, local e modo, ficam por conta do motorista. Por fim, feito o cadastro, pode-se entender que o cadastrado é o legitimado para a prática.

Em simples acesso ao site da Uber, no link destinado a realização do cadastro dos motoristas que assim pretendem, é necessário o aceite dos “TERMOS E CONDIÇÕES”. Tão logo, parte que ora nos importa acerca das condições a que se submetem os motoristas. Cabe transcrever,

Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(às) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um “Aplicativo”), providenciar e programar Serviços de transporte e/ou logística e/ou compra de certos bens com terceiros provedores independentes desses Serviços, inclusive terceiros

fornecedores independentes de transporte, terceiros fornecedores independentes de logística e terceiros fornecedores independentes de bens, mediante contrato com a Uber ou determinadas Afiliadas da Uber (“*Prestadores Terceiros*”). A menos que diversamente acordado pela Uber em contrato escrito em separado firmado com você, os Serviços são disponibilizados para seu uso pessoal e não comercial. **VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO É FORNECEDORA DE BENS, NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PRESTADORES TERCEIROS INDEPENDENTES QUE NÃO SÃO EMPREGADOS (AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER, NEM DE QUALQUER DE SUAS AFILIADAS.** (UBER, 2020) (**grifamos**)

Das condições supra, denota-se que a plataforma deixa estabelecido com extrema cautela que não fornece bens, não presta serviço de transporte ou logística e não é empresa transportadora. Em especial, que os serviços de transporte prestados são realizados por prestadores terceiros independentes que não são empregados nem representantes da Uber. Ou seja, os motoristas parceiros, ou estabelecido pela plataforma, ou não podem desempenhar a atividade. Ao final, são terceiros prestadores independentes que não possuem vínculo empregatício com a mesma.

Ao efetuar uma simples análise na página em questão, é possível verificar que a plataforma a todo tempo se resguarda, em amplos aspectos. Note-se,

A UBER NÃO SERÁ RESPONSÁVEL POR DANOS INDIRETOS, INCIDENTAIS, ESPECIAIS, PUNITIVOS OU EMERGENTES, INCLUSIVE LUCROS CESSANTES, PERDA DE DADOS, DANOS MORAIS OU PATRIMONIAIS RELACIONADOS, ASSOCIADOS OU DECORRENTES DE QUALQUER USO DOS SERVIÇOS AINDA QUE A UBER TENHA SIDO ALERTADA PARA A POSSIBILIDADE DESSES DANOS. A UBER NÃO SERÁ RESPONSÁVEL POR NENHUM DANO, OBRIGAÇÃO OU PREJUÍZO DECORRENTE DO: (i) SEU

USO DOS SERVIÇOS OU SUA INCAPACIDADE DE ACESSAR OU USAR OS SERVIÇOS; OU (ii) QUALQUER OPERAÇÃO OU RELACIONAMENTO ENTRE VOCÊ E QUALQUER PRESTADOR TERCEIRO, AINDA QUE A UBER TENHA SIDO ALERTADA PARA A POSSIBILIDADE DESSES DANOS. A UBER NÃO SERÁ RESPONSÁVEL POR ATRASOS OU FALHAS DECORRENTES DE CAUSAS FORA DO CONTROLE RAZOÁVEL DA UBER E, TAMPOUCO, PELA QUALIDADE E INTEGRIDADE DOS BENS DISPONIBILIZADOS POR PRESTADORES TERCEIROS. VOCÊ RECONHECE QUE PRESTADORES TERCEIROS QUE PRESTAREM SERVIÇOS DE TRANSPORTE SOLICITADOS POR MEIO DE ALGUMAS MARCAS PODERÃO OFERECER SERVIÇOS DE TRANSPORTE DO TIPO "DIVISÃO DE VIAGEM" (RIDESHARING) OU PONTO A PONTO (PEER-TO-PEER).(UBER, 2020)

Do mesmo modo, os valores cobrados pelo deslocamento e divididos entre plataforma e motorista parceiro, também são estabelecidos pela Uber, sem qualquer possibilidade de negociação. Conforme trecho que segue,

