

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES
MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ
ANDRIELE BRASIL
LORENA PINTO GONÇALVES
VINICIUS DE SOUZA DA SILVA
ORGANIZADORES

CALAMIDADE PÚBLICA: REPENSANDO O DIREITO EM TEMPOS DE CRISE



2021

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES
MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ
ANDRIELE BRASIL
LORENA PINTO GONÇALVES
VINICIUS DE SOUZA DA SILVA
ORGANIZADORES

CALAMIDADE PÚBLICA: REPENSANDO O DIREITO EM TEMPOS DE CRISE



2021

2021 by Editora e-Publicar
Copyright © Editora e-Publicar
Copyright do Texto © 2021 Os autores
Copyright da Edição © 2021 Editora e-Publicar
Direitos para esta edição cedidos à Editora e-Publicar pelas autoras.

Editora Chefe

Patrícia Gonçalves de Freitas

Editor

Roger Goulart Mello

Diagramação

Roger Goulart Mello

Projeto gráfico e Edição de Arte

Patrícia Gonçalves de Freitas

Revisão

Os autores

Todo o conteúdo dos artigos, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Comissão organizadora:

Prof. Dra. Camila Salgueiro da Purificação Marques

Prof. Msc. Miriam Olivia Knopik Ferraz

Bel. Andriele Brasil

Bel. Lorena Pinto Gonçalves

Bel. Vinicius de Souza da Silva



Centro Acadêmico
**Professor Petrus
Tybur Junior**



Comissão científica:

Prof. Msc. Ana Renata Machado

Prof. Msc. Arthur Daniel Calasans Kesikowski

Prof. Msc. Bruna Lietz

Prof. Msc. Sergio Fernando Ferreira de Lima

Prof. Msc. Ygor de Siqueira Mendes Mendonça



Centro Acadêmico
**Professor Petrus
Tybur Junior**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

C141 Calamidade pública [livro eletrônico] : repensando o direito em tempos de crise / Organizadores Camila Salgueiro da Purificação Marques... [et al.]. – Rio de Janeiro, RJ: e-Publicar, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-89340-85-0

DOI 10.47402/ed.ep.b20213950850

1. Direito. 2. Desastres. 3. Calamidade pública. I. Marques, Camila Salgueiro da Purificação. II. Ferraz, Miriam Olivia Knopik. III. Brasil, Andriele. IV. Gonçalves, Lorena Pinto. V. Silva, Vinicius de Souza da.

CDD 361.5

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Editora e-Publicar

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
contato@editorapublicar.com.br
www.editorapublicar.com.br



2021

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que o Centro Acadêmico Petrus Tybur Junior, do Centro Universitário UNIFACEAR, vem apresentar a obra intitulada Calamidade Pública: Repensando o Direito em Tempos de Crise. A presente obra teve origem na realização do evento Encontro Acadêmico Sobre a Pandemia do COVID-19 (coronavírus): O Direito e Suas Novas Perspectivas, realizado no mês de julho/2020, ocasião em que diversos pesquisadores contribuíram com suas pesquisas.

A proposta do livro tem por objetivo trazer estudos relacionados à calamidade pública, pandemia, bem como as mudanças sofridas na sociedade em geral em diversas áreas, inclusive no Direito. As discussões tratadas nos artigos são de grande relevância sob o aspecto tecnológico, econômico, social, político, dentre outros, todos correlacionados ao Direito.

Agradecemos a todos os autores que contribuíram para a concretização da presente obra, bem como agradecemos aos acadêmicos de Direito do Centro Universitário UNIFACEAR, campus Araucária, pelas contribuições geradas ao Centro Acadêmico no período compreendido entre 2019 e 2021. Desejamos a todos uma boa carreira científica e jurídica.

Por fim, espera-se que este livro desperte o interesse do leitor para que possa fazer uma análise reflexiva, bem como identificar os principais impactos e desafios que a pandemia da COVID-19 trouxe para a sociedade em geral, em especial, no que tange ao Direito.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Andriele Brasil
Lorena Pinto Gonçalves
Vinicius de Souza da Silva
Organizadores

SUMÁRIO

PARTE 1 – Calamidade Pública e Direitos Humanos

CAPÍTULO 1 - A violência contra a mulher em tempos de pandemia e as medidas adotadas no âmbito paranaense e curitibano.....09

Ana Renata Machado

Eduarda Gonçalves

CAPÍTULO 2 - Rede de garantia de direitos fundamentais para refugiados no brasil: igualdade e efetividade com a mutação do cenário econômico.....18

Cecilia de Aguilar Leindorf

Rodrigo Maciel Cabral

CAPÍTULO 3 - A necropolítica em face das mulheres: da marginalização social para o cárcere na pandemia da covid-19.....35

Lucas Hinckel Teider

Wanessa Assunção Ramos

CAPÍTULO 4 - A (in) constitucionalidade do internamento compulsório do usuário de drogas e a colisão entre os princípios constitucionais.....46

Tharsila Tom

CAPÍTULO 5 - Maternidade carcerária: leis e direitos para mães e filhos.....62

Elenize dos Santos

Maria Luiza Gomes Rocha

PARTE 2 – Gestão de Políticas Públicas em Tempos de Crise

CAPÍTULO 6 - A responsabilidade do estado brasileiro em âmbito internacional quanto a inaplicabilidade do direito humano à saúde no período da pandemia do coronavírus (COVID-19).....76

Dillon Carlos Fernandes

Lorena Pinto Gonçalves

CAPÍTULO 7 - Os riscos democráticos e as políticas públicas.....92

Ismael Lemes Vieira Júnior

Rosimar de Araújo Vieira

CAPÍTULO 8 - Planejamento de políticas públicas emergenciais em tempos de calamidade pública.....108

Mariane Yuri Shiohara Lubke

CAPÍTULO 9 - A Eutanásia e o conflito acerca da sacralidade da vida.....121

Marina Fonseca Monteiro

CAPÍTULO 10 - A construção dos direitos de gênero no Brasil.....134

Vinicius de Souza da Silva

PARTE 3 – Novas Perspectivas Para o Direito

CAPÍTULO 11 - As transformações no procedimento da dispensa de licitação trazidas pela pandemia do novo coronavírus.....150

Caroline Francine Hamm

Vinicius de Souza da Silva

CAPÍTULO 12 - A responsabilidade social empresarial frente aos desafios do estado social na pandemia pelo COVID-19.....165

Gabriela Amorim Paviani

CAPÍTULO 13 - Inteligência artificial, regulação no Brasil e o projeto de lei 5051/2019.....176

Bruna Lietz

CAPÍTULO 14 - Tecnologia digital na prática do profissional da advocacia.....188

Fábio Eduardo de Freitas Barbosa

CAPÍTULO 15 - Advogar para empresas colaborativas: as ferramentas da mediação e a sustentabilidade da advocacia.....204

Kassira Miranda Bomfim

PARTE 1

Calamidade Pública e Direitos Humanos

CAPÍTULO 1

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA E AS MEDIDAS ADOTADAS NO ÂMBITO PARANAENSE E CURITIBANO

Ana Renata Machado, Graduada em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Internacional - Universidade Positivo. Mestre em Psicologia – área de concentração em Psicologia Forense - Universidade Tuiuti do Paraná. Advogada. Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica da UNIFACEAR – Campus Araucária e Professora de Direito Penal da UNIFACEAR – Campus Sítio Cercado. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR – Subseção Araucária. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/PR – Subseção Curitiba

Eduarda Gonçalves, Acadêmica do curso de Direito da UNIFACEAR

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tratar das questões referentes ao aumento dos casos de violência doméstica no Brasil em um cenário de pandemia e, conseqüentemente, de isolamento social, juntamente com uma análise contextualizada da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), com ênfase nas medidas protetivas, trazendo, em seguida, uma perspectiva estadual e municipal, de modo que se possa observar algumas das medidas adotadas por órgãos públicos no combate a violência contra a mulher, de modo generalizado, ao promover meios de amparar estas vítimas de forma eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia; Violência Doméstica; COVID-19; Isolamento Social; Políticas Públicas.

1. INTRODUÇÃO

O artigo pretende por meio de metodologia dedutiva e pesquisa bibliográfica, discorrer sobre a influência do isolamento social - medida adotada pelo poder público na prevenção do contágio da COVID-19 - no aumento de casos de violência doméstica no Brasil, fazendo alguns recortes de cunho estadual e municipal, evidenciando algumas medidas promovidas através de uma ótica que possibilite acesso a mecanismos que possam amparar estas vítimas - ainda que dentro de uma situação de quarentena restritiva - de maneira efetiva.

Ainda dentro do contexto de políticas públicas, é de suma importância discorrer sobre a legislação vigente que trata da posição e resposta do Estado para com o âmbito da violência contra a mulher, sendo a mais pertinente para utilização no seguinte texto a Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha. Esta iniciativa, com autoria do Poder Executivo tem por finalidade resguardar e promover legalmente a proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, ao passo que estipula sanções para quem pratica tal ilícito, possuindo em

seu texto diversas garantias para as vítimas em questão, além da promoção de medidas que visam proteger as mesmas, são elas as intituladas ‘Medidas Protetivas de Urgência’, previstas nos artigos 22, 23 e 24 do texto.

A partir disso, serão analisadas algumas informações, disponibilizadas em veículos de imprensa e revistas científicas, para que se possa compreender e contextualizar tal pesquisa, aproximando a mesma da realidade local e, conseqüentemente, delimitando cada vez mais este espaço de discussão, a fim de dialogar sobre tais questões no âmbito municipal.

Alguns dos mecanismos utilizados na adoção dessas soluções acabam sendo de difícil acesso para muitas mulheres, uma vez que, em sua maioria, são criados dentro do ambiente virtual, deixando evidente a necessidade de incentivo a redes de apoio informais presenciais. (LOBO, 2020, p. 23; VIEIRA, 2020, p. 4)

Assim, após analisados os elementos presentes na pesquisa, concluiu-se que, ainda que a crise sanitária atual não tenha ligação direta com estes, houve um aumento significativo de casos de violência contra a mulher ao longo dos meses, uma vez observadas as medidas restritivas de isolamento, o que necessitou de maior efetividade no que tange as medidas promovidas para resguardar legalmente os diretamente atingidos por essa questão.

2. PANDEMIA, VULNERABILIDADES E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

Atualmente, o Brasil e o mundo enfrentam uma das maiores – se não a maior – crise sanitária da história. A Covid-19 (também conhecida como novo Coronavírus) é uma enfermidade que afeta o sistema respiratório, podendo acarretar desde um resfriado até síndromes respiratórias graves. Este vírus, além de perigoso, possui um índice alto de contágio, o que fez com que sua transmissão tomasse grandes proporções, tornando-se rapidamente uma pandemia. (WHO, 2020, n.p.).

A agressividade com que o mesmo se manifesta em alguns organismos levou a óbito muitas pessoas, motivo pelo qual adotaram-se medidas para conter o avanço dos casos e impedir que os sistemas de saúde dos países afetados entrassem em colapso. Assim, a forma mais eficaz encontrada por pesquisadores da saúde foi o isolamento social, que consiste em uma quarentena restritiva, onde a população se vê instruída a evitar grandes aglomerações e a permanecer predominantemente dentro de suas residências, no intuito de evitar a propagação do vírus de maneira desenfreada.

Dentro deste cenário, mundialmente, e no Brasil por consequência, foi observado um agravamento da violência contra a mulher, ao passo que notou-se uma redução ao acesso a

serviços de apoio para estas vítimas, enfatizado nas áreas de saúde, segurança pública, justiça e assistência social, o que ocorre muitas vezes pelo medo de contágio (VIEIRA, 2020, p. 3). Esse aumento, por sua vez, pode ser reflexo da situação de confinamento em que as mulheres se encontram com seus agressores, o que pode gerar conflitos com maior frequência. (LOBO, 2020, p. 25)

Inicialmente, é necessária uma análise acerca dos mecanismos que dão origem às políticas de proteção a mulher, sendo o maior instrumento viável para discussão e inserção desta temática a legislação, mais especificamente, a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Em seu texto, são pontuadas as formas de violência familiar e doméstica contra a mulher, evidenciando a ampla utilização desta expressão, o que flexibiliza, de certa forma, sua configuração. (MAGALHÃES, 2020, p.41-42). São elas:

- Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
- I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
 - II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
 - III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
 - IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
 - V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006, n.p.)

Cabe destacar o inciso IV, uma vez que a violência patrimonial poderia, em hipótese, ser identificada com mais facilidade quando discutida dentro das diretrizes do atual cenário no Brasil, quando levadas em consideração as dificuldades de caráter econômico e financeiro advindos da pandemia da Covid-19.

Quando analisada a legislação vigente acerca das medidas protetivas de caráter urgente, destaca-se para utilização do presente artigo a Seção II do texto, ‘Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor’. Com atualizações advindas de leis posteriores a esta, prevê-se:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020) (BRASIL, 2006, n. p.)

Ainda que evidenciado um amparo legal para resguardar os direitos da pessoa lesada, verifica-se que a Lei 11.340/06 possui certa ausência de eficácia em se tratando de sua aplicabilidade. Assim, somente a existência deste amparo para tutela da mulher no âmbito doméstico e familiar não tem se mostrado suficiente para redução da percepção social de violência, assim como do receio para com o Estado na concretização desse direito positivado. (MAGALHÃES, 2020, p. 43).

Nas palavras de Tatiana Veloso e com base em entrevista realizada pelo DataSenado, “desde 2017, 19% das brasileiras entrevistadas disseram conhecer muito a Lei Maria da Penha, enquanto 68% afirmam conhecê-la pouco e 11%, alegam não conhecer nada, o que demonstra a necessidade de que a divulgação da norma e o combate à violência sejam constantes”. (SENADO, 2020, n.p.)

Assim, para lidar com tais dificuldades e acolher as denúncias das vítimas, o MMFDH (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos) disponibilizou canais de atendimento digitais da ONDH (Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos) com um aplicativo chamado ‘Direitos Humanos BR’, além do site ‘ouvidoria.mdh.gov.br’. Também podem ser acessados os sites ‘disque100.mdh.gov.br’ e ‘ligue180.mdh.gov.br’. Nestes, os familiares, vizinhos e até as próprias vítimas, tem a oportunidade de enviar áudios, fotos, vídeos e outros documentos que possam registrar situações de violência e vulnerabilidade, além de outras violações de direitos humanos. (VIEIRA, 2020, p. 3)

Todavia, é necessário analisar quantas mulheres de fato possuem meios de acessar estes canais, além de pensar no alcance dessas informações, ou seja, até onde elas chegam

(LOBO, 2020, p. 23). Por isso, o enfrentamento à violência contra a mulher não pode estar condicionado apenas as denúncias registradas, tornando de suma importância a ampla divulgação dos serviços disponíveis, além do incentivo a redes informais de apoio dentro de comunidades e virtualmente (VIEIRA, 2020, p. 3). Estes canais podem ampliar a circulação de informações, além de auxiliar diretamente a vítima e terceiros que vem a ser atingidos pela situação, como familiares, amigos, etc. Esta discussão foi levantada, inclusive, no Painel “Vítimas de violência doméstica e acesso à Justiça” (IDP, 2020, n.p.), onde, segundo Tatiane Veloso:

foi pontuado que a rede brasileira de enfrentamento à violência contra a mulher construída em torno da Lei Maria da Penha e, reforçada pela Lei do Feminicídio e, que embora sejam leis fantásticas, o sistema como um todo é muito burocrático, posto que muitas mulheres que estão em situação de violência doméstica não sabem o que fazer e, quando o sabem, não possuem uma rede de apoio sólida, o que impede um enfrentamento eficaz do problema. (MAGALHÃES, 2020, p. 48)

A situação atual do país com relação a pandemia tornou evidente a necessidade de um preparo maior com relação as redes e instituições que integram o combate aos ilícitos que dizem respeito a violência contra a mulher (IDP, 2020, n.p.), destacando conjuntamente a ineficácia na execução da Lei Maria da Penha, sob a premissa de que o Estado no seu dever legal negligencia, de certa forma, o suporte e estrutura que a mesma requer. (MAGALHÃES, 2020, p. 48; RIBAS, 2017, n.p.)

3. O PARANÁ DENTRO DA PERSPECTIVA DE ISOLAMENTO NO COMBATE AOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

No âmbito paranaense, tem-se percebido certa movimentação de órgãos públicos e entidades para proteger igualmente as mulheres em situação de violência, nos moldes do isolamento. A Procuradoria Especial da Mulher da Assembleia Legislativa do Paraná demonstrou preocupação com a situação das vítimas, e ainda que de forma remota, visou garantir encaminhamento devido às que buscam amparo legal. Segundo o órgão, dados levantados pela Polícia Militar do Paraná indicaram um aumento de ao menos 15% dos casos registrados no Estado somente na primeira semana de quarentena. (CBN, 2020, n.p.)

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) a pedido do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) da Defensoria Pública do Paraná, adotou algumas medidas com o objetivo de minimizar os impactos da violência doméstica durante o período de quarentena, sob a premissa de que: “os agressores passam mais tempo no espaço doméstico e tendem a responder com violência a situações cotidianas que envolvem a vida em família”. São elas:

- a) prorrogação automática das medidas protetivas já concedidas durante o período de atendimento remoto dos órgãos do Sistema de Justiça, exceto nos casos em que as mulheres requeiram a revogação, como forma de garantir a proteção das mulheres em situação de risco;
- b) análise do pedido de medida protetiva de urgência mesmo sem o prévio registro policial, tendo em vista tratem-se de provimentos jurisdicionais de caráter satisfativo e principal;
- c) adoção de meios de comunicação, notificação e intimação das partes por vias digitais, observando-se as normativas pertinentes, a fim de garantir a um só tempo a eficácia do provimento judicial e dos direitos do contraditório e da ampla defesa. (TJPR, 2020, n.p.)

Além do Poder Judiciário, ao encontro da bandeira de enfrentamento à violência de gênero da OAB Paraná, a Polícia Civil do Paraná disponibilizou no site ‘www.policiaocivil.pr.gov.br/BO’, um canal digital para o registro de denúncias e boletins de ocorrência de crimes contra a mulher, dando celeridade a crimes enquadrados na Lei Maria da Penha. Todavia, este registro online possui algumas limitações, como a impossibilidade de solicitar medidas protetivas de urgência, somente podendo a vítima pleiteá-las presencialmente. Crimes de natureza sexual também não são passíveis de registro pela plataforma. (OABPR, 2020, n.p.)

Com as devidas adequações apresentadas, cabe ressaltar também que a ‘Patrulha Maria da Penha’ passou a reforçar o acompanhamento, via telefone, a mulheres durante o período de pandemia, e que inclusive houve um aumento no número de ligações com o início do isolamento social. A ‘Patrulha Maria da Penha’ é um serviço que surgiu no Paraná em 2014, e inicialmente, estabeleceu seu atendimento em Curitiba, contando agora com guardas municipais e policiais militares atuando em grande parte do Estado. Consiste no acompanhamento preventivo e na proteção de mulheres que possuem medidas protetivas urgentes em vigência, baseando-se na Lei 11.340/2006. (G1, 2020, n.p.)

Dito isso e analisadas as informações acima, são evidenciados os esforços de autoridades paranaenses na busca por amparo legal à vulnerabilidade das vítimas, visando a preservação física e psicológica das mesmas.

4. MÍDIA, CAMPANHAS DE CONSCIENTIZAÇÃO E SOLUÇÕES ADOTADAS DURANTE O ISOLAMENTO NA CIDADE DE CURITIBA

Ainda que já mencionado anteriormente, além das políticas públicas adotadas, a comunidade como um todo necessita de conscientização, além de aderir a causa, no intuito de se solidarizar e de criar correntes que possam amparar e dar suporte às pessoas atingidas por estas violações.

Na cidade de Curitiba, por sua vez, além dos diversos canais de comunicação citados anteriormente, no início de agosto deste ano, iniciou-se a campanha ‘Sinal Vermelho’, que se tornou mais uma rede de apoio. Com a adesão pela Prefeitura de Curitiba, a referida campanha consiste em um sistema de sinalização, em que as mulheres vítimas de violência doméstica, ao adentrarem em farmácias, utilizem batom ou caneta para desenhar um ‘X’ na palma da mão, mostrando-o discretamente ao atendente, que irá detectar o caso de violência contra a mulher e realizar a denúncia. Não podendo a vítima aguardar no estabelecimento, o atendente anotará os dados pessoais desta, encaminhando-os para a Polícia Militar ou para o ‘Disque 190’. (G1, 2020, n.p.)

A Prefeitura de Curitiba tem buscado conscientizar e informar a população sobre as redes de suporte de violência doméstica e intrafamiliar existentes, divulgando os serviços disponíveis e os horários de atendimento, além da documentação necessária para registro de denúncias e obtenção de demais providências. (CURITIBA, 2020, n.p.)

5. CONCLUSÃO

Em síntese, concluiu-se que, ainda que a pandemia decorrente do novo Coronavírus não esteja diretamente associada com a violência doméstica, o isolamento imposto e recomendado, motivado para a preservação de vidas e diminuição do contágio da Covid-19, foi um fator que ocasionou um aumento de casos, pelos diversos motivos expostos ao longo do texto, o que provocou mudanças na maneira com que o Estado lida com estas questões.

Ainda que exista a vigência de uma legislação que atue na proteção da mulher com relação ao ambiente doméstico, o Senado Federal reconhece e admite que “*a criação de um marco legislativo, por si só, não se mostra efetiva na alteração de uma dada realidade social*” (SENADO, 2020, n.p.). Por isso, a criação de inúmeras plataformas e canais de comunicação citados anteriormente refletiu nas novas diretrizes e adaptações que tiveram de ser feitas para continuar protegendo e resguardando o direito das vítimas, ao passo que evidenciou as desigualdades existentes dentro desta condição, ressaltando a importância do apoio da população no enfrentamento a este tipo de conduta. Também é necessário reconhecer a importância do papel das medidas protetivas, e da urgência em buscar novos mecanismos de aplicabilidade, com o intuito de trazer maior eficácia a estas.

Por fim, ainda dentro desta linha de pesquisa e discussão, é de suma relevância compreender a violência contra a mulher enquanto problemática de cunho coletivo, e assim

buscar soluções preventivas e que possam combater estes ilícitos, uma vez que ferem os direitos e as garantias de mulheres que vivem dentro deste ciclo abusivo.

REFERÊNCIAS

ATENDIMENTO à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Intrafamiliar. **Prefeitura Municipal de Curitiba**, 2020. Disponível em: <<https://www.curitiba.pr.gov.br/servicos/atendimento-a-mulher-em-situacao-de-violencia-domestica-e-intrafamiliar/400>> Acesso em 18 setembro 2020.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Brasília**, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em 14 janeiro 2021.

CAMAPANHA 'Sinal Vermelho'; chega a Curitiba para ajudar mulheres vítimas de violência. **G1 Paraná**, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/07/campanha-sinal-vermelho-chega-a-curitiba-para-ajudar-mulheres-vitimas-de-violencia.ghtml>> Acesso em 18 setembro 2020.

CORONAVIRUS. **World Health Organization**, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/health-topics/coronavirus>> Acesso em 18 setembro 2020.

COVID-19: TJPR adota medidas para minimizar os impactos da violência doméstica durante a quarentena. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/covid-19-tjpr-adota-medidas-para-minimizar-os-impactos-da-violencia-domestica-durante-a-quarentena/18319> Acesso em 18 setembro 2020.

LOBO, Janaina Campos. Uma outra pandemia no Brasil: as vítimas da violência doméstica no isolamento social e a “incomunicabilidade da dor”. Tessituras: **Revista de Antropologia e Arqueologia**, v. 8, p. 20-26. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/18901>> Acesso em: 14 setembro 2020.

MAGALHÃES, Tatiana Veloso; VELOSO, Roberto Carvalho. A PANDEMIA DA COVID-19 E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 6, n. 2, p. 37-53, 2020. Acesso em 14 janeiro 2021.

PATRULHA Maria da Penha reforça acompanhamento a mulheres por telefone durante a pandemia, no Paraná. **G1 Paraná**, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/07/28/patrolha-maria-da-penha-reforca-acompanhamento-a-mulheres-por-telefone-durante-a-pandemia-no-parana.ghtml>> Acesso em 18 setembro 2020.

POLÍCIA Civil do Paraná abre canal online para denúncias de violência doméstica. **OAB Paraná**, 2020. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/policia-civil-do-parana-abre-canal-online-para-denuncias-de-violencia-domestica/>> Acesso em 18 setembro 2020.

PROCURADORIA da Mulher revela preocupação com aumento de casos de violência durante a quarentena. **CBN Curitiba**, 2020. Disponível em:

<<https://cbncuritiba.com/procuradoria-da-mulher-revela-preocupacao-com-aumento-de-casos-de-violencia-durante-a-quarentena/>> Acesso em 18 setembro 2020.

RIBAS, Carolline Leal. Da (in)eficácia da Lei Maria da Penha: avanços e desafios a serem superados. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 set. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-in-eficacia-da-lei-maria-da-penha-avancos-e-desafios-a-serem-superados/>> Acesso em 15 janeiro 2021

SENADO FEDERAL. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. **Brasília: Senado Federal**, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-contra-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos->> Acesso em 15 janeiro 2021

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 23, p. e200033, 2020. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/rbepid/2020.v23/e200033/>> Acesso em: 14 setembro 2020.

CAPÍTULO 2

REDE DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA REFUGIADOS NO BRASIL: IGUALDADE E EFETIVIDADE COM A MUTAÇÃO DO CENÁRIO ECONÔMICO

Cecilia de Aguilar Leindorf, Mestranda em Direito pela PUC/PR; Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR; Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR; Pesquisadora membra do Grupo de Estudos em Serviços Públicos e Administração Pública Digital – GESPAD/PUCPR; Advogada e Consultora

Rodrigo Maciel Cabral, Mestrando em Direito pela PUC/PR; Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR; Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano - NUPED/PUCPR; Pesquisador membro do Grupo de Estudos em Serviços Públicos e Administração Pública Digital – GESPAD/PUCPR; Advogado e Consultor

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo a análise do conjunto normativo composto por normas internacionais e nacionais que formam a rede de proteção de direitos fundamentais para refugiados no Brasil, com enfoque no princípio da igualdade e na necessidade de se verificar qual é a proteção dada aos direitos fundamentais de refugiados no Brasil, se é a mesma dada aos nacionais, aos estrangeiros ou se trata de proteção específica. Através de método de levantamento e análise bibliográfica e estudo hipotético-dedutivo, a análise perpassa por uma breve reflexão do tema diante do crescente número de refugiados no mundo, assim como por um estudo dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos – tal como a Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 – e normas do direito nacional – Lei nº 9.474/1997, Lei nº 13.445/2017 e Constituição Federal – buscando-se verificar a criação de um sistema normativo próprio para proteção desse grupo de pessoas. Partindo-se da igualdade como ponto de convergência entre os instrumentos normativos, observa-se que tais normas preveem ampla proteção aos migrantes forçados, assegurando desde os direitos básicos abarcados nos diplomas internacionais até os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Ainda, vê-se como necessária uma alteração do cenário econômico, capaz de não somente inserir tais pessoas efetivamente na sociedade, como até mesmo diminuir as causas de refúgio em escala global. Deste modo, através de uma modificação axiológica e com a implementação de políticas públicas e ações sociais, busca-se a verdadeira inclusão dos refugiados com a intenção de adotar elementos dotados de discriminação positiva em favor dos migrantes forçados, que se encontram em clara situação de desigualdade, resultante de graves violações dos direitos humanos.

Palavras-chave: Refugiados. Direitos Fundamentais. Igualdade. Políticas Públicas. Economia.

1. REFUGIADOS: CONTEXTUALIZAÇÃO

As crescentes mutações no cenário internacional trouxeram à tona novas discussões acerca da imigração, especialmente em relação aos refugiados provenientes de diversos países. Dentre as principais motivações que fazem aumentar o número de refugiados, pode-se mencionar os impasses étnicos, culturais, religiosos, assim como a desigualdade socioeconômica e instabilidade política (MOREIRA, 2014). No plano do Direito Internacional, observa-se que tais impasses resultam em gradativas afrontas aos propósitos e princípios das Nações Unidas, assim como aos Tratados de Direitos Humanos em geral.

A título exemplificativo, no artigo 1, item 3, da Carta das Nações Unidas tem-se o propósito de cooperação internacional para solução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, assim como o estímulo ao respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais (NAÇÕES UNIDAS, 1945). Como instrumento de concretização dos propósitos, o artigo 2 da mencionada Carta elenca princípios que devem ser respeitados pelos membros das Nações Unidas, como a solução pacífica de conflitos (item 3) e a esquivas ao uso da ameaça e da força contra a dependência política de qualquer Estado (item 4) (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Constata-se, portanto, a violação de direitos humanos em diversos pontos do globo, desde os “possíveis” crimes contra a humanidade na Venezuela (ONU, 2018a) até a pobreza decorrente de mais de 7 anos de Guerra na Síria (ONU, 2013b). Essas violações revelam a importância de se proteger os indivíduos que foram colocados na condição de migrantes forçados e, dentro dos blocos normativos oriundos dos Direitos Humanos no cenário internacional, surge o Direito dos Refugiados, compreendido como

“Disciplina que objetiva promover o dever de amparo da sociedade internacional, e dos Estados em particular, aos povos e pessoas ameaçadas em circunstâncias político-militares, culturais ou econômico-sociais adversas, por governos, grupos armados ou forças que por qualquer via atentem contra seus direitos mínimos, especialmente contra a sua vida.” (Alarcón, 2016).

A Organização das Nações Unidas, por meio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, desenvolve a conceituação de refugiados como “pessoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições. Com frequência, sua situação é tão perigosa e intolerável que devem cruzar fronteiras para buscar segurança nos países próximos, onde passam a ser consideradas um “refugiado”, reconhecido internacionalmente [...]” (ONU, 2015).

De acordo com as estatísticas anuais de pessoas que foram deslocadas à força por motivos de perseguição, conflitos, violência e outras violações de direitos humanos - o que envolve refugiados no âmbito internacional, pessoas deslocadas internamente e requerentes de asilo-, o número de pessoas que tiveram sua mobilidade forçada em 2014 chegou a 59,5 milhões, aumentando em 2015 para 65,3 milhões de pessoas (21,3 milhões de refugiados) (UNHCR, 2016).

Extraí-se desses dados levantados pelo ACNUR que, no ano de 2015, uma média de vinte e quatro pessoas foram deslocadas de suas casas por minuto, ou seja, em torno de 34.000 pessoas ao dia. Já em 2016, o quadro da mobilidade forçada passou para 65,6 milhões de pessoas, sendo 22,5 milhões de refugiados (dos quais 51% são crianças menores de 18 anos de idade) (UNHCR, 2017).

No Brasil, segundo dados publicados pela Secretaria Nacional de Justiça, foram 10.145 refugiados reconhecidos pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) de 2007 a 2017, com mais 86.007 solicitações de reconhecimento em trâmite (Secretaria Nacional de Justiça, 2018).

Ainda de acordo com esta cartilha, foram realizadas em torno de 33.866 solicitações de refúgio somente em 2017, sendo 17.865 destas solicitações formuladas por venezuelanos.

Portanto, nesse cenário de constante violação de direitos humanos que causa o aumento do número de refugiados, deve-se observar quais são os mecanismos (internos e externos) de proteção dos direitos fundamentais e garantia de reinserção social, além da necessidade de ressignificação do sistema de proteção de refugiados.

2. O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Inicialmente, cabe ressaltar que o sistema brasileiro de proteção dos migrantes forçados é composto tanto por normas internacionais quanto nacionais, que conjuntamente criam um regime único. Sob o enfoque internacional, destaque-se os seguintes diplomas: a Convenção Internacional relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (Decreto nº 50.215/1961) (BRASIL, 1961), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992) (BRASIL, 1992) e a Declaração de Princípios do MERCOSUL sobre Proteção Internacional de Refugiados (MERCOSUL, 2012).

Todos estes mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos dos refugiados trazem normas gerais, tais como a proibição de discriminações negativas e salvaguarda formal dos direitos fundamentais. À título exemplificativo, mencione-se que a

Convenção Americana de Direitos Humanos não dispõe especificamente sobre direitos sociais, culturais ou econômicos, limitando-se a impor determinação aos Estados-parte para o alcance da plena realização de tais direitos, nos lindes do artigo 26 da Convenção (PIOVESAN, 2017).

Registre-se a importância da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre o tema dos refugiados especificamente, eis que aborda, em seu artigo 22, o direito de circulação e de residência em território estrangeiro, a fim de garantir que toda pessoa que se encontre legalmente no território do Estado tenha o direito de circular e residir nele, conforme inciso 1. Os incisos de 8 e 9 de tal dispositivo têm plena consonância com o Estatuto dos Refugiados de 1951, eis que proíbem a expulsão de estrangeiro para país no qual seu direito à vida ou à liberdade estejam em risco de violação, assim como a expulsão coletiva de estrangeiros.

No que tange ao regime geral de direitos concedidos aos refugiados, o artigo 7º da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados dispõe que “ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta Convenção, um Estado Contratante concederá aos refugiados o regime que concede aos estrangeiros em geral.” Partindo-se do texto deste mencionado dispositivo, o Estatuto dá tratativa diferenciada ao que dispõe o art. 7º em relação aos seguintes tópicos arrolados no texto da Convenção: religião (art. 4º), propriedade intelectual e industrial (art. 14), direitos de associação (art. 15), profissões assalariadas (art. 17), racionamento (art. 20), ensino primário (art. 22, item 1), assistência pública (art. 23), legislação trabalhista e previdência social (art. 24), cobrança de serviços administrativos (art. 25, item 4) e despesas fiscais (art. 29). No tocante a estes direitos, a Convenção expressamente impõe aos Estados contratantes a darem tratativa igual ou análoga à dos nacionais daquele Estado. Entretanto, de acordo com o artigo 5º do Estatuto, não há impedimentos para que os Estados concedam outros direitos e vantagens aos refugiados, independentemente da Convenção. Assim, autoriza-se à norma interna à promoção dos direitos humanos para refugiados de forma mais benéfica do que àquela prevista na Convenção, como demonstrar-se-á que é o caso da Constituição Brasileira.