Na relação entre você e a Uber, a Uber reserva-se o direito de estabelecer, remover e/ou revisar o Preço relativo a todos os serviços ou bens obtidos por meio do uso dos Serviços a qualquer momento, a critério exclusivo da Uber. Ademais, você reconhece e concorda que o Preço aplicável em certas áreas geográficas poderão (i) incluir cobranças, tarifas, taxas, impostos e/ou contribuições governamentais devidas em seu nome, inclusive, tarifas de pedágios ou cobranças de aeroportos, conforme a rota tomada pelo Prestador Terceiro, o local de origem e/ou destino da viagem ou, e legislação aplicável e, (ii) aumentar substancialmente quando a oferta de serviços por parte dos Prestadores Terceiros for menor do que a demanda por referidos serviços. (UBER, 2020)

Daquilo que pode ser facilmente identificado e nos interessa, consideradas as transcrições acima – extraídas diretamente do site da Uber, temos que: a plataforma estabelece o tipo de relação que mantém com o motorista parceiro; determina as condições pelas quais deve ser

realizado o transporte individual de passageiros; estipula o valor a ser pago pelas viagens e o rateio deste valor entre plataforma e motorista parceiro.

Diante da análise, é possível dizer que, em sendo da vontade do motorista se tornar parceiro da plataforma, deve este enquadrar-se naquilo que a mesma propõe. Evidenciados atividade, condições em que a mesma é desenvolvida e o papel do motorista parceiro, cumpre adentrar a próxima parte desta pesquisa, qual seja, em se tratando de atividade para aferição de renda, em que cenário o motorista parceiro vem a desempenhando.

### **1.3 A precarização das condições de trabalho dos motoristas da plataforma e o fenômeno do desemprego no Brasil**

O chamado fenômeno da Uberização se instalou no Brasil, é possível dizer, há curto prazo. É fato que seu surgimento só foi possível em função dos avanços tecnológicos que permeiam a globalização, em especial no período moderno – em especial pós segunda guerra mundial.

Contudo, muito embora aqui não seja possível realizar uma ampla análise, tais avanços se evidenciam em aspectos também questionáveis. Inúmeros autores vêm se ocupando e difundindo algumas ideias acerca dos reflexos deste avanço e, por que não, de um lado um tanto perverso e prejudicial do mesmo.

Acerca da evolução e modernidade, Zygmunt Bauman, em uma de suas obras, assim dispôs,

Pode-se associar o começo da era moderna a várias facetas das práticas humanas em mudança, mas a emancipação do tempo em relação ao espaço, sua subordinação à inventividade e à capacidade técnica humanas e, portanto, a colocação do tempo contra o espaço como ferramenta da conquista do espaço e da apropriação de terras não são um momento pior para começar uma avaliação que qualquer outro ponto de partida. A modernidade nasceu sob as estrelas da aceleração e da conquista de terras, e essas estrelas formam uma

constelação que contém toda a informação sobre seu caráter, conduta e destino. Para lê-la, basta um sociólogo treinado; não é preciso um astrólogo imaginativo. (BAUMAN, 2000, p. 143)

O autor, na obra em questão, se ocupa essencialmente em refletir e discorrer acerca da modernidade porquanto fenômeno leve, líquido e fluído que acarretou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana. Perceba-se que tal escritor refere que a modernidade é um fenômeno marcado pela aceleração.

No livro referido, Bauman expõe questões, pode-se dizer, fundamentais para o presente. Em especial sobre a liquidez, a rapidez e a imprevisibilidade da modernidade. Para tanto, um contraponto entre o que define como modernidade sólida e modernidade líquida.

A modernidade sólida, conforme discorre o autor, seria o tempo em que os empregos eram estáveis, havia segurança no trabalho e o empregado percebia salário digno. Nesse contexto, um sistema essencialmente racional, nacionalista, no qual o indivíduo se adequaria à sociedade em que estava inserido.

Conforme diz o autor,

A modernidade pesada foi a era da conquista territorial. A riqueza e o poder estavam firmemente enraizadas ou depositadas dentro da terra – volumosas, fortes e inamovíveis como os leitos de minério de ferro e de carvão. Os impérios se espalhavam, preenchendo todas as fissuras do globo: apenas os outros impérios de força igual ou superior punham limites à sua expansão. (BAUMAN, 2000, 145)

Leia-se, os traços da modernidade pesada se mostravam física e territorialmente. As riquezas eram visíveis. Palpáveis. Eis a modernidade sólida.