Note-se que não se trata de prevalência da norma de direito internacional ou do direito interno, mas da norma que melhor proteja os direitos humanos consagrados, à luz do caso concreto (TRINDADE, 1992). Significa dizer que a proteção deve se dar da forma mais ampla possível, levando em consideração as condições vivenciadas pelo grupo protegido.

Além de prever os direitos já abordados pelas Convenções anteriormente tratadas, a Declaração do MERCOSUL expandiu a proteção ao refugiado entre os países que compõem o bloco econômico e seus associados, à medida que o reconhecimento por qualquer um dos Estados Parte do Mercosul e Associados do “*status*” de refugiado estende-se aos demais.

Conforme exposto, os diplomas acima abordados compõem efetivo mecanismo de proteção dos direitos humanos no que tange aos refugiados. Inclusive, fazem da Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas elaborada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR, 2016).

Destarte, no cenário internacional revela-se por basilar e essencial o princípio da não-discriminação, que trespassa todos os instrumentos de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006), sendo imprescindível outrossim para a garantia dos direitos fundamentais aos refugiados no âmbito interno.

Considerando-se que cada indivíduo tem suas características e situações próprias que demandam cuidados específicos, os quais o Direito salvaguarda e tutela na medida de suas necessidades (TAVARES, 2015), surge, portanto, um sistema único de proteção aos refugiados, somando as referidas normas internacionais às normas nacionais.

A relação entre o direito internacional e o ordenamento jurídico interno é evidente, haja vista que alguns Estados (Áustria e Peru, por exemplo) chegaram a constitucionalizar diretamente os textos dos diplomas internacionais sobre direitos humanos no lugar de seu rol de direitos fundamentais, ou paralelamente a este (TAVARES, 2015). Ao unir essas normas internacionais supramencionadas às normas nacionais que versam sobre a proteção dos direitos dos refugiados, surge-se o sistema brasileiro de proteção deste grupo.

Neste sentido, o Brasil possui algumas normas internas que merecem destaque em relação à proteção dos refugiados. A primeira é a Lei nº 9.474/1997 (BRASIL, 1997), responsável por definir mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 no Brasil. Essa Lei foi resultado do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996, sendo elaborada conjuntamente por membros do governo brasileiro e do ACNUR (JUBILUT, 2007). A referida Norma expandiu o conceito de refugiado com o seu art. 1º, inciso III, incluindo a proteção dos indivíduos que são obrigados a deixarem seu país de origem por conta de “grave e generalizada violação dos direitos humanos” (BRASIL, 1997). Ainda sobre o texto da Lei, é importante ressaltar o artigo 10, que reconhece que a solicitação de refúgio

gerará a suspensão de qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular no país instaurado contra o solicitante e membros de sua família que o acompanhem.

A Lei nº 9.474/1997 torna desnecessário um procedimento administrativo prévio à entrada no país, evitando-se, por exemplo, o que ocorre com a caravana de imigrantes de El Salvador, Nicarágua, Guatemala e Honduras na fronteira do México com os Estados Unidos (DÍEZ, 2018). O instrumento normativo em questão foi ainda responsável por regulamentar toda a questão procedimental para o processo de refúgio, desde a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), até a cessação e perda da condição de refugiado.¹

A Lei brasileira sobre os refugiados representa não somente uma vontade do Estado brasileiro em oferecer proteção, contribuindo também ao desenvolvimento do próprio direito internacional dos refugiados, eis que tal instrumento normativo foi utilizado como modelo pelo ACNUR para toda a região do MERCOSUL em virtude de seu alto padrão de proteção dessa classe (GONZÁLES, 2010).

A segunda norma a ser analisada é a Lei nº 13.445/2017, ou Lei de Migrações, que não trata especificamente dos refugiados, mas traz certas conceituações e proteções a estrangeiros de forma geral (BRASIL, 2017). O artigo 1º, §1º da Lei traz as conceituações de imigrante, emigrante, residente fronteiriço, visitante e apátridas, dentre os quais destaca-se o conceito de imigrante (inciso II), tratando-se de “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”.

Os migrantes, portanto, são pessoas que escolhem se deslocar, à diferença dos refugiados – que têm mobilidade forçada e não podem voltar a seu país – os migrantes continuam recebendo a proteção do seu governo (LARA, 2017). Frise-se por relevante o artigo 4º da Lei de Migração, que garante ao migrante no território nacional certos direitos em igualdade com os nacionais brasileiros, garantindo também, em extenso rol, outros direitos fundamentais. Note-se que este dispositivo concede aos migrantes maior proteção dos direitos fundamentais, uma vez que traz previsão expressa destas garantias.

Deste modo, observa-se que Lei nº 13.445/2017, à medida que trouxe mais garantias de direitos aos migrantes e adotou a não criminalização da migração como princípio (art. 3º) e

¹ Insta destacar ainda o artigo 44 da Lei nº 9.474/1997, que determina “o reconhecimento de certificados e diplomas, os requisitos para a obtenção da condição de residente e o ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis deverão ser facilitados, levando-se em consideração a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados”. Assim, a norma interna expandiu o acesso à educação em face da previsão trazida Convenção de 1951, em seu art. 22, determinou a necessidade de os Estados darem tratativa igualitária para os refugiados e seus nacionais na garantia de ensino primário.

passou a tratar a migração como tema de direitos humanos e não só como assunto relativo à segurança nacional (AMARAL; COSTA, 2017).

Ainda, dentre as bases normativas nacionais que abordam a proteção aos refugiados, há de se mencionar, por óbvio, a Constituição da República. A dignidade da pessoa humana – sendo princípio que integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição – irradia através de seu núcleo essencial todos os direitos materialmente fundamentais a serem protegidos maximamente, independente da geração a que pertença ou do tipo de prestação que enseje (BARROSO, 2010).

Ressalte-se ainda que os princípios relativos à atuação do Brasil na comunidade internacional arrolados no art. 4º situam a prevalência dos direitos humanos (inciso II) e a concessão de asilo político (inciso X), podendo-se concluir que os fundamentos para a concessão do refúgio – espécie do direito de asilo – são expressamente assegurados pela Constituição Federal e elevados à categoria de princípios (JUBILUT, 2007). Como principal mecanismo de proteção dos direitos fundamentais aos refugiados, frise-se o artigo 5º da Constituição Federal que assegura a igualdade a todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo em par de igualdade, aos brasileiros e estrangeiros residentes do país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos setenta e oito incisos e quatro parágrafos deste dispositivo.

Não há de se falar, em relação aos refugiados, na impossibilidade de invocar os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente pela entrada irregular no país – como é a orientação nos Estados Unidos da América (TAVARES, 2015), lembrando-se das regras previstas pelos artigos 8º e 10 da Lei nº 9.474/1997, as quais concedem a possibilidade de solicitação de refúgio mesmo que a entrada no Brasil tenha se dado de forma irregular, suspendendo-se quaisquer procedimentos administrativos e criminais movidos por conta do ingresso ilegal. Desta forma, a solicitação de refúgio não só suspende tais procedimentos, como também garante a proteção dos direitos fundamentais para os refugiados.

O refúgio deve, portanto, ser abordado levando-se em consideração: os princípios que orientam as políticas internacionais dos Estados, a responsabilidade Estatal na preservação e promoção dos Direitos Humanos, o compromisso com o cumprimento das normas do Direito Internacional Humanitário com vistas aos grupos rebeldes de determinada região e o desenvolvimento da solidariedade e fraternidade como princípios e postulados jurídicos que

norteiam e fortalecem as relações de cooperação internacional entre os Estados (ALARCÓN, 2016).

Em consonância ao artigo 4º, incisos VII e XI da Lei de Migração – que concedem liberdade de associação e cumprimento das leis trabalhistas aos migrantes – e com a Convenção de 1951, vê-se que os refugiados gozam dos mesmos direitos concedidos aos trabalhadores brasileiros pelo art. 7º da Constituição, quer sejam a jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, intervalos inter e intrajornada, férias, recolhimento de FGTS, dentre outros (DINALI; RIBEIRO, 2013).

Em relação ao artigo 6º da Constituição, no qual há indicação dos direitos sociais, não há restrição quanto às pessoas que possuem a titularidade de tais direitos – salvo a titularidade que decorre da natureza específica do direito indicado, como a proteção à maternidade (TAVARES, 2015) –, razão pela qual também são garantidos aos refugiados.

Destes pressupostos, extrai-se que os direitos e garantias individuais e os direitos sociais são garantidos aos refugiados residentes no Brasil pela própria exposição do texto constitucional. Conclui-se que as normas do ordenamento jurídico brasileiro dão amplo amparo para a recepção e proteção dos refugiados no Brasil, com especial tutela dos direitos dos refugiados pela Lei nº 9.474/1997 no que tange à solicitação de refúgio, ao passo que a Constituição assegura ampla proteção dos direitos fundamentais com enfoque na igualdade trazida pelo texto constitucional do artigo 5º.

É necessária, tanto sob a perspectiva do Direito Constitucional quanto do Direito Internacional, a orientação para aplicar-se a norma mais favorável ao ser humano, ou seja, o cumprimento do princípio *pro-homine*, sempre extraindo-se a decisão mais adequada de acordo com os princípios norteadores do ordenamento jurídico (ALARCÓN, 2016).

Essa análise de toda a rede de proteção de direitos fundamentais aos refugiados em território brasileiro revela a imprescindibilidade de ações estatais e sociais para implementação de tais direitos. Ainda, em que pese o atual governo brasileiro ir à contramão da proteção de tais direitos, inclusive com a saída do pacto de migração da ONU em janeiro de 2019 (FELLET, 2019), a referida rede resta suficiente, em termos legislativos, para salvaguarda dos direitos daquele grupo de migrantes, entretanto, merece ampliação e efetivação também em sentido material.

4. IGUALDADE E PROTEÇÃO MATERIAL AOS DIREITOS HUMANOS PARA REFUGIADOS

Conforme apontado, em que pese haver uma ampla proteção legal aos direitos fundamentais das pessoas em situação de refúgio, registre-se que é imprescindível a tutela material de tais direitos, garantindo-se eficácia ao texto constitucional e legal.

Não obstante a previsão normativa de tais garantias, a realidade experimentada pelos refugiados no Brasil prejudica a garantia da dignidade da pessoa humana. Vê-se, por exemplo, casos em que estrangeiros aguardam há anos a definição do status de refugiado a ser concedido pelo Governo brasileiro (BRANDINO, 2018). Tendo em vista que se trata de um reconhecimento de *status* direcionado como dever do Estado, desde logo esta situação demonstra um despreparo na atuação para proteção dos direitos fundamentais dos refugiados. A Administração Pública tem o dever de dar uma resposta expressa ao cidadão, inclusive em prazo razoável (HACHEM, 2014).

Conforme já mencionado, na contramão das garantias de direitos fundamentais e proteção aos imigrantes dentro do território brasileiro, em oito de janeiro de 2019 o governo brasileiro anunciou à ONU a sua saída do Pacto de Migração, tendo impacto não somente aos estrangeiros residentes no Brasil, mas também para brasileiros residentes no exterior (FOLLY, 2019). Ainda assim, persiste a obrigação legal de se desenvolver políticas públicas que garantam efetivamente a satisfação dos direitos fundamentais, inclusive com obrigação positiva para o Estado.

A Constituição brasileira transcende ao modelo liberal de constitucionalismo e “esta transcendência se expressa pela afirmação de uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais que substanciam verdadeiros valores da comunidade, ou uma reserva de Justiça” (SCHIER, 2014).

Assim, verifica-se um conjunto de normativas expressas, supramencionadas, as quais exigem uma prestação positiva estatal. O artigo 203 da Constituição, por exemplo, garante assistência social como um direito de todos que dela precisarem, inclusive tem por um de seus objetivos a integração do cidadão ao mercado de trabalho, indistintamente. O texto deixa clara a necessidade de fomento e atuação positiva estatal.

Ali Ibrahim Hejazi, sírio, ex-diplomata e advogado com doutorado em Direito Internacional, chegou ao Brasil para trabalhar como frentista de posto de gasolina. Fez cursos de português e gestão de negócios bancados pela ACNUR, posteriormente passando a

trabalhar na empresa de prestação de serviços denominada Osesp. Entretanto, a realidade experimentada por Ali não é estendida aos demais refugiados, sendo um caso ainda raro. Por outro lado, é possível observar a movimentação do mercado em prol do desenvolvimento de políticas de contratações de refugiados, com a realocação, criação de processos de adaptação e inclusão (SARAIVA, 2019).

Deve-se ressaltar que independentemente de ser ação da iniciativa privada ou proveniente de políticas públicas específicas para inclusão social plena de refugiados, há clara necessidade de uma alteração da forma de proteção material da própria rede de proteção, com fundamento em dois elementos essenciais: primeiramente, como elemento justificador, a promoção da igualdade como fundamento que justifica a tratativa diferenciada aos refugiados; segundo, como elemento instrumental, a implementação de ações por parte do Estado e da sociedade que alteram a forma de inclusão partindo antes da sociedade, depois dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, através de mecanismos econômicos.

Em relação ao primeiro elemento, a igualdade, gize-se que a lei não pode servir como instrumento para promoções ou enalços, devendo agir como instrumento que regula a vida social para tratamento equitativo de todos os cidadãos, revelando o conteúdo jurídico-político do princípio da isonomia (MELLO, 2017).

Não há que se considerar que a criação de sistemas diferenciados para proteção dos refugiados é, em si, uma violação ao princípio da igualdade, merecendo ressaltar que “não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”, pois “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra” (MELLO, 2017, p. 17).

Ao impor aos Estados e à própria sociedade patamares mínimos para as garantias fundamentais – igualando os refugiados aos nacionais ou estrangeiros –, as normas citadas também possuem como fundamento a isonomia, eis que objetivam à proteção de determinados direitos à luz das situações vivenciadas por aquele grupo social. O fundamento da igualdade é um alicerce imprescindível na proteção de pessoas que tiveram que deixar seu país de origem por graves violações aos direitos humanos, garantindo assim o respeito aos direitos fundamentais e uma nova esperança de recomeço.

Assim, pode o ordenamento jurídico direcionar-se para a solução de problemas sociais experimentados por determinado grupo de pessoas sem que isso seja considerado uma ofensa ao princípio da igualdade pois, ao contrário, estará eliminando desigualdade pré-existente.

O segundo elemento provém de uma ressignificação do sistema econômico como um todo, voltado para a eliminação de desigualdades como um dos instrumentos de promoção do desenvolvimento. A ideia provém das proposições do modelo de “Economia Donut”, projetado por Kate RAWORTH como forma de modificar o pensamento econômico do século XXI com ideais de sustentabilidade e diminuição das desigualdades. A economista propõe uma modificação do cenário econômico a partir de uma alteração de visão dos próprios economistas, propondo modificações essenciais em sete maneiras de pensar como um economista do século XXI: mudar o objetivo de se alcançar um bom PIB para alcançar o modelo econômico baseado no Donut; analisar o quadro geral da economia e fazer um novo desenho que retire a visão de mercado autônomo, para uma economia integrada; estimular a natureza humana, eliminando o pensamento de homem econômico racional para a compreensão de que somos seres humanos sociais adaptáveis; compreender o funcionamento dos sistemas de modo a aceitar uma complexidade dinâmica, em detrimento do equilíbrio mecânico; projetar modelos econômicos para distribuição de renda e riqueza por concepção, afastando o reequilíbrio pelo crescimento; criar um sistema regenerativo por concepção em termos de sustentabilidade, em vez de esperar que o crescimento “limpe” os resultados posteriormente; ser agnóstico em relação ao crescimento, afastando a linearidade do crescimento baseado no PIB. Especialmente em relação às desigualdades, a autora afirma que os economistas do século XXI deverão projetar sistemas econômicos que desde o início tenham fluxo distributivo na estrutura das interações econômicas e, “em vez de focarem apenas a redistribuição de renda, procurarão também redistribuir a riqueza [...] em vez de esperarem por uma reforma de cima pra baixo, trabalharão com redes de baixo para cima já que estão operando uma revolução na redistribuição” (RAWORTH, 2019).

Conforme a teoria da autora, há necessidade de se reestruturar a economia como uma rede distributiva a fim de repartir de forma equitativa a renda e a riqueza, o que revela, para o presente estudo, a necessidade de se olhar aos refugiados e reconhecer a necessidade de integrar tais pessoas à rede tanto quanto os nacionais.

A ideia por trás desta teoria é o surgimento de um modelo cooperativo, em que se exige uma modificação de postura do Estado e também da sociedade. Em relação à redistribuição dos bens comuns de conhecimento, Kate Raworth menciona que uma das

maneiras do Estado estimular tal distribuição é a criação de *marketplaces* comunitários (espaços para que os inovadores possam se encontrar e utilizar ferramentas essenciais para o desenvolvimento das atividades), incentivando o amplo acesso ao conhecimento (Raworth, 2019). A aplicação de tais instrumentos em relação aos refugiados poderia promover espaços de compartilhamento de conhecimento inclusivos, facilitando não somente a adaptação destes povos à cultura local, mas permitindo a inclusão no mercado de trabalho e incentivando o desenvolvimento de novas soluções para problemas do Estado baseados nas experiências das comunidades de refúgio. Este é um dos exemplos em que se propicia um pontapé inicial para uma verdadeira inclusão em ramos de cultura, trabalho e inovação e que possuem um retorno significativo para o país. Fato é que a teoria econômica demonstra a necessidade de se projetar sistemas que enfrentem a desigualdade não mais como fator inevitável, mas como uma falha de concepção econômica que deve ser eliminada de início (RAWORTH, 2019).

A alteração da racionalidade econômica pode servir, portanto, como instrumento de proteção de refugiados em dois momentos distintos: primeiro, permite promover alterações que podem garantir de forma eficaz a inclusão dos refugiados nas sociedades para as quais foram forçados a se deslocar. Paralelamente à tal modificação de atuação do Estado, igualmente a implementação de políticas públicas de inclusão se faz importante não somente para estimular o mercado na contratação de refugiados, mas também para modificação da axiologia inserida na sociedade, diminuindo-se preconceitos a fim de inserir a igualdade de forma efetiva; segundo, pode combater as causas de surgimento da situação de refúgio, como problemas de subnutrição, trabalho e inacessibilidade a renda e riquezas.

Conforme já abordado, o ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997) reconhece como refugiado aquele que devido a graves violações de direitos humanos é obrigado a sair de seu país, dentre outras situações. Se não pelo próprio sistema de proteção internacional de direitos humanos, a solução econômica parece dar outro rumo à questão: a medida que se diminuem tais violações e as causas do refúgio já nos sistemas dos países de origem, tende-se a diminuir igualmente o número de refugiados. Assim, constata-se uma dupla função de alteração do sistema econômico em prol dos migrantes forçados, seja para diminuir as situações de violações aos direitos humanos dentro dos países que forçam a migração, seja para garantir tais direitos em um novo local.

Ainda, veja-se que na Constituição da República houve inclusão de verbos de ação em relação à igualdade, permitindo-se concluir que tal princípio deve ser construído no país, o que exige ações positivas tanto do Estado quanto da sociedade (SARMENTO, 2006). É neste

sentido que a alteração paradigmática de inclusão provém essencialmente da modificação de valores negativos em relação à situação de refúgio, a fim de possibilitar a efetiva modificação e implementação da rede de proteção e até mesmo dos ideais econômicos.

5. CONCLUSÕES

A crescente onda de problemas étnicos, culturais, religiosos, dentre outras instabilidades, faz com que o mundo experimente uma nova diáspora de pessoas que sofrem com as violações dos direitos humanos.

Conforme os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, os dados do final de 2016 constataram 65,6 milhões de pessoas dentro do quadro de migrantes com a mobilidade forçada, contando com 22,5 milhões de refugiados (UNHCR, 2017).

Desta forma, surgiu a necessidade do estudo dos diplomas legais aptos a proteger os direitos fundamentais a este grupo que se encontra em situação de desigualdade.

Os diplomas internacionais analisados estabelecem padrões mínimos de direitos a serem garantidos aos refugiados, às vezes igualando-os aos nacionais, às vezes aos estrangeiros. Já no ordenamento jurídico interno, ressalte-se as Leis nº 9.474/1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e a Lei nº 13.445/2017, intitulada Lei de Migrações. A primeira traz o procedimento de solicitação de refúgio e alguns direitos, enquanto a segunda abarca os direitos dos migrantes em geral que se aplicam às pessoas em situação de refúgio.

A Constituição Federal prevê a igualdade já no *caput* do artigo 5º, salvaguardando o amplo rol de direitos fundamentais de seus incisos a todos os estrangeiros residentes no país da mesma forma que garante aos brasileiros, o que também o faz em relação aos direitos sociais previstos em seus artigos 6º e 7º.

Neste sentido, ressalta-se que o princípio da igualdade é o ponto convergente entre os diplomas internacionais e nacionais e o fundamento para tal inclusão, pelo que suas normas têm o objetivo e a meta de diminuir desigualdades. Com fundamento neste princípio, as leis passam a eleger fatores de descrímen entre os indivíduos e concedem tratamento diferenciado a eles, ou seja, trata de forma desigual aqueles que se encontram em situação divergente dos demais, pelo que exige-se do Estado a implementação de políticas públicas que sejam aptas a sanar tal vício social.

Se não pela teoria dos direitos humanos, a teoria econômica demonstra que a diminuição das desigualdades é um dos instrumentos a serem utilizados pelos economistas do século XXI para que as novas projeções econômicas eliminem tais desigualdades desde o princípio, não necessitando aguardar o surgimento de soluções ou aceitar a desigualdade como algo inevitável (RAWORTH, 2019).

Aliás, se de fato as desigualdades forem concebidas desde início como falhas do projeto econômico de uma nação, talvez tal indicativo possa impactar igualmente da diminuição do número de refugiados, passando não mais a remediar o problema, mas solucionar. Tendo em vista que as principais motivações do refúgio são problemas relacionados a etnias, culturas, religião, desigualdade econômica e instabilidade política (MOREIRA, 2014), a adoção de elementos aptos a eliminar essas “falhas” em escala global desde o seu surgimento podem se apresentar como de fato uma eliminação do próprio refúgio.

A teoria da economia Donut não pretende extinguir todas as causas do refúgio, mas por outro lado, pode diminuí-las. Tendo em vista que a teoria visa eliminar as privações humanas (fome, etc.) E ao mesmo tempo definir um teto ecológico de utilização dos recursos naturais, o fato de inserir critérios mínimos de vida digna para dentro da economia pode proporcionar uma redução das causas dos refúgios (tais como as desigualdades econômicas, privações relacionadas à fome, etc) e, conseqüentemente, diminuir significativamente os números de refugiados.

Enquanto tais elementos não são adotados pelos governos locais, o atingimento dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável implantados pela ONU (ONU, [?]), parecem-nos distantes, sendo tratados como, novamente, problemas a serem solucionados *a posteriori*, não sendo atacados em suas causas.

Desta forma, para além da criação de normativas, faz-se imprescindível alteração do sistema atual a fim de possibilitar também a redistribuição de rendas e riquezas incluindo as pessoas em situação de refúgio nas questões distributivas. Igualmente, a implementação de políticas públicas revela uma necessária eliminação de preconceitos e exclusões sociais, garantindo a efetiva proteção dos refugiados em uma rede sólida de salvaguarda de direitos fundamentais.

Seja mediante aplicação de mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, seja com a regência dos diplomas legais brasileiros, seja com a modificação do próprio sistema econômico, a igualdade é o instrumento com maior aptidão na propagação

dos direitos fundamentais para os refugiados, justificando a adoção de um sistema próprio de defesa voltado às necessidades desse grupo de pessoas.

6. REFERÊNCIAS

ACNUR. Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas. **ACNUR**, Brasília, dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Colet%C3%A2nea-de-Instrumentos-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-Nacional-e-Internacional.pdf>. Acesso em 28 set. 2020.

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado Costa. A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração. **Revista Justiça do Direito**, v. 31, n. 2, p. 208-228, mai./ago. 2017.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direitos dos Refugiados: Uma Leitura com Fundamento nos Princípios Constitucionais. **Revista Ius Gentium**. Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 219-241, jan./jun. 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDINO, Géssica. Estrangeiro espera 2 anos por análise de pedido de refúgio no Brasil. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/estrangeiro-espera-dois-anos-por-analise-de-pedido-de-refugio.shtml>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. 2017. Lei nº 13.445. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de maio de 2017.

BRASIL. 1997. Lei nº 9.474. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 de julho de 1997.

BRASIL. 1992. Decreto nº 678. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 de novembro de 1992.

BRASIL. 1961. Decreto nº 50.215. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de janeiro de 1961.

COSTA RICA. 1945. Convenção Americana de Direitos Humanos. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017;

DÍEZ, Beatriz. A caravana de refugiados da América Central que está em um limbo legal na fronteira entre o México e os EUA. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-43952043>. Acesso em 28 set. 2020.

DINALLI, Danielle de Jesus; RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze. **O Trabalho como Direito Fundamental e os Refugiados no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bbb9a5df34c6924#:~:text=O%20direito%20do%20trabalho%20n%C3%A3o,prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20seus%20direitos%20jurisprudenciais>. Acesso em 29 set. 2020.

FELLET, João. Em comunicado a diplomatas, governo Bolsonaro confirma saída de pacto de migração da ONU. **BBC News Brasil**, São Paulo, 08 jan. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46802258>. Acesso em: 28 set. 2020.

FOLLY, Maiara. Saída do acordo global sobre migrações pode impactar brasileiros no exterior. **El país**, [?], 12 jan. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/12/opinion/1547304022_687377.html. Acesso em: 18 nov. 2019.

GONZÁLES, Juan Carlos Murillo. A Importância da Lei Brasileira de Refúgio e suas Contribuições Regionais. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Coord.). **Refúgio no Brasil: a Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p.48-58.

HACHEM, Daniel Wunder. Procedimientos administrativos reivindicatorios de derechos sociales: deber de decidir em plazo razonable vs. silencio administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, n. 10, jul./dic. 2014, p. 213-251.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LARA, Glauca Muniz Proença. Abrindo as portas: a Voz dos Imigrantes e Refugiados. **Cadernos de Linguagem e Sociedade**, vol. 18, n. 1, p. 28-48, 2017.

MERCOSUL. 2012. Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional dos Refugiados. Fortaleza, Brasil, 23 de novembro de 2012.

MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: Reflexões Acerca do Processo de Integração Local. **Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana – REMHU**. Brasília, n. 43, p. 85-98, jul./dez. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, São Francisco, Estados Unidos, 24 de outubro de 1945.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU Alerta para degradação da situação de direitos humanos na Venezuela. **ONUBR**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-degradacao-da-situacao-de-direitos-humanos-na-venezuela/> Acesso em 24 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Guerra Síria completa 7 anos em março com “rastros de tragédia” para civis, diz ONU. **ONUBR**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/guerra-siria-completa-7-anos-em-marco-com-rastro-de-tragedia-para-civis-diz-onu/> Acesso em: 24 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ACNUR explica o significado de status de refugiado e migrante. **ONUBR**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-explica-significado-de-status-de-refugiado-e-migrante/> Acesso em 28 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 29 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017;

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flávia; DE SOUZA, Douglas (Coord.). **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 19-58.

RAWORTH, Kate. **Economia Donut**: uma alternativa ao crescimento a qualquer custo. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flávia; DE SOUZA, Douglas (coord.). **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Brasília: SEPPIR, 2006. p. 59-108.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização no contexto da Constituição de 1988. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (ORG). *Direito Constitucional brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Refúgio em números** – 3ª Edição. Disponível em http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf. Acesso em: 28 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPÍTULO 3

A NECROPOLÍTICA EM FACE DAS MULHERES: DA MARGINALIZAÇÃO SOCIAL PARA O CÁRCERE NA PANDEMIA DA COVID-19

Lucas Hinckel Teider, Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bolsista do PROEX/CAPEX. Advogado atuante no Direito Criminal

Wanessa Assunção Ramos, Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Vencedora do Prêmio Marcelino Champagnat de primeira colocada do curso de Direito em 2018. Membro da Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Advogada atuante no Direito Penal

RESUMO

O presente artigo tem como tema e objetivo geral tratar acerca da necropolítica estabelecida em face das mulheres que se encontram privadas de sua liberdade durante a pandemia da Covid-19. Para atingir o objetivo geral estabeleceu-se os seguintes objetivos específicos: a) analisar a marginalização social das mulheres especificamente no espaço-tempo carcerário; b) analisar a situação das unidades prisionais brasileiras, principalmente com relação à prevenção e combate ao novo coronavírus; e c) conectar os objetivos “a” e “b” no sentido de investigar e evidenciar como a marginalização das mulheres é carregada ao cárcere e agravada pela pandemia da Covid-19, notadamente no específico e recortado *locus* (teórico e prático) da Necropolítica. A metodologia utilizada foi de pesquisa qualitativa, por intermédio de um método indutivo com análise documental. Concluiu-se que a marginalização das mulheres, iniciada no bojo da sociedade e que é pautada pelos ditames da violência de gênero, é carregada ao cárcere e a situação tende a piorar no período de pandemia, podendo constituir-se tais atitudes estatais como uma necropolítica em caso de postura ativa ou negligente (à condição humana) do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Mulheres; Covid-19; Sistema prisional brasileiro; Necropolítica.

1. INTRODUÇÃO

Conforme dados do último Infopen divulgado (dez/2019 - DEPEN), o Brasil possuía 748.009 pessoas presas confinadas em unidades prisionais, sendo que 362.547 encontravam-se em regime fechado. Ademais, 222.558 eram presos(as) provisórios(as) e havia um déficit de 312.925 vagas. Destes números, a população feminina correspondia a mais de 37 mil - ou seja, aproximadamente 5% da população carcerária. Em 2017, conforme informações trazidas pelo Infopen Mulheres (DEPEN), mais de 37% destas mulheres eram presas provisórias e a maior parcela da população carcerária feminina é composta por pessoas da cor parda e preta e que cometeram o delito de tráfico de drogas.

Em situações (político-criminais) ordinárias, diferentemente do momento vivido, o direito à saúde da pessoa que está privada (tão somente) de sua liberdade é garantido pela Constituição da República (BRASIL, 1988), em seus artigos 6º e 196; pela Lei 8.080/1990 (BRASIL, 1990) e pela Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984 - BRASIL, 1984). Ainda, há a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP (MINISTÉRIO DA SAÚDE), coordenada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, instituída pela Portaria nº. 01, de 02 de janeiro de 2014, e sua respectiva operacionalização pela Portaria nº. 482, de 1º de abril de 2014. Adicionalmente, a Portaria nº. 305, de 10 de abril de 2014, estabelece normas para cadastramento das equipes no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES). Por fim, há a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional - PNAMPE, instituída pela Portaria Interministerial nº. 10, de 16 de janeiro de 2014.

Durante a pandemia da Covid-19, foram editadas diversas recomendações para que, mesmo no decorrer desta situação excepcional, o direito à saúde das pessoas encarceradas fosse devidamente respeitado. A Recomendação nº. 62, de 17 de março de 2020 e do Conselho Nacional de Justiça, recomendou a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (Covid-19) no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). A Resolução nº. 01, de 10 de abril de 2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tratou acerca da compatibilidade entre o enfrentamento e prevenção dos efeitos da pandemia dentro dos presídios com o devido respeito ao direito humano e fundamental à vida (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS). A Nota Técnica Conjunta nº. 01/2020, de 28 de abril de 2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, teve a finalidade de indicar a destinação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen para aplicação no enfrentamento do novo Coronavírus (Covid-19) no sistema prisional (CNJ/CNMP). Por fim, o Ministério da Justiça e da Segurança Pública editou a Resolução nº. 05, de 15 de maio de 2020, sobre Diretrizes Extraordinárias e Específicas para Arquitetura Penal, destinadas para o enfrentamento da disseminação do novo Coronavírus (Covid-19) no âmbito dos estabelecimentos penais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DE DA SEGURANÇA PÚBLICA).

Mesmo com as determinações acima expostas, tem-se que o Poder Judiciário não aderiu (ao menos não integral ou substancialmente) às medidas de prevenção e enfrentamento à pandemia do novo coronavírus (Covid-19). Análise feita pela Folha de São Paulo até o dia

15 de março de 2020 (pico inicial da pandemia no Brasil) demonstrou que, de 1.386 *Habeas Corpus* examinados pelo Supremo Tribunal Federal e concernentes à pedidos de liberdade relacionados com o atual cenário pandêmico, somente em 87 casos foi determinada a soltura ou transferência para prisão domiciliar, correspondendo a 6% de casos do total (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020). Em 13 de abril de 2020, de um total de 231.287, apenas 1.578 presos (cerca de menos de 0,7%) haviam sido soltos no Estado de São Paulo, cujo Tribunal de Justiça negou 88% dos *habeas corpus* impetrados com motivo na pandemia (CONJUR, 2020). Ainda, houveram magistrados que fizeram “piadas” com a situação, fundamentando sua decisão que negou a liberdade à uma pessoa encarcerada dizendo que somente quem estava no espaço estava livre de contrair a doença (SICA; FERREIRA, 2020). A situação degradante do sistema penitenciário, notadamente no período de pandemia do novo coronavírus, não é exclusiva do sistema brasileiro, podendo ser encontrada em diferentes países, como por exemplo no Equador (G1, 2020).