Já a modernidade líquida está estreitamente pareada e exsurge nos anos 60, 70. Decorreu de uma espécie de crise de identidade em alguns aspectos, foi e ainda é marcada pelo expressivo aumento da competitividade no mercado de trabalho, momento em que segurança e estabilidade passam a se esvaír. As conquistas não mais são perceptíveis fisicamente e em sua totalidade. Uma mudança drástica veio se desenhando a partir daqueles anos.

Sobre,

As pessoas que se movem e agem com maior rapidez, que mais se aproximam do momentâneo do movimento, são as pessoas que agora mandam. (...) Por mais profunda e deprimente que seja a miséria dos servos, não há ninguém contra quem se rebelar, e se tivessem se rebelado não teriam alcançado os rápidos alvos de sua rebelião. A modernidade pesada mantinha capital e trabalho numa gaiola de ferro de que não podiam escapar. A modernidade leve permitiu que um dos parceiros saísse da gaiola. A modernidade “sólida” era uma era de engajamento mútuo. A modernidade “fluída” é a época do desengajamento.(BAUMAN, 2000, 152)

Cabe dizer que no trecho acima, Bauman reflete seu entendimento acerca das novas formas relações interpessoais e também de trabalho. Ou seja, aqueles que detém o capital e tecnologia, são os que se movem mais rápido e dominam o mercado.

Sedimentando sua concepção, na já referida obra,

Volume e tamanho deixam de ser recursos para se tornar riscos. Para os capitalistas que preferem trocar maciços prédios de escritórios por cabines em balões, flutuar é o mais lucrativo e desejado dos recursos; e a melhor maneira de garantir a flutuação é jogar pela amurada todo peso não vital, deixando os membros não indispensáveis da tripulação em terra. (...) a arte da administração na era do capitalismo leve consiste em manter afastada a “mão de obra humana” ou, melhor ainda, forçá-la a sair. (BAUMAN, 2000, 143)

No momento em que se transcreve parte do disposto no site da plataforma Uber, é expressiva a característica de que a própria impõe as condições ao motorista parceiro sem chance de alteração. Note-se que, em querendo se tornar motorista parceiro, o interessado deve se ajustar ao estabelecido pela plataforma.

Importa ainda referir que em diversos estados do Brasil motoristas parceiros buscam a Justiça do Trabalho pretendendo o reconhecimento do vínculo empregatício com a plataforma. Existe uma atividade fim que é o transporte individual de passageiros. Tal atividade implica na mão de obra do motorista. E, de todo modo, ainda que não seja o meio principal de subsistência, ele o faz para aferição de renda.

Dessa forma, ainda que haja divergência no tocante ao vínculo empregatício, subsiste o desempenho de uma atividade. Daquilo que aqui nos cabe, passamos a uma análise das condições em que os motoristas parceiros vem desenvolvendo a atividade.

Via de regra, em havendo relação de emprego, a Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho e outros institutos tutelam e regulamentam as condições em que o trabalhador irá desempenhar suas atividades. Não há como massificar essas condições, eis que cada profissão e empresa possuem demandas e necessidades distintas.

Contudo, há pontos que merecem ser elencados. Via de regra, a jornada de trabalho é de quarenta e quatro horas semanais, conforme CLT em seu artigo 58

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite. (BRASIL, 1943)

Leia-se, oito horas diárias mais quatro horas aos sábados. O descanso semanal deverá se dar preferencialmente aos domingos. Tudo conforme a CLT.

A CLT e legislação atual definem acerca

Art. 67. É assegurado a todo empregado um repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferencialmente aos domingos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 905, de 2019) (BRASIL, 2019)

O salário pago ao trabalhador convencional é definido pelo contrato havido entre ambos, considerando-se cargo, função, piso da categoria e mínimo nacional. Na relação havida entre motorista parceiro e plataforma, não há qualquer margem para tal discussão. A Uber é quem define, segundo a distância percorrida para o transporte do passageiro, o percentual que o motorista irá receber.