Desta forma, delimita-se o tema e objetivo geral do presente artigo, constituindo-se como tratar acerca da necropolítica estabelecida em face das mulheres que se encontram privadas de sua liberdade durante a pandemia da Covid-19. Para o cumprimento de tal intento, estabeleceu-se os seguintes objetivos específicos: a) analisar a marginalização social das mulheres; b) analisar a situação das unidades prisionais brasileiras, principalmente com relação à prevenção e combate ao novo coronavírus; c) conectar os objetivos “a” e “b”, notadamente no específico e recortado *locus* (teórico e prático) da Necropolítica. A metodologia utilizada foi de pesquisa qualitativa, por intermédio de um método indutivo com análise documental.

Neste sentido, afigura-se como importante deixar claro ao(à) prezado(a) leitor(a) que não pretende-se abordar soluções definitivas para o problema mencionado, considerando que, como será exposto adiante, possui causas e consequências bastante complexas, mas diante do privilégio que a obra está inserida e da necessidade de humanização do tema, o intuito caracteriza-se como problematizar a questão.

2. A MARGINALIZAÇÃO FEMININA

Os ditames que pautam a sociedade brasileira podem ser explicados por intermédio de quatro correntes teóricas. A primeira teoria aponta que a mulher é considerada um objeto pelo homem, permitindo-se assim a dominação, exploração e opressão por ele, ocorrendo a manutenção da relação hierárquica e de poder, com a conclusão que o ser feminino é inferior

ao ser masculino (LENTA; ZALDUA; LONGO, 2016). Ademais, a teoria explica que a função do corpo feminino é apenas aquela relativa às atividades de mãe, esposa e filha e normalmente é desta forma que as mulheres são “engolidas” pelo sistema carcerário (POPADIUK; VEIGA, 2020).

A segunda corrente, da dominação patriarcal, inclui as interseccionalidades, raça e classe, sendo que o homem-branco-rico é o principal beneficiário desta forma de controle (SAFFIOTI; SANTOS, 2004). Importante ressaltar que pesquisa realizada pelo Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde (NOIS) do Departamento de Engenharia Industrial do Centro Técnico Científico da PUC-Rio apontou uma maior letalidade da Covid-19 entre pretos e pardos em razão de “fatores socioeconômicos” (O GLOBO, 2020).

Junto à terceira teoria, da dominação relacional, a mulher não é vista somente como resultado ou objeto da dominação exercida pelo sexo oposto, mas como cúmplice (SAFFIOTI; SANTOS, 2004). Por fim Pasinato (2005) trata da relação de poder, com a imposição da vontade masculina nas relações sociais. Desta forma, pode-se concluir que a marginalidade atribuída ao sexo feminino, igualmente quando é combinada com a interseccionalidade (raça e classe), é carregada ao cárcere, sendo a desigualdade ampliada nessa situação de privação de liberdade e desembocada e perpetuada no sistema prisional. É de conhecimento notório que as mulheres não costumam atingir grandes funções dentro na criminalidade, sendo que as que atingem podem ser conhecidas como “criminosas de verdade” e acabam se distanciando da figura usualmente associada ao feminino (BARCINSKI; CÚNICO, 2016). Percebe-se que igualmente ocorre ao mercado de trabalho formal há um verdadeiro teto de vidro que atingem as mulheres que escolhem ou são levadas ao cometimento de infrações penais.

Importante mencionar o motivo da escolha e do recorte do referido tema, as mulheres encarceradas durante a pandemia do novo coronavírus, ou seja, estão sob custódia e cuidados do Estado. Em primeiro lugar, as políticas públicas quando formuladas devem visar atender o maior número de pessoas possível e as mulheres representam baixa parcela desta população em específico (dos encarcerados), desta forma, já de início ocorre uma desigualdade entre os gêneros, tendo em vista que as políticas não são desenvolvidas para atender detidamente as necessidades das mulheres que encontram-se privadas de sua liberdade. Assim, as mulheres encarceradas são duplamente prejudicadas: primeiro porque há um estigma social referente ao preso (indiferentemente do sexo) e que dificulta a ação estatal para formulação de políticas públicas específicas para essa situação e, em segundo plano, como as mulheres encarceradas

representam baixa porcentagem dentro da população carcerária, não possuem políticas públicas específicas (JARDIM, 2020).

Em segundo lugar, como mencionado na introdução, grande parte das mulheres que estão sob esta situação cometeram, comprovadamente ou em fase de julgamento, o delito de tráfico de drogas. Usualmente, são influenciadas por seus parceiros e familiares para que pratiquem esta conduta. Diferentemente, quando são presas ocorre um abandono, familiar e conjugal, pautados na discriminação social teoricamente explicada acima, deixando-as sem apoio físico (de entrega de sacolas, que contém produtos de higiene e limpeza, como por exemplo) ou psicológico, indispensáveis sempre (SANTOS, SILVA, 2019) e com certa ênfase durante a pandemia. Acredita-se que a necessidade do apoio às detentas por aqueles que não estão inseridos no sistema carcerário foi ampliada na pandemia, em primeiro lugar pela necessidade de fornecimento de suplementos, principalmente de higiene e proteção pessoal, como por exemplo, fornecimento de álcool em gel ou máscaras, e em segundo lugar pelo apoio psicológico, seja com o fornecimento de informações sobre a situação familiar e social fora do cárcere, ou como um arrimo mental (SALES, DYNA, 2020). Assim, utiliza-se deste artigo como voz para essas mulheres, fazendo-se um pedido formal de atuação estatal para alteração dessa situação lamentável. Utiliza-se a presente oportunidade para expor um problema social que depende de políticas públicas específicas para mitigação ou solução da questão.

3. A SITUAÇÃO DO CÁRCERE BRASILEIRO

Giorgio Agamben (2008), na obra “O que resta de Auschwitz”, descreve a figura do *muselmann* afirmando que era:

(...) o prisioneiro que havia abandonado qualquer esperança e que havia sido abandonado pelos companheiros, já não dispunha de um âmbito de conhecimento capaz de lhe permitir discernimento entre o bem e o mal, entre a nobreza e a vileza, entre a espiritualidade e não espiritualidade. Era um cadáver ambulante, um feixe de funções físicas já em agonia.

Ressalvadas as devidas proporções, acredita-se ser possível a comparação do *muselmann* com os(as) confinados(as) no sistema prisional, principalmente durante a pandemia da Covid-19. Em contraste, ainda que exaltada a figura do(a) *stoic mujic* (“que quer dizer ‘o homem [ou a mulher] que fica em pé’ (...) ou o homem [ou a mulher] estoico[a], que sofre, mas não cai” [STRECK, 2016]), tem-se que esta alegoria demanda alimentação (seja ela natural e fisiológica ou relacionada à alguma esperança de tempos melhores) que não pode ser encontrada no cárcere brasileiro. Importante lembrar que os presídios, que já estão

colapsados, não são conhecidos por sua boa higiene, abrigando doenças que no mundo exterior podem ser consideradas erradicadas, como tuberculose e sarna, bem como são ambientes propícios para propagação de doenças, em especial as virais, como o novo coronavírus, considerando a impossibilidade de isolamento (com a inafastável aglomeração ocasionada pelas superlotações) e as condições de saúde precárias.

Com tais condições, os cárceres do sistema prisional brasileiro podem ser considerados o ambiente de erradicação de certos grupos sociais, principalmente àqueles que notadamente estão mais conectados ao cárcere, por questões sociais e históricas, como as mulheres, os negros, e os menos abastados. Em que pese a ausência de transparência dos números divulgados - circunstância que impede a dimensão da magnitude do problema, mas de igual forma assustam grandemente a quem se interessa pelo tema -, conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, no mês de maio de 2020 houve um aumento de 478% dos casos da referida doença (Covid-19) no sistema prisional (VEJA, 2020) e entre os meses de junho e julho houve um aumento de 99,3% (CONJUR, 2020). Desta forma, a elite, normalmente composta pelo homem-branco-rico acima descrito, que defende arduamente o aumento do encarceramento, cumpre seus objetivos de extermínio da população que considera fora dos seus padrões morais ou legais (por meio do fato social do crime e de sua criminalização (BARATA, 2002) e olvidando-se de outro fato de que a sociedade não brinda todos os sujeitos de igual forma e maneira (ZAFFARONI, 2019), acumulando-se na minoria os privilégios e na maioria as misérias [BECCARIA]), constituindo-se os presídios como o depósito de tais pessoas (TAVARES), podendo, novamente, ser comparado aos campos de concentração do Estado Nazista, ressalvadas as devidas proporções. O que não pode ser realizado em condições normais, será cumprido pelo encarceramento em tempos pandêmicos.

O medo da erradicação da vida, experienciada somente por parcela da população e normalmente a que compõe (atual ou futuramente) o cárcere, agora é vivenciado por toda humanidade, diante da incerteza provocada por esta nova doença. Não importa a raça, a classe social, o sexo, a religião, ou qualquer outra característica, o risco real de contrair a temida doença é constante e iminente. O desaparecimento dos corpos desumanizados, abandonados nos presídios, que são figuras puníveis, matáveis e “extermináveis”, que possuem vidas não choráveis (BUTLER, 2020), não causa, em grande parte da sociedade, o sentimento de luto, porque não são consideradas dignas para tal. Sabe-se que o objeto de pesquisa do presente artigo são as mulheres encarceradas, contudo, cabe frisar que todos(as) aqueles(as) envoltos(as) no sistema prisional, sejam os(as) detentos(as) ou os(as) agentes penitenciários,

são considerados(as) a escória da sociedade, não sendo objeto de preocupação positiva, exceto em delitos que são usualmente praticados pelas pessoas que “merecem” apreço, como as infrações penais conhecidas popularmente como “crimes do colarinho branco”, cujas mortes ainda importam (CALEGARI, 2020). Para o (a) caro (a) leitor(a) aprofundar-se acerca desta situação, convida-se, gentilmente, a ler as obras “desCasos” e “desCasos 2”, de autoria de Alexandra Szafir, a qual conta com sua escrita agradável diversas experiências que permitem uma compreensão mais completa acerca do que ocorre atrás das grades dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Desta forma, já com o reconhecimento do estado inconstitucional de coisas, declarado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347, que reconheceu a violação contínua de direitos humanos e fundamentais, questiona-se se há uma política estatal de morte e de genocídio nos cárceres e presídios brasileiros a partir do entendimento da Necropolítica do filósofo e teórico político camaronês Achille Mbembe, segundo o qual, inspirado no conceito de biopoder de Michel Foucault (ou seja, a atuação regulatória do Estado que visa concretizar o controle dos corpos da população)(FOUCAULT, 2015), a Necropolítica categoriza-se como a expressão do poder estatal de poder decidir arbitrariamente “quem pode viver e quem deve morrer” (MBEMBE, 2018).

Caso a preocupação com tais pessoas não seja argumento suficiente para alterar-se a situação que está estabelecida, partindo-se do viés egoísta da sobrevivência e de uma máxima utilitarista, lembra-se que essas mesmas pessoas, que não detém a atenção social, irão também ocupar leitos hospitalares caso adoçam. A adequada soltura de tais pessoas - que em grande parte são presos(as) provisórios(as), portanto, inocentes aos olhos da lei - não é a aplicação de um privilégio, mas o reconhecimento do direito constitucional à vida, preceito absoluto do Estado Democrático de Direito, em tese adotado pela Constituição da República. À guisa exemplificativa, são esses e outros argumentos que podem ser encontrados na ADPF nº. 684, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e que pede providências aos Poderes Executivo e Judiciário acerca de medidas a serem adotadas no sistemas de justiça penal e socioeducativo sobre a pandemia mundial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia mundial da Covid-19, que alcançou as terras brasileiras em meados do mês de março de 2020, agravou a situação das unidades prisionais, que já não apresentavam características que preservam os direitos fundamentais e humanos. Em que pese a edição de diferentes atos normativos, o direito à saúde, entre tantos outros, não é respeitado durante a privação de liberdade (de pessoas que estão sob custódia do Estado), fazendo com que a pena, decorrente da prática de infração penal, vá além de simples punição por ato cometido. A sociedade, com sua omissão, é conivente e declara a situação, de política de morte, conveniente, tendo em vista que ajuda a extirpar do seio da comunidade aqueles que não se enquadram em seus preceitos legais e principalmente morais, podendo constituir-se tais atitudes estatais como uma necropolítica em caso de postura ativa ou negligente (à condição humana) do Estado.

Dentre as pessoas que são simplesmente depositadas nestes lugares, que, ressalvadas as devidas proporções, podem ser comparados a verdadeiros campos de concentração assim como aqueles existentes ao longo do Estado nazista, encontram-se as mulheres. Estas já são marginalizadas socialmente por meio dos ditames estabelecidos por uma sociedade que possui em seus princípios o patriarcado e a dominação masculina. A violência de gênero praticada fora do cárcere é carregada aos cárceres e desemboca no sistema prisional, perpetuando-se, desta forma e maneira, a violação dos direitos destas mulheres.

5. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: homo sacer III**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCINSKI, Mariana; CUNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas: Retratos da vitimização e do protagonismo feminino. **Civitas, Rev. Ciênc. Soc.**, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 59-70.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. [s.l.]. Ed. Ridendo Castigat Mores, [s.d.].

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BUTLER, Judith. Judith Butler: **De quem são as vidas consideradas choráveis em nosso mundo público?**. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/babelia/2020-07-10/judith-butler-de-quem-sao-as-vidas-consideradas-choraveis-em-nosso-mundo-publico.html>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

CALEGARI, Luiza. **Morre na prisão ex-deputado Nelson Meurer, que teve domiciliar negada no STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-12/ex-deputado-teve-domiciliar-negada-stf-morre-prisao>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CNJ/CNMP. **Nota Técnica Conjunta nº 01/2020**, de 28 de abril de 2020. Nota Técnica referente à destinação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional em face da decretação de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional para o novo Coronavírus – Covid-19. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/Notatecnicaconjunta1.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução nº 01**, de 10 de abril de 2020. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2020/04/Resolucion-1-20-es.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CONJUR. **TJ-SP nega 88% dos Habeas Corpus motivados pela Covid-19**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/tj-sp-nega-88-habeas-corpus-motivados-covid-19>>, acesso em: 28 jul. 2020.

CONJUR. **Casos de Covid-19 no sistema prisional aumentam quase 100% em 30 dias**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-22/casos-covid-19-sistema-prisional-dobram-mes>>, acesso em 28 jul. 2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62**, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

DEPEN. **INFOPEN Mulheres**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

DEPEN. **INFOPEN**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTlZlZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 29 maio 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **STF resiste a pressões para soltar presos durante pandemia**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/stf-resiste-a-pressoes-para-soltar-presos-durante-pandemia.shtml>, acesso em 25 maio 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

G1. **Cerca 70% de 600 detentos de presídio no Equador estão com Covid-19.** Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/21/cerca-70percent-de-600-detentos-de-presidio-no-equador-estao-com-covid-19.ghtml>, acesso em 25 maio 2020.

JARDIM, Gabriela Gadeia Brito. Sistema Prisional Feminino e Políticas Públicas: um debate oportuno. **Caderno Virtual**, v. 1, n. 46, 2020.

LENTA, M. Malena; ZALDUA, Graciela; LONGO, Roxana G.. VIOLENCIAS DE GÉNERO: ACTORAS, PRÁCTICAS Y DISPOSITIVOS DE PREVENCIÓN Y ASISTENCIA. **Anu. investig.**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 23, n. 1, p. 151-161, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16862016000100015&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 06 abr. 2020.

Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Resolução nº 05**, de 15 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5-de-15-de-maio-de-2020-257390381>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional.** Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/acoes-e-programas/pnaisp/politica-nacional-de-atencao-integral-a-saude-das-pessoas-privadas-de-liberdade-no-sistema-prisional>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica.** São Paulo: N-1 Edições, 2018.

O Globo. **No Brasil, coronavírus é mais letal entre pretos e pardos, aponta estudo da PUC.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/no-brasil-coronavirus-mais-letal-entre-pretos-pardos-aponta-estudo-da-puc-24448404>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PASINATO, Wânia. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. **Plural-Revista de Ciências Sociais**, v. 12, p. 79-104, 2005.

POPADIUK, Milena; VEIGA, Jaqueline Fatima; MORO, Adriana. Entre as grades: o ser mulher em privação de liberdade. In: VIANA, Ana Cristina Aguilar et al (orgs). **Pesquisa, Gênero e Diversidade: memórias do III Encontro de Pesquisa por/de/sobre mulheres.** Curitiba: Íthala, 2020.

SALES, Thainá; DYNA, Eduardo. CORONAVÍRUS E PRISÕES: A importância do jumbo no sistema prisional paulista e as consequências de sua suspensão durante a pandemia. Disponível em: <<https://www.observatoriodeseguranca.org/imprensa/coronavirus-e-prisoes-a-importancia-do-jumbo-no-sistema-prisional-paulista-e-as-consequencias-de-sua-suspensao-durante-a-pandemia/>>, acesso em 08 jan. 2021.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. **Estudios interdisciplinarios de América Latina y el Caribe**, v. 16, n. 1, 2005.