Do mesmo modo é sabido que o horário noturno e horas extras são pagos de forma diferente. Veja-se,

A hora extra noturna se difere da hora extra diurna, primeiro pelo horário em que é realizada: Se o empregado realizar extras dentro do horário das 22:00 às 5:00 da manhã, a hora extra é noturna; fora deste horário é diurna. Seguido pelo acréscimo: Se for hora extra diurna o adicional é de 50%; se for hora extra noturna, o adicional é de 20% mais 50% de hora extra. (PORTAL DE AUDITORIA, 2017)

Note-se, a plataforma não dispõe acerca de horário de trabalho. Para ser procurado por usuários que buscam o serviço do aplicativo, basta estar conectado. Ou seja, em sendo ou não a única atividade desenvolvida pelo motorista, não há qualquer controle de horário. Pouco importa se o motorista trabalhou o dia todo e o faz a noite, madrugada, ou trabalhou a noite toda e está dirigindo de dia.

Nesse sentido, já foram realizados estudos e pesquisas. Como se pode verificar,

“A estrutura da relação entre as empresas que se utilizam de aplicativos para a realização de sua atividade econômica e os motoristas se dá na forma de aliança neofeudal, na qual chama os trabalhadores de ‘parceiros’. Por ela, concede-se certa liberdade aos trabalhadores, como ‘você decide a hora e quanto vai trabalhar’, que é imediatamente negada pelo dever de aliança e de cumprimento dos objetivos traçados na programação, que é realizada de forma unilateral pelas empresas”, aponta. (UNISINOS, 2019)

Conforme Bauman já nos havia dito, trata-se de uma ficta liberdade àquele que desenvolve a atividade. Contudo, o domínio da situação está na mão daquele que detém o capital, a tecnologia e, dessa forma, o domínio é da plataforma.

O mesmo estudo traz outra colocação importante,

Há uma multidão que está aí disponível para ser explorada, para arrumar um trabalho, mesmo sem ter direitos. Investem parte do patrimônio que ainda tem em um automóvel, por exemplo, para trabalhar. O que eles não conseguem perceber é que, em verdade, estão financiando essa atividade econômica por um preço baixíssimo. E não tem jeito de “enriquecer” neste trabalho. O espírito de empreendedor que aparece nas propagandas desses aplicativos é fictício. Em todas essas empresas, [algoritmo](#) já calcula quanto as pessoas vão receber por hora. Uma delas calcula que o trabalhador, em condições ótimas, por 44 horas semanais de trabalho, ele vai receber 1,2 salário mínimo. O trabalhador pode achar que ele é um empreendedor de si mesmo e quanto mais ele se esforçar, mais ele vai ganhar. Isso é uma ficção. Não vai conseguir, porque tudo isso já está calculado no algoritmo. (UNISINOS, 2019)

Válido referir ainda que o direito do trabalho no Brasil vem passando por intensas e substanciais mudanças. No mês de novembro de 2017,

contamos com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017 que, sob análise, parece flexibilizar algumas questões e beneficiar as empresas.

A reforma trabalhista aprovada pelo governo Temer em 2017, pá de cal na histórica CLT, conjunto de normas que protegiam os empregados desde os anos 1930, pavimentou a estrada para a prosperidade dos aplicativos. Uma das alterações mais radicais foi a permissão da terceirização em todos os níveis da atividade empresarial, o que permite tratar qualquer funcionário como autônomo.(PUTTI, 2019)

Outro ponto que merece destaque e possui relação direta com o presente, é o desemprego no Brasil. Inúmeros dados dão conta do trabalho informal e da sujeição do trabalhador a algumas condições justamente diante do desemprego.

Como se pode verificar,

A taxa de desemprego do Brasil fechou o terceiro trimestre em 11,8%, com aumento no número de pessoas ocupadas, porém em um mercado de trabalho marcado por novo recorde da informalidade. Tanto o número de empregados sem carteira quanto o de trabalhadores por conta própria atingiu novas máximas recordes. A taxa de 11,8% no terceiro trimestre representa queda em relação ao trimestre anterior (12%) e estabilidade na comparação com o mesmo trimestre do ano passado (11,9%).(UOL, 2019)

Ou seja, subsiste um índice alto de desemprego e um expressivo crescimento na informalidade. O que, por óbvio, é menos oneroso para as empresas e, ao mesmo tempo, expõe o trabalhador a condições precárias para o desempenho das atividades laborais.

Um bom exemplo, extraído de página de jornal, retrata a situação.

Em 2017, Vilson Nobre tinha um emprego de carteira assinada em uma transportadora de valores. Depois de meia década como segurança em carros blindados, na tensa rotina de abastecer caixas eletrônicos espalhados pela Grande São Paulo, recebeu a notícia de que seus serviços não eram mais necessários. Aos 32 anos, pai de três filhos, viu-se dependente do salário da esposa, funcionária do departamento de Recursos Humanos de uma empresa. A conta não fechava. Sem perspectiva de encontrar um emprego fixo, Nobre seguiu o caminho de um contingente cada vez maior de desempregados no Brasil. Inscreveu-se no aplicativo Uber e começou a trabalhar como motorista de praça. Há dois anos, é daí que ele completa a renda da família. Nobre passa de 12 a 18 horas por dia, de segunda a segunda, atrás de um volante. É a única maneira de faturar 6 mil reais por mês. Um bom ganho diante da média nacional, não? Em termos. Do total, ele repassa de 20% a 35% para o aplicativo, a depender da corrida. Uma outra parte substancial paga a manutenção do automóvel próprio e o consumo da gasolina. No fim das contas, Nobre leva para casa cerca de 2,5 mil reais, caso consiga trabalhar no ritmo descrito acima. Se ficar doente ou tiver qualquer outro contratempo e não trabalhar, não ganha. (PUTTI, 2019)

Seguindo o objeto de análise, nos cumpre algumas reflexões acerca do trecho acima transcrito. A situação que assola Vilson, assola milhares de pessoas: o desemprego. A jornada por ele enfrentada é expressivamente contrário aos empregos minimamente convencionais.

A plataforma, por sua vez, quanto maior o número de passageiros transportados, maior seu lucro. Não há qualquer fiscalização das condições de trabalho. Vilson não é amparado de forma alguma. Não possui vínculo empregatício – não recebe décimo terceiro, não recebe e não usufrui de férias, não pode contar com FGTS, tampouco com o tempo de trabalho para sua aposentadoria. Se quiser, terá de contribuir por sua conta para a previdência. Caso fique doente ou sofra algum acidente, terá de suspender as atividades. Em as suspendendo, não ganha.

Outro exemplo também evidencia um contexto de extrema precariedade. Para tanto, transcreve-se,

Mineira de 29 anos, ela foi demitida em 2017, quando se despediu da carteira assinada e do acompanhamento semestral que a empresa fazia de sua saúde e começou a trabalhar com a [Uber](#). No início deste ano, as longas jornadas que precisa fazer para pagar as contas começaram a gerar os primeiros impactos. Primeiro veio o diagnóstico de um princípio de infarto, gerado pelo estresse excessivo que passava nas ruas. Depois, uma inflamação na região cervical que levou à perda dos movimentos da mão direita. As doenças ocupacionais deixaram Tatiana parada por algumas semanas. Ela ouviu de três médicos que teria que diminuir o tempo de trabalho se quisesse melhorar. Como consequência, as contas foram se acumulando. Única fonte de renda da família, Tatiana sustenta as duas filhas pequenas, de 5 e 8 anos, além da mãe idosa, com os ganhos como motorista de aplicativo. Depois de ter recuperado o movimento dos dedos em cinco sessões de fisioterapia, ela interrompeu o tratamento para voltar a rodar. (DOLCE, 2019)

Já havíamos referido a questão das horas excedentes e da ausência de amparo previdenciário por parte da Uber. Para a mineira acima, as doenças chegaram. A impossibilidade de desenvolver a atividade também.

Outro trecho da reportagem que segue, evidencia outro lado desta precariedade, a exposição feminina.