SANTOS, Jessika Borges Lima; SILVA, Márcio Santana da. Encarceramento feminino: reflexões acerca do abandono afetivo e fatores associados. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 19, n. 46, p. 459-474, dez. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SICA, Leonardo; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. **Juízes criminais lavam as mãos diante do novo coronavírus**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opiniaio-juizes-criminais-lavam-maos-diante-coronavirus>, acesso em 25 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O fator stoic mujic, a juíza Kenarik e o papel dos advogados, hoje!**. In: Consultor Jurídico (ConJur). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-11/senso-incomum-fator-stoic-mujic-juiza-kenarik-papel-advogados-hoje>>. Acesso em 23 jun. 2020.

TAVARES, Juarez. **Parecer elaborado a pedido do Professor Doutor Daniel Sarmiento, Coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**. Disponível em: <<https://www.prerro.com.br/funcionamento-do-sistema-carcerario-no-brasil-parecer-do-professor-juarez-tavares/?fbclid=IwAR1KygM6FEGCcOIPedwhZmRuOwaKNn6qfTiWNHVwpSo5vFI62jqp1az6Z58>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

Veja. **Covid-19 avança entre presos e agentes e espalha tensão nos presídios**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/covid-19-avanca-entre-presos-e-agentes-e-espalha-tensao-nos-presidios/>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAPÍTULO 4

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INTERNAMENTO COMPULSÓRIO DO USUÁRIO DE DROGAS E A COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tharsila Tom, graduanda em direito pelo Centro Universitário – UNIFACEAR, formada em psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

RESUMO

O conteúdo tratado neste trabalho irá apresentar a perspectiva da internação compulsória aplicada ao dependente químico, espécie esta que é realizada sem o consentimento do usuário de drogas e analisar as questões constitucionais ao tema. A internação compulsória surge como uma medida de tratamento com o objetivo de ajudar dependentes químicos que se encontram em extrema vulnerabilidade e que colocam em risco a sua própria vida. A mesma será analisada a partir dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988, especialmente o direito à vida, o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana. Tal medida gera polêmica por comportar duas vertentes distintas: de um lado aqueles que acreditam que a medida é uma violação do direito à liberdade (ir e vir, autonomia da vontade), e do outro existem aqueles que acreditam que ela é uma medida de proteção à vida. Foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica exploratória, para a sua realização e conclusão, analisando a aplicação da medida de internação compulsória frente aos direitos fundamentais e utilizando-se do princípio da ponderação a fim de sanar a colisão existente entre os princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalidade; internamento compulsório; princípios constitucionais; colisão de princípios.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a analisar a internação compulsória aplicada aos usuários de drogas e as questões constitucionais pertinentes aplicadas ao tema, como, por exemplo, a teoria dos direitos fundamentais aos quais o indivíduo não convive, ou, sobrevive.

Na elaboração deste estudo foi utilizada pesquisa exploratória, na forma de pesquisa bibliográfica, analisando a aplicação da medida de internação compulsória frente aos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988 e inerentes aos usuários de droga, como o direito à vida, o princípio da dignidade humana e o direito à liberdade, a fim de solucionar a colisão existente entre eles ao contraporem-se.

Para tal, inicialmente definem-se quais os direitos inerentes a medida de internação compulsória, definidos pela Constituição Federal de 1988, encontrando-se o princípio da

dignidade da pessoa humana, o fundamento basilar à existência dos direitos fundamentais. O direito à vida, em paralelo com o direito à existência e sua dupla extensão, a de continuar vivo e à vida digna. Bem como, o direito à integridade física, tendo como objetivo resguardar o corpo e à saúde mental do usuário de drogas. Também, o direito à liberdade, fundado especialmente na autonomia da vontade e na possibilidade de decisão, bem como seu desdobramento no direito e deslocamento (ir e vir).

A medida de internação compulsória será conceituada e explicada, com fulcro na Lei nº 10.216/01, a Lei da Reforma Psiquiátrica, lei esta que regulava e regulamentava a internação compulsória, onde havia o cuidado ao aplicar tal medida com a realização do diagnóstico por um médico capacitado, haja vista que as drogas causam danos aos usuários e esses devem ser avaliados com cuidados para então indicar o tratamento adequado em cada caso. Até a mudança na aplicação dessa medida, com a nova Lei de Droga, lei 13.840/19, em que os requisitos para tal medida de internação foram mudados.

A análise destes elementos, bem como a colisão entre os princípios constitucionais conflitantes, demonstrados neste trabalho buscam levantar a questão: o internamento compulsório, é ou não, (in) constitucional?

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As características dos direitos fundamentais são diversas, uma vez que não são matéria pacífica, haja vista seu conteúdo extenso e não uniforme. Desta forma, buscar-se-á sintetizar os aspectos centrais concernentes aos direitos e garantias fundamentais aplicados com relação ao internamento compulsório de usuários de drogas.

Inicialmente, temos o direito à vida, direito inviolável, irrenunciável, indisponível e requisito para a existência e fruição de todos os demais direitos e garantias previstos no art. 5º caput da Constituição Federal de 1988.

Alexandre de Moraes (2017, p. 35) afirma que a garantia individual à vida se dará pelo ponto de vista biológico, iniciando-se com a nidação e o início da gravidez, cabendo ao jurista dar-lhe o enquadramento legal. Desta forma, a vida quanto a sua existência física e vida digna, é protegida pela Constituição Federal desde o ventre materno, sendo este seu direito basilar, bem como o direito à dignidade humana.

Desta forma em uma dimensão positiva, o Estado é o garantidor e promotor da proteção ao direito à vida. Devendo adotar medidas que protejam este direito, sejam estas medidas na implantação e melhoria no direito à saúde, medidas de segurança pública, ou

outros que inibam práticas que atentem contra a vida. Restando demonstrado que a vida humana é o bem mais precioso e este deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico, fazendo-se assim necessárias medidas para garantir sua proteção.

No entanto, Macêdo (2018, p. 02) levanta algumas indagações acerca da indisponibilidade do direito à vida, sendo a resposta para essa questão negativa, porém, mesmo sendo um direito fundamental de primeira grandeza, haverá hipóteses tanto constitucionais como legais admitindo sua flexibilização, como por exemplo, a legítima recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová.

Desta forma a ordenação jurídica não pode refutar as escolhas existenciais legítimas do indivíduo, ainda que estas resultem em risco para sua vida ou integridade física. Ao assumir o risco, o sujeito não estará renunciando ao seu direito à vida, pois irá se tratar de uma escolha esclarecida, baseada em suas experiências pessoais e que o definiram como ser humano, um sujeito de direitos e merecedor de dignidade.

Nesta vertente, outro direito atribuído a todo ser humano, segundo a carta magna, é o direito à liberdade, este também presente em seu art. 5º caput, fundamentado no direito de escolha, autonomia, refletindo-se não apenas na esfera pessoal do indivíduo, mas também em seu convívio interfamiliar e social, tendo seu exercício restrito, pois onde termina minha liberdade começa a do outro, respeitando assim os limites impostos pela lei.

Silva (2005, p. 33) irá conceituar o direito à liberdade:

É poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo em liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrária à liberdade. (SILVA, 2005, p.33)

Destaca-se neste dispositivo alguns aspectos apresentados pelo mesmo, como o direito de deslocamento, o de permanecer, o de sair e entrar, em resumo o direito de ir e vir. No entanto, deve-se ter em mente que este direito não é ilimitado, encontrando limitações em outros textos legais, bem como a privação desse direito excepcional, devendo ser analisados os demais direitos e garantias fundamentais, respeitando o princípio da legalidade e o devido processo legal.

É importante observar que a partir da liberdade encontraremos o princípio da autonomia da vontade que estará atrelado às liberdades existenciais e ao direito do ser humano de fazer suas próprias escolhas. A análise da autonomia deve-se focar em requisitos

exigidos por lei, especialmente no código civil, que irá dispor sobre a capacidade jurídica e seu discernimento.

De acordo com Mello (2017, p. 95) a capacidade de direito será “ a capacidade de gozo e a aptidão para ser titular de seus direitos e deveres no mundo jurídico ”. O autor, ao mencionar a capacidade de fato ou a capacidade de exercício, refere-se a aptidão para prática dos atos jurídicos, visando a aquisição, modificação ou extinção das relações jurídicas, no entanto, ao citar a capacidade de fato, encontra-se uma variável, já que esta dependerá do entendimento e vontade da pessoa.

Mello (2017, p. 96) afirma que a incapacidade ou a falta de capacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, sendo que haverá um fundamento jurídico para a proteção aos incapazes, com restrição da lei as realizações dos atos da vida civil por estas pessoas, sem a representação ou assistência de seus pais, tutores ou curadores na forma da lei. Reconhecer a capacidade de uma pessoa em tomar suas próprias decisões é essencial para que a mesma possa decidir sobre sua vida e participar da sociedade.

Nesta análise, chegamos então ao princípio da dignidade humana que irá constituir fundamento básico para a existência dos direitos fundamentais, já que o indivíduo pelo simples fato de ser humano é por natureza possuidor de dignidade.

Carvalho Ramos (2018, p. 84) conceitua o princípio da dignidade humana:

A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegurar condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc. (Carvalho Ramos, 2018, p. 84)

Desta forma irá verificar-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que impõe limites sobre a atuação do Estado, também determina que o Estado promova garantias mínimas de sobrevivência e subsistência da pessoa humana, sem qualquer tipo de discriminação e sendo inaceitável seu descumprimento.

Tal como o direito à vida, à liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, serão de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Cabendo ao Estado suas garantias em seu pressuposto de convivência pacífica em sociedade, à subsistência, vida digna, sem qualquer tipo de discriminação.

Estas considerações serão pertinentes no que se refere aos dependentes químicos de drogas e as medidas de tratamento designadas para os mesmos, especialmente a internação compulsória, pois esta trará conflitos entre os valores dos direitos fundamentais, onde se tem o Estado garantidor de direitos e a medida de internação compulsória ferindo tais direitos.

3. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO USUÁRIO DE DROGAS

A respeito da internação do dependente químico, o Brasil não irá possuir uma legislação específica a disciplinando até o ano de 2019, desta forma, era aplicada a Lei 10.216/2001, que regulamentava a internação de indivíduo portadores de transtornos mentais em seu art. 6º:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, 2001)

No entanto, no dia 6 de junho de 2019 foi sancionada, com a publicação pelo Diário Oficial da União, o texto da Lei. 13.840/19, que irá permitir a internação compulsória de dependentes químicos sem a necessidade de autorização judicial, dispões o texto da lei:

Art. 23-A. O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam:

(...)

§ 5º A internação involuntária:

I - Deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável;

II - Será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde;

III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;

IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento. (BRASIL, 2019)

De acordo com Almeida (2019, n.p) é preciso destacar alguns pontos relevantes da mencionada lei. Primeiramente, o requerimento para a internação do dependente poderá ser feito de forma administrativa pela própria família ou pelo responsável legal deste, esta será feita diretamente no próprio estabelecimento de internação, ou, no centro de regulação quando se tratar do SUS (Sistema Único de Saúde), porém, caso o dependente não possua família ou responsável legal, o pedido para a internação do mesmo poderá ser feito por servidor da área de saúde, assistência social ou de órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD).

Almeida (2019, p. n.p) salienta que ao se tratar de uma nova legislação, ocorrerá eventuais discussões jurídicas acerca da intervenção do Estado, já que a mesma poderá ser considerada arbitrária por não respeitar a vontade do indivíduo em receber o tratamento adequado.

Também se ressalta que a Lei. 13.840/19 modifica a Lei de Drogas de 11.323/2016, considerada essas modificações um retrocesso nas conquistas estabelecidas com a Política Nacional de Atenção Integral aos Usuários de Álcool e Outras Drogas, construída a partir da Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001), um marco na Luta Antimanicomial ao estabelecer a importância do respeito à dignidade humana ao usuário de drogas e pessoas com transtornos mentais no Brasil.

De acordo com Teixeira (2015, n.p) há um intenso questionamento acerca da internação compulsória, pois, especialistas argumentam que esta seria uma política pública desumana e higienista, implicando desta forma na perda de direitos fundamentais.

Críticas da área da saúde apontam que a internação involuntária não é a solução ao cenário nacional de abuso de drogas e dependência química, acreditando que a melhor abordagem seria a adoção de políticas de assistência social, de saúde, de fomento ao trabalho e ampliação de habitações. Também é apontado que a internação compulsória, não seria totalmente eficaz, pois é o tratamento contra a vontade de paciente e estatisticamente apenas dois em cada dez pacientes internados sob este sistema tem sucesso em seu tratamento.

No entanto, Teixeira (2015, n.p) menciona que a constitucionalidade da internação compulsória está presente como meio assecuratório dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal, especialmente o caput do art. 5º, onde fica evidente que a finalidade da medida é a proteção ao direito à vida do toxicodependente e da sociedade de modo indireto. Também visa garantir o próprio direito à liberdade, maior fundamento das críticas sobre o tema, já que o tratamento decorrente da internação busca retomar o discernimento do paciente que foi perdido em decorrência das drogas, possibilitando desta forma que ele seja reinserido na sociedade e em suas relações pessoais e familiares.

Outros direitos que serão garantidos de acordo com Teixeira (2015, n.p), são o direito à saúde, como um direito social presente no art. 6º e art. 196 da Constituição Federal de 1988, sendo o mesmo o respaldo para o tratamento compulsório já que o uso de drogas ilícitas de modo abusivo ou qualquer droga que leve a dependência é uma afronta a este direito.

4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE USUÁRIOS DE DROGAS

As intervenções de internação compulsória suscitaram uma série de críticas e posicionamentos, tanto contra, quanto a favor, por juristas, médicos e psiquiatras.

Tratando-se de posicionamentos distintos, duas são as correntes que abordam o assunto em questão. O Conselho Regional de Psiquiatria de São Paulo (2015), manifestou-se contrário a ação de internação compulsória, a considerando como uma violência do Estado a população, também mencionam que esta modalidade contribui para a exclusão e o isolamento social, sem trazer benefícios reais para o usuário de droga, é também, no ponto de vista do Conselho, uma violação aos direitos e princípios da Reforma Psiquiátrica Antimanicomial, também defenderam que o tratamento deve ser feito com base na liberdade e na dignidade dessas pessoas. Desta forma também se posicionou o Conselho Regional de Psicologia do Estado do Rio de Janeiro e o Conselho Federal de Psicologia, ambos se manifestaram alegando que a ação é contrária a tudo que é esperado das políticas de saúde e assistência.

Fica claro que os posicionamentos contrários a aplicação da medida de internamento compulsório, em suma, argumentam que essa medida é uma prática de restrição da liberdade de ir e vir, o que torna a medida inconstitucional, já que está privando o outro de sua liberdade e ferindo direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988.

Para os defensores da medida de internação compulsória, esta medida seria utilizada apenas em casos mais graves, pois seria a alternativa mais segura.

Laranjeira (2012, n.p), argumenta que a pessoa com necessidade de internação à força está em situação grave, na qual não tem discernimento sobre o que é o melhor para ela. Com o passar dos dias e da crise inicial, ela começa a ter condições de analisar a situação e acabar, por fim, concordando com o tratamento. De acordo com o autor, a internação compulsória deveria ser vista como um ato de solidariedade e não cárcere privado.

Juristas favoráveis a essa modalidade de internação entendem que a internação compulsória não fere direitos fundamentais, já que busca preservar e resgatar a dignidade perdida desses cidadãos. Argumentam também que a liberdade do indivíduo já está reduzida pelo uso da droga, fazendo-se então necessário a preservação do direito à vida, o que é um direito primordial para que os demais direitos sejam garantidos.

Desta forma, observa-se que a polêmica acerca do internamento compulsório surge na constitucionalidade ou não desta medida, pois existe uma contradição entre os direitos à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade. Há de um lado a internação afrontando a liberdade do usuário e, por outro, a medida como alternativa para a proteção de seu direito à vida. Isto nada mais é do que a colisão de direitos fundamentais.

5. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO INTERNAMENTO COMPULSÓRIO

Todos os direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano, esta visão consagra e protege o princípio da dignidade da pessoa humana, serão então, a essência central do ordenamento jurídico e estão diretamente ligados ao Estado democrático de direito e estes terão sua efetividade assegurada pelo Estado, como fica demonstrado na Constituição Federal em seu preâmbulo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais abordados neste estudo irão decorrer do princípio da dignidade da pessoa humana, porém, não poderá se falar em hierarquia entre eles, já que é incompatível com a função de um Estado democrático de direito, pois todos estes direitos usufruem da mesma proteção constitucional.

Desta forma a colisão dos direitos irá ocorrer quando dois ou mais direitos que são assegurados e protegidos pela constituição em algum momento irão se encontrar em dissensão e confronto. Conforme Steinmetz (2001, n.p) apud Fernandes (2002, n.p) elucida, sempre haverá conflito quando a constituição vier a defender paralelamente dois valores ou bens em contradição concreta.

Fica evidente que não há possibilidade de um ou mais direitos fundamentais serem superiores aos demais, o que ocasionaria um esvaziamento do conteúdo dos mesmos, não ocorrendo o escalonamento e tendo como resultado um mesmo patamar constitucional para todos. Segundo Fernandes (2002, n.p), deve-se atentar-se ao fato que os direitos fundamentais possuem limites abertos, sendo que é por esse fato que ocorrem conflitos, já que se considera que não haverá uma amplitude fixa de forma prévia.

[...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstrato. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões in concreto. (STEINMETZ, 2001, n.p apud FERNANDES, 2002, n.p)

Fernandes (2002, n.p) neste contexto, menciona que é correto afirmar que a colisão entre os direitos fundamentais irá ocorrer justamente por não haver limitações fixadas, estes

são móveis e cada direito encontrará seu limite sempre que for colocado frente a outro, dependendo então, de cada caso concreto para a resolução desse conflito.

A resolução desses conflitos será de alçada judicial, segundo Steinmetz (2001, n.p) apud Fernandes (2001, n.p), primeiro porque compete ao poder judiciário pronunciar-se sobre qualquer questão, em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional, bastando que para isso invoque a sua apreciação por meio dos mecanismos processuais adequados. Segundo, pois a colisão se dá em concreto. Terceiro, por mais hipóteses de colisão que se possa prever, em abstrato, os legisladores jamais conseguiram oferecer uma enumeração completa.

A colisão do tema abordado reside exatamente no ponto em que o dependente químico, em suposto risco iminente à própria vida, resiste à internação compulsória para o seu tratamento, pois este seria o foco principal da internação compulsória: um meio de proteção ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, mas também, como uma afronta ao direito à liberdade de ir e vir e a autonomia da vontade do indivíduo, pois a mesma poderá ser considerada uma violação de seus direitos fundamentais.

Alexy (1997, n.p) apud Fernandes (2002, n.p) irá classificar a colisão de direitos fundamentais em dois tipos: a colisão de direitos em sentido estrito e a colisão de direitos no sentido amplo. Nas colisões de direito em sentido estrito, se encontram aqueles que são considerados idênticos ou diferentes, mas que irão envolver a realização do direito fundamental de um titular com consequências negativas sobre direitos fundamentais de outro titular. Entretanto, na colisão de direitos em sentido amplo, temos o conflito entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição Federal.

Fernandes (2002, n.p) ressalta que resolver casos de colisão de direitos fundamentais não é uma tarefa fácil, visto que todos eles têm hierarquia idêntica e estão previstos na carta magna da nação. Desta forma, para que haja resolução nesses casos, é fundamental a observação dos princípios instrumentais constante na constituição federal, especialmente o princípio da unidade constitucional, da máxima efetividade e da concordância prática. Fica claro que o conflito entre os direitos fundamentais não é de simples resolução, onde um direito fundamental é sacrificado em prol dos outros, todos devem ser observados e considerado cada caso de forma isolada para que se passa resolver de forma eficiente. Assim, sempre que houver a colisão de princípios constitucionais ficou convencionado utilizar-se o princípio da proporcionalidade, como objetivo de equilibrar as relações entre o Estado e os sujeitos de direito.

Segundo Fernandes (2002, n.p) o princípio da proporcionalidade, como seu nome sugere, relaciona-se com a palavra proporcional em seu sentido literal. Deste modo, é necessário perceber a proporção entre os direitos fundamentais em conflito, observando-se qual deles possuirá maior eficácia de acordo com cada caso. Assim, ainda que possuam a mesma hierarquia, o princípio da proporcionalidade poderá ser aplicado como um instrumento de interpretação constitucional. Os direitos fundamentais encontram seus limites em outros direitos fundamentais e daí surge a colisão, porém, para que eles sejam aplicáveis devem ser ponderados.

Steinmetz (2001, n.p) apud Fernandes (2002, n.p), menciona que o princípio da proporcionalidade irá se dividir em subprincípios, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação Steinmetz (2001, n.p) apud Fernandes (2002, n.p), explica que irá consistir em um elemento de análise onde se investiga se a medida tomada é de fato apta, útil e idônea para que se consiga atingir seu objetivo, assim, esse princípio também poderá ser chamado de princípio da idoneidade ou conformidade e irá possuir caráter empírico, fazendo-se anotações acerca da finalidade a ser atingida e aos meios que estão sendo utilizados para tanto, julgando-os adequados ou não.

Já o subprincípio da necessidade, de acordo com Steinmetz (2001, n.p) apud Fernandes (2002, n.p), irá salientar que haverá uma verificação dentre os vários meios idôneos aquele que será menos grave para a atividade do direito fundamental que irá interpretar. Ressalta-se que esse princípio também poderá ser conhecido por exigibilidade, indispensabilidade ou intervenção mínima, o qual irá excluir apenas aquele que se mostrar menos danoso para cada caso em questão.

No caso do princípio da proporcionalidade em sentido estrito Fernandes (2002, n.p), irá destacar que se tem a ponderação de forma propriamente dita, com a finalidade de averiguar o equilíbrio entre uma decisão normativa e o objetivo que será buscado, visando verificar se os meios utilizados foram adequados em relação ao objetivo, ou, verificar se os meios e os fins são proporcionais.

Seguindo nessa linha, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana irão encontrar seus limites no direito à liberdade em se tratando de um caso concreto de internação compulsória, tendo o Estado com o dever de garantir ao dependente químico o seu direito à vida e a sua dignidade, porém, ao mesmo tempo ferindo o direito à liberdade deste

indivíduo ao deferir a medida de internação compulsória, cabendo assim a aplicação do princípio da proporcionalidade e a realização da ponderação.

De acordo com Alexy (2008, p.93), em virtude do bem ou valor que se pretende tutelar, não irá invalidar o princípio cedente.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p.93)

É importante salientar que alguns critérios devem ser observados para que haja a autorização da medida de internação compulsória. Anteriormente era imprescindível que o pedido estivesse instruído conforme o exigido no art. 6º da Lei 10.216/01. Entretanto, houve uma significativa mudança nos termos do internamento involuntário com o advento da Lei. 13.840/19, lembrando que a internação compulsória deve ser aplicada em casos extremos, onde o dependente químico não é mais capaz de discernir de maneira racional, se encontrando em extrema vulnerabilidade social, vivendo de maneira degradante e à mercê das drogas.

Os entendimentos dos tribunais diante do internamento compulsório vêm em sentido a preservar o direito à vida, concedendo a tutela jurisdicional para que seja procedida a internação do dependente químico, as decisões vêm no sentido de fortalecer a ideia principal da conservação da vida do indivíduo e de sua saúde, pois demonstram que a pessoa afetada pela drogadição perde sua capacidade de autodeterminação, dessa forma o seu direito à liberdade deve ser afastado para que a internação ocorra, como é demonstrado com os julgados.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO CONTRA O CRACK. AVALIAÇÃO PSIQUIÁTRICA PRÉVIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE AVALIAÇÃO E, CASO NECESSÁRIO, INTERNAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL: REsp: 1.0671.18.000544-7/0010005447-29.2018.8.13.0671 Relator: Desembargador Paulo Balbino. DJ: 19/06/2019. TJMG, 2019.)

Neste caso o pedido inicial havia sido negado, em primeira instância e então reformada a decisão mediante a interposição de recurso, que autorizou o internamento do

dependente na modalidade compulsória, fundamentada pelo art. 6º da Lei 10.216/01, a respeito, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, posicionou-se:

A despeito da exigência contida no art. 6º da Lei n.º 10.216/01, entendimentos recentes desta Corte vêm garantindo a possibilidade de que o pedido de internação compulsória venha, até mesmo, desacompanhado de prévia avaliação médica quando evidente a situação de urgência no tratamento, podendo o exame ser realizado no curso do feito, por determinação judicial, diante de sérios indícios da gravidade do estado da pessoa a ser avaliada, expondo à situação de risco a própria saúde e de seus familiares. (TJMG. AGRADO DE INSTRUMENTO: REsp: 10024133558239001 MG, Relator: Peixoto Henriques. DJ: 10/06/2014, TJMG, 2014.)

Bem como o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DEPENDENTE QUÍMICO. PARECER DO NAT DESFAVORÁVEL. INEXISTÊNCIA DE LAUDO MÉDICO PRESCREVENDO A INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIMINAR INDEFERIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. É cediço que a saúde é um direito de todos e a sua garantia é um dever que compete comumente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, todavia, embora venha reiteradamente firmando entendimento, no sentido de que deve haver disponibilização de internação compulsória àqueles que necessitem e que não podem por qualquer motivo custeá-los, no caso posto em julgamento, o pedido da agravante não demanda perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. 2. Segundo a Lei Federal nº 10.216/01, a internação psiquiátrica, que pode ser voluntária, involuntária e compulsória, somente será realizada mediante a apresentação laudo médico circunstanciado, elaborado por médico devidamente registrado no respectivo conselho profissional e desde que os recursos extra-hospitalares se mostrem insuficientes. 3. No presente caso, o que se vê dos autos é que inexistente laudo médico elaborado por profissional competente prescrevendo a internação compulsória do menor. Outrossim, depreende-se das informações prestadas pelo NAT que, no caso dos autos, para que ocorra a internação compulsória é necessário o esgotamento do tratamento ambulatorial, fato que não restou demonstrado. 4. Portanto, sem se olvidar da relevância da questão familiar vivida, os relatos dos familiares, bem como as informações colhidas pelo CAPS, não se afigura suficiente, neste momento processual, a autorização do deferimento de medida liminar com expressivas repercussões como é o caso da internação compulsória, notadamente, considerando a ausência de laudo médico que ateste sua necessidade. 5. Recurso conhecido e improvido. (TJTO. AGRADO DE INSTRUMENTO: REsp: 0000328-73.2018.8.27.0000 TO Relator: Angela Maria Ribeiro Prudente. DJ: 12/01/2018. TJTO, 2018.)

Este entendimento também vinha sendo aplicado e ainda se aplica por outros tribunais pelo Brasil, tal qual o Tribunal de Justiça de São Paulo:

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. Dependente químico. Praia Grande. Usuário de 'crack' resistente ao tratamento. Internação compulsória pedida pela mãe. Liminar concedida. 1. Legitimação ativa. Ministério Público. A alegação é fruto de um engano. A ação não é proposta pelo Ministério Público, que sequer oficia nos autos. 2. Internação compulsória. Dependente químico. A autora demonstrou suficientemente o tratamento sempre interrompido do filho e, embora não provado o perigo que a presença do filho acarreta, não há contraposição, a alegação tem fundamento na experiência comum e não há razão para a interferência do tribunal, uma vez que o juiz está mais perto dos fatos. A alegação de perda de objeto deve ser levada ao juiz do processo. A jurisprudência tem admitido a obrigação do Estado e do Município oferecer tratamento aos dependentes químicos. Agravo a que se nega

seguimento. Aplicação do art. 557 do CPC. (TJSP. AGRADO DE INSTRUMENTO: REsp: AI 2015615-11.2014.8.26.0000 SP 2015615-11.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Luís Francisco Aguiar Cortez. DJ: 01/07/2014. TJSP, 2014.)

E mais recentemente, após o advento da Lei 13.840/19, os Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e Paraná.

REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - DIREITO À SAÚDE - ARTIGOS 6º e 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL -- NECESSIDADE COMPROVADA - SENTENÇA MANTIDA.

A saúde constitui um direito de todos os indivíduos e um dever do Estado, a quem compete implementar políticas sociais e econômicas visando ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, em conformidade com o disposto pelos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Ressalta-se, neste contexto, representar o direito público subjetivo à saúde uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas, traduzindo bem jurídico constitucionalmente tutelado, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Quando se denota comprovada por meio de relatório médico fundamentado a necessidade da internação em clínica especializada, nos termos previstos na Lei n. 10.216/01, deve ser deferida a internação do paciente. Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL: REsp: 1.0671.18.000544-7/0010005447-29.2018.8.13.0671 Relator: Desembargador Paulo Balbino. DJ: 19/06/2019. TJMG, 2019.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. PACIENTE. DEPENDENTE QUÍMICA. USUÁRIA DE “CRACK” E GESTANTE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE EVIDENCIAM A EXTREMA VULNERABILIDADE SOCIAL. RECUSA AO TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. DEVER DO ENTE PÚBLICO DE GARANTIR PROTEÇÃO E TRATAMENTO AOS USUÁRIOS DE DROGAS. DISSEMINAÇÃO DA SUBSTÂNCIA DENOMINADA “CRACK”. QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA. INTERVENÇÃO JUDICIAL RESTRITA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA PARA CONCRETIZAÇÃO DA MEDIDA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. AFASTADO. No caso concreto, há indícios probatórios relevantes que demonstram que a paciente é dependente química e encontra-se em estado de extrema vulnerabilidade. Por isso, a tutela de urgência destinada à concretização do internamento compulsório deve ser mantida, e, por ora, não materializa ingerência indevida do Poder Judiciário, tampouco há omissão do princípio da reserva do possível, pois não foram indicados elementos de que o Poder Público Municipal não possui condições para oferecer o tratamento psiquiátrico almejado. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR. AGRADO DE INSTRUMENTO: REsp: 0053721-79.2019.8.16.0000 PR 0053721-79.2019.8.16.0000 Relator: Desembargador Nilson Mizuta. DJ: 17/02/2020)

Ainda que o direito à liberdade não seja um direito absoluto perante os demais constitucionalmente garantidos, há de haver uma proporcionalidade e uma razoabilidade na restrição de tal direito que acarretasse em resultados e efetiva melhora de vida e oportunidade para estas pessoas. No entanto, se vê que na prática os resultados não são bons e muitas vezes esses usuários são estigmatizados, vitimados e aprisionados por uma política preconceituosa e segregacionista.

Quando se fizer necessária a aplicação da medida de internação compulsória, destaca-se que precisam ser observados os princípios constitucionais que a permeiam e está deverá estar revestida de legalidade e sob a égide dos princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, todos os direitos constitucionais terão sua importância e valor, mas como verifica-se muitas vezes estes podem entrar em conflito um com o outro, nesses casos, deve-se ponderar a melhor forma de obter a solução, de modo a privilegiar o mais adequado no caso concreto.

A utilização do método da ponderação no caso da internação compulsória, após a realização do procedimento prévio e regular ao demonstrar sua necessidade e pertinência, em se tratando de usuários crônicos de drogas, poderá devolver a ele a possibilidade de viver dignamente, atendendo a proporcionalidade em sentido estrito, pois as vantagens irão superar as perdas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medida de internação compulsória dos usuários de drogas, está em conformidade com o ordenamento jurídico, possuindo a sua base normativa antes com a Lei 10.216/01 e no presente momento com a nova Lei de Drogas, a Lei 13.840/19, assim como princípios constitucionais concernente, como no direito à vida, no direito à liberdade (autonomia da vontade e o direito de ir e vir), bem como conduzidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, verificou-se a existência de uma colisão entre os direitos fundamentais devido a limitabilidade dos mesmos, residindo no ponto em que o dependente de drogas resiste à internação para o seu tratamento. Surge então a necessidade de analisar as hipóteses, a internação como um meio de assegurar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana ou se tal medida fere o direito à liberdade dessas pessoas.

A partir da análise do caso concreto, como forma de elucidar o conflito entre estes direitos fundamentais, bem como as possibilidades jurídicas do mesmo, a solução encontrada foi a aplicação do princípio da proporcionalidade, realizando a ponderação entre os direitos colidentes. Sendo assim, preenchida as condições supracitadas, a internação compulsória do usuário de drogas é constitucional, já que o consumo excessivo de drogas o faz perder seu discernimento. É incontestável que o direito à vida deverá ser levado em consideração nestes casos em específico, pautado no princípio da dignidade humana, como meio de assegurar os demais direitos e garantias constantes na Constituição Federal de 1988. Entretanto, deve-se salientar que a aplicação da medida de internamento involuntário, contrária a vontade do

usuário, que visa resguardar o seu direito à liberdade. Surgindo assim o conflito entre os princípios constitucionais e sendo necessário o uso do princípio da proporcionalidade em sentido estrito para a solução dos mesmos.

Desta forma, se o pedido de internação involuntária não estiver devidamente instruído por laudo médico, assim como sua situação de dependência poderá ser passível de aplicação e outras medidas, que não a modalidade de internação compulsória, sua aplicação será constitucional, pois, o paciente encontra-se em seu discernimento, sendo a falta deste uma das condições para que ocorra o internamento involuntário.