“Bagunçou tudo. Quando chegou em março, eu tive que rodar mais para pagar o aluguel do meu carro, que estava atrasado. Aí vieram as contas. Estou com três contas de luz e três de água sem pagar.”. Tatiana diz que não tentou entrar em contato com a empresa porque não existe “espaço para isso”. “A Uber não abre suporte, não quer nem saber se você está trabalhando, passando mal. Então os motoristas são muito unidos, somos uns pelos outros”! Tatiana faz parte dos quase 4 milhões de pessoas que formam a categoria que trabalha para empresas de aplicativos de serviços no Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Para essas empresas, elas são descritas como “trabalhadores autônomos”, não mantendo nenhum vínculo

trabalhista. Se a “uberização”, como o fenômeno é conhecido, há algum tempo desperta discussões na sociedade, principalmente pela insegurança trazida pela informalidade, o recorte de gênero dentro dela ainda é assunto pouco pautado. Para as poucas pesquisadoras que se debruçam sobre ele, assim como acontece em outros formatos trabalhistas, as mais prejudicadas com essa transformação econômica são as próprias mulheres. (DOLCE, 2019)

Reunidas as informações acima, passa-se ao final do presente.

## **Conclusão**

O fenômeno da Uberização é fato e, ao que parece, salvo surgindo tecnologia que o substitua, a plataforma permanecerá operando. Atualmente, conforme dados da própria Uber, há milhares de motoristas parceiros credenciando desempenhando o transporte individual de passageiros.

A globalização, de todo modo, também se mostra constante e em crescimento. A realidade brasileira traz alguns pontos interessantes e até assustadores tratados acima: a flexibilização das normas trabalhistas, um índice expressivo de desemprego e a informalidade cada vez maior. Um conjunto de fatores faz com que a atividade proposta pela plataforma se pareça como saída e até fonte de subsistência para muitos.

Contudo, inúmeras vezes os motoristas vêm extrapolando até mesmo sua capacidade física para obter maior lucro. Além da plataforma não dar qualquer margem de ajuste entre a relação havida com o motorista parceiro. Há um caráter expressivamente antidemocrático nisso.

O que se pode perceber, sobretudo, é que há discussão judicial em torno do vínculo empregatício entre plataforma e motorista parceiro. Há ainda uma precarização das condições de trabalho dos motoristas eis que realizam trabalho noturno, horas extras, não possuem amparo previdenciário e não se encontram amparados de qualquer modo.

A questão por si só não se exaure. Tampouco o breve estudo. Todavia, nos cumpre permanecer em constante análise e estudo acerca do caso. Os acionistas dos aplicativos, por seu lado, atraem cada vez mais capital. Já os trabalhadores, a massa brasileira, encontra-se fragilizada.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Traduzido por Jorge Zahar Editor Ltda. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Zahar, 2001, pág.163.

BRASIL, **Lei 5.452/1943**, art. 58. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/del5452.htm)>>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Lei 13.467/2017**, art. 67. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>>. Acesso em 11 de dezembro de 2019.

## Links utilizados

Disponível em: << <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/10/31/desemprego-pnad-ibge.htm>>>. Acesso em 13 de dezembro de 2019.

Disponível em:<< <https://portaldeauditoria.com.br/hora-extra-noturna/>>>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

Disponível em:<< <https://portaldeauditoria.com.br/hora-extra-noturna/>>>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

DOLCE, Julia. **O lado sombrio do trabalho para aplicativos – e como é pior para mulheres**. Disponível em: <<<https://exame.abril.com.br/carreira/o-lado-sombrio-do-trabalho-para-aplicativos-e-como-e-pior-para-mulheres/>>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2019.

INSTITUTO HUMANITA UNISINOS. **Trabalho na Uber é neofeudal, diz estudo. 'São empreendedores de si mesmo proletarizados**. Disponível em: <<<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/589086-trabalho-na-uber-e-neofeudal->

diz-estudo-sao-empresendedores-de-si-mesmo-proletarizados>>. Acesso em 12 de dezembro de 2019.

PORTAL DA LEGISLAÇÃO, PLANALTO. **Lei 13.467/2017**, art. 67. Disponível em: << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>>. Acesso em 11 de dezembro de 2019.

PORTAL DA LEGISLAÇÃO, PLANALTO. **Lei 5.452/1943**, art. 58. 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 de dezembro de 2019.

PUTTI, Alexandre. **Apps são os maiores empregadores, mas precarização dá o tom nos trabalhos**. Disponível em: << <https://www.cartacapital.com.br/economia/proletariado-digital-apps-promovem-trabalhos-precarios-a-brasileiros/>>>. Acesso em 12 de dezembro de 2019.

UBER. Disponível em: <<<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**