Por fim, o fenômeno da internação compulsória vem com a finalidade de criar uma sociedade livre das drogas, em meio à um problema social que é o da dependência química, porém, a mesma ocasiona uma contradição, qual seja a sua (in) constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Juliane Franco de Sousa; **Internação Compulsória do Dependente Químico com advento da lei 13.840/19**. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/316373/internacao-compulsoria-do-dependente-quimico-com-o-advento-da-lei-13840-19>>. Acesso em: 23 de Fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei 10.216 De 6 de Abril de 2001**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 23 de Fevereiro de 2020

BRASIL. **Lei 13.840/2019 Nova Lei de Drogas**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm>. Acesso em: 23 de Fevereiro de 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de Fevereiro de 2020.

CONSELHO REGIONAL DE PSIQUIATRIA DE SÃO PAULO. **Internação Compulsória**. Disponível em: <http://www.crpssp.org.br/PORTAL/comunicacao/artes-graficas/internacao_compulsoria/internacao_compulsoria_verso.pdf> Acesso em: 18 de Maio de 2020.

FERNANDES, Ana Carolina. **A Colisão de Direitos Fundamentais e a Aplicação do Princípio da Proporcionalidade Para a Solução de Conflitos**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-colisao-direitos-fundamentais-aplicacao-principio-proporcionalidade-para-solucao-conflitos.htm>> Acesso em: 20 de Maio de 2020

LARANJEIRA, Ronaldo. **O Tratamento do usuário de crack**. 1 ed. Porto Alegre: Editora Artmed, 2012

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Parte Geral**, 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

MORAES, Alexandre De. **Direitos Humanos Fundamentais**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

RAMOS CARVALHO, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

SILVIA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25. ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2005.

TEIXEIRA, Jéssica. **Análise Constitucional acerca da Internação Compulsória**. 2015. Disponível em: <<https://jessicatds.jusbrasil.com.br/artigos/151843446/analise-constitucional-acerca-da-internacao-compulsoria>> Acesso em: 23 de Abril de 2020.

TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REsp: 10024133558239001 MG, Relator: Peixoto Henrique. DJ: 10/06/2014, TJMG, 2014. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123892095/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024133558239001-mg/inteiro-teor-12389215>> Acesso em: 20 de Maio de 2020

TJMG. APELAÇÃO CÍVEL: REsp: 1.0671.18.000544-7/0010005447-29.2018.8.13.0671 (1) Relator: Desembargador Paulo Balbino. DJ: 19/06/2019. TJMG, 2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=30EDC3915973BFBE26C7303FF17205BB.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0671.18.000544-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em: 20 de Maio de 2020

TJPR. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REsp: 0053721-79.2019.8.16.0000 PR 0053721-79.2019.8.16.0000 Relator: Desembargador Nilson Mizuta. DJ: 17/02/2020. TJPR, 2020. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011397951/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0053721-79.2019.8.16.0000>> Acesso em: 21 de Julho de 2020.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REsp: AI 2015615-11.2014.8.26.0000 SP 2015615-11.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez. DJ: 01/07/2014. TJSP, 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7684571>> Acesso em: 20 de Maio de 2020.

TJTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REsp: 0000328-73.2018.8.27.0000 TO Relator: Angela Maria Ribeiro Prudente. DJ: 12/01/2018. TJTO, 2018. Disponível: <<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=2887fff1d16ec583a4e18855d1bb7b27&options=%23page%3D1>> Acesso em 21 de Julho de 2020.

CAPÍTULO 5

MATERNIDADE CARCERÁRIA: LEIS E DIREITOS PARA MÃES E FILHOS

Elenize dos Santos, Graduanda em Direito pela UNIFACEAR - Centro Universitário
Maria Luiza Gomes Rocha, Graduanda em Direito pela UNIFACEAR - Centro
Universitário

RESUMO

Tem-se conhecimento de que as mulheres presas sofrem com as condições precárias em presídios que em sua maioria não foram construídos e pensados para as suas necessidades biológicas. Dentro desse contexto é necessário avaliar a situação das detentas mães e de seus respectivos filhos, os quais possuem direitos básicos assegurados por lei, mas que, na prática, não são aplicados. Assim, o presente trabalho tem por objetivo avaliar a legislação nacional que versa sobre as mães em situação carcerária e seus respectivos filhos, comparando-os com a realidade enfrentada por estes/as sujeitos/as. A fim de atingir o objetivo do presente trabalho, utilizou-se o método lógico-dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e legislativa. Com isso, chegou-se à conclusão de que as mães encarceradas e seus filhos possuem direitos assegurados por lei, garantindo a eles condições carcerárias que não agridem a sua dignidade humana, entretanto, a realidade enfrentada pelas mães e seus filhos traz à tona uma triste realidade de calamidade, evidenciando que apesar de haver leis e direitos para estes/as sujeitos/as, a maioria está vivendo sem a aplicação dos referidos direitos básicos.

PALAVRAS-CHAVE: maternidade nas penitenciárias, prisão feminina, mães, cárcere, crianças, detentas.

1. INTRODUÇÃO

O tema maternidade e mulheres em detenção é um tópico frágil, pois as mesmas são consideradas incapazes pela sociedade de exercerem o papel de boa mãe, sendo assim privadas da convivência com seus filhos.

Embora o preconceito e a discriminação não sejam os únicos problemas enfrentados por essas mulheres quando em cárcere, é preciso destacar a necessidade de prover condições dignas de encarceramento adaptados para as mulheres e crianças dentro das celas.

A mulher sofre com a falta de estrutura pra ela até quando se encontra em uma penitenciária, pois o sistema carcerário foi inicialmente desenvolvido para os homens, desde que esses são vistos como maiores infratores e as mulheres como seres incapazes de infringir a lei pois são vistas como “[...] menos inteligentes, mais sensíveis e fracas [...]” (RONCHI, 2017, p.3).

Com o aumento significativo da população carcerária feminina nos últimos vinte anos, chama atenção a necessidade de reavaliar as condições nas quais as mulheres presas são expostas em cárcere privado, e se os seus direitos fundamentais estão sendo garantidos dentro dos presídios.

Uma vez que as penitenciárias foram desenvolvidas para os homens e suas respectivas necessidades, é necessário que mudanças sejam feitas para que a mulher seja atendida de acordo com aquilo que esteja atrelado a sua dignidade e também prover condições saudáveis para as crianças que acompanham suas mães.

Leis foram criadas e desenvolvidas para que todas as necessidades básicas das mulheres presas fossem atendidas — sendo as Regras Bangkok uma das bases para garantir esses direitos —, incluindo amparo com o intuito de que fosse seguido tudo o que é previsto por lei, onde asseguram acompanhamento médico para a mulher e para a criança, orientação sexual para as mais jovens, assim como o fornecimento de anticoncepcional e acompanhamento nutricional para as detentas em períodos gestacionais.

Embora várias leis tenham sido criadas para o benefício das mulheres que cumprem pena em regime fechado nas penitenciárias, essas leis estão sendo seguidas e praticadas? Estaria o Estado cumprindo com suas obrigações para com essas mulheres?

Faz-se necessário um olhar mais crítico aos direitos das crianças — desde que está envolvido na maternidade o cuidar e proteger de seu filho, suprir as necessidades daquele que depende da mulher, depende de seu leite, seu amor e carinho (OLIVEIRA, 2018, n.p.) —, que devem ser protegidos pelo Estado, sociedade e família; direitos referentes ao desenvolvimento saudável da criança e do jovem nos quais estão expressos a garantia de direito à saúde, alimentação, educação, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e liberdade.

2. LEGISLAÇÃO SOBRE A MATERNIDADE PRISIONAL

A mulher presa, termo utilizado para incluir também detentas provisórias em regime fechado, possui direitos já previstos por leis que defendem a sua integridade e dignidade, como também de seus filhos para que estes não sofram consequências que afetam a vida deles por conta do crime cometido pela mãe.

O artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal de 1988, estabelece que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. O referido inciso dispõe, portanto, que a detenta não será privada do direito

de amamentar o seu filho em um ambiente digno e saudável para si e também visando condições adequadas para a criança que nada cometeu.

O artigo 37 do Código Penal, aborda que as mulheres possuem o direito de cumprirem a pena em locais que atendam às necessidades delas, de acordo com as suas condições pessoais, pois a mulher possui condições biológicas diferente dos homens, como por exemplo: picos hormonais, acompanhamento gestacional, bem como a necessidade de condições saudáveis para amamentar o seu filho.

O artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, dispõe sobre a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar, quando a mulher (agente) estiver em período gestacional ou quando seu filho tiver 12 anos incompletos, garantindo que a mulher possa cumprir a sua pena em seu domicílio possibilitando a sua atuação em assuntos referentes a suas responsabilidades maternas.

As Regras de Bangkok (NAÇÕES UNIDAS, 2010) têm por objetivo assegurar às mulheres presas e seus filhos condições adequadas para que seja sempre levado em consideração o melhor interesse das crianças, prevendo:

1. Mulheres grávidas ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser traçado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverá ser fornecida gratuitamente alimentação adequada e pontual para gestantes, bebês, crianças e lactantes em um ambiente saudável e com a possibilidade para exercícios físicos regulares. 2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo se houver razões de saúde específicas para tal. 3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos filhos não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento. Regra 49 A/C.3/65/L.5 20 10-56194 Decisões para autorizar os filhos a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas. Regra: 50 Mulheres presas cujos filhos estejam na prisão deverão ter o máximo de oportunidades possíveis de passar tempo com eles. Regra 51 1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários. 2. O ambiente oferecido à educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão. Regra 52 1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente. 2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, uma vez realizadas as diligências apenas quando as providências necessárias para o cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários consulares. 3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou outra forma de abrigo, às mulheres presas será dado o máximo de oportunidade e será facilitado o encontro entre elas e as crianças, quando for no melhor interesse das crianças e a segurança pública não estiver comprometida (BANGKOK, 2010, p. 19, 20).

A Lei nº 11.942/09 trouxe a alteração na Lei de Execução Penal, assegurando à mulher no período de pré-natal e pós-parto, aos recém nascidos e crianças de até 7 anos, condições

mínimas de amparo, prevendo acompanhamento médico e estabelecimento adequados para o período.

A Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, e o artigo 227 da Constituição Federal, determinam que é de responsabilidade da família, sociedade e do Estado providenciar e garantir direito à saúde, educação, lazer, respeito, dignidade, cultura, profissionalização, alimentação e liberdade.

Portanto é imprescindível que estes direitos sejam garantidos à criança independentemente de ela viver dentro de cárcere com sua mãe ou não. O artigo 318 da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, assegura que toda gestante a partir do 7º mês de gestação ou em caso em que a gestação seja de alto risco para a mãe ou para o nascituro, tem garantido o direito de solicitar a prisão domiciliar.

No mesmo sentido versa a regra nº 64 das Nações Unidas para o tratamento de mulheres que cumprem pena ou medidas que privem de sua liberdade, como especificados anteriormente nas Regras de Bangkok.

A Portaria Interministerial de nº 210, de 16 de Janeiro de 2014, institui em seu Art. 1º a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas no Sistema Prisional (PNAMPE). Contribuindo para a garantia dos direitos das mulheres nacionais e estrangeiras, previstos nos artigos 10, 14 §3º e 19, parágrafo único, 77 §2º, 82 §1º, 83 §2º e 3º, e 89 da lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.

O artigo 2º da Portaria Interministerial trata das diretrizes da PNAMPE.

A prevenção de todos os tipos de violência contra a mulher em Situação de Privação de Liberdade, em cumprimento aos instrumentos nacionais, ratificados pelo Estado Brasileiro relativos ao tema.

Fortalecimento da atuação conjunta e articulada de todas as esferas de Governo na implementação da Política Nacional de Atenção em Situação de Privação de Liberdade e Egressas no Sistemas Prisional;

Humanização das condições de cumprimento da pena garantindo o Direito à Saúde, Educação, alimentação, trabalho, segurança e proteção à maternidade e à infância, lazer, esportes, assistência jurídica, atendimento psicossocial e demais direitos humanos.

Incentivo à construção e adaptação de unidades prisionais exclusivamente para o público feminino, regionalizadas e que observam o disposto na resolução nº 9 de 18 de Novembro de 2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP. (PORTARIA 210, 2014, n.p)

Quando a justiça não concede a liberdade à mulher que está amamentando seu filho recém-nascido, o Estado deve garantir a permanência da criança no estabelecimento prisional até, no máximo, um ano e seis meses, de acordo com uma resolução do Conselho Nacional de Política e Penitenciária (CNPCP).

A Lei 13.257/16, em seu artigo 1º, estabelece uma série de diretrizes e princípios para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil [...]. Seguido de vários outros artigos, referente aos direitos da criança em sua primeira infância:

Artigo 2º 13.257/16 Para efeito de lei, considera-se primeira infância os primeiros 6 (seis) anos de vida completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.

Artigo 3º 13.257/16 A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança e do adolescente e do jovem nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam as especificidades dessa faixa etária, visando garantir, seu desenvolvimento integral.

O Estado tem a obrigação de fornecer instalações decentes às mães e seus filhos durante o tempo que lhe for permitido ter sua companhia dentro da carceragem, assim como determina o artigo 277 da Constituição Federal (1988), que assegura os direitos da criança e do adolescente.

Em 13 de julho de 1990, foi implantada em nossa legislação a Lei 8.069/90, que reforça a obrigação do Estado em estabelecer políticas desenvolvendo programas e serviços que atendam às necessidades e especificidades que visem garantir esses direitos.

3. A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A legislação sobre a mulher presa e que garante os direitos dessas mulheres, apesar de ser abrangente e cobrir possivelmente todas as necessidades de uma detenta dentro ou fora das penitenciárias, é de extrema escassez e de fácil percepção de direitos negligenciados às encarceradas (CARVALHO; RAMOS, 2018, p.242).

As mulheres enclausuradas nas penitenciárias são submetidas a um sistema androcêntrico, onde 84% das penitenciárias são voltadas para a população masculina, 17% são mistas e apenas 7% são exclusivas para as mulheres presas, assim ocasionando o desfalque em providenciar condições adequadas a população feminina encarcerada (LISBOA, 2018, n.p).

Apesar de 7% dos edifícios penitenciários serem voltados para as mulheres, é necessário destacar que apenas 34% das penitenciárias femininas cumprem com os requisitos essenciais para promover estabelecimentos adequados à gestantes. Somente 32% das penitenciárias femininas possuem berçários ou centro de referência materno infantil e somente 5% das penitenciárias femininas possuem creche (JUSTIÇA, 2016, n.p.). É possível observar que a maioria dos edifícios que são voltados para a reabilitação das presas e com a

responsabilidade de garantir que as penas sejam cumpridas são locais considerados inadequados para a habitação de gestantes, recém-nascidos e crianças.

De 2000 a 2018 o aumento da população carcerária feminina no Brasil teve um salto significativo de 700%, tornando o país com uma das maiores populações carcerárias femininas do mundo (LISBOA, 2018, n.p).

Mais da metade das mulheres que estão cumprido pena nos presídios, tem como principal motivo o envolvimento com o tráfico de drogas, porém não envolvidas com a alta hierarquia do tráfico, no qual desempenham o papel de “mulas” — pessoa escolhida por traficante para transportar drogas ilícitas por áreas policiadas —, sendo o crime de caráter não perigoso, e também havendo a possibilidade de penas alternativas para esses casos (SALIM, 2017, n.p.).

A prisão domiciliar é um direito pouco garantido para as presas — previsto no artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal —, pois a mulher pode cumprir a pena em seu domicílio enquanto cumpre com as suas responsabilidades maternas, se envolvendo com o desenvolvimento adequado de seus filhos. Possibilitando ressaltar que muitas mulheres que cometem atos antijurídicos são chefes de famílias, mães, e a grande maioria são mães solteiras ou foram abandonadas pelos parceiros após a condenação (LOPES, 2019, n.p.).

O caso de Adriana Ancelmo pode ser usado para provar que é possível fornecer à mulher o direito de cumprir sua pena em prisão domiciliar quando com filho de até 12 anos de idade incompletos, visando e colocando como principal foco a criança e seus interesses, pois a mãe desenvolve papel fundamental na família.

A advogada Adriana quase teve sua solicitação negada pois uma das alegações que usavam para tentar descartar a possibilidade da prisão domiciliar era que outras condenadas não tiveram acesso a esse direito, e conceder a Ré o mesmo, seria falhar com a isonomia. O argumento dominante e vencedor foi que o direito garantido não poderia ser retirado de uma mulher para colocar ela em mesmo pé de sofrimento que as outras detentas, mas o contrário que deveria ser feito, que as mulheres presas tivessem um direito já garantido a elas saíssem da teoria e fossem postos em prática. Por fim, foi concedida à Adriana a prisão domiciliar.

O caso de Adriana Ancelmo pode-se reparar e comparar como são dessemelhantes as características da própria - branca, rica, ensino superior completo e mãe - quando comparadas as particularidades em comum das detentas em prisão preventiva pois são pretas, pardas,

pobres, de baixa escolaridade e mães; onde a única semelhança entre elas dá-se ao fato de possuírem responsabilidades maternas.

É de fundamental importância destacar que o baixo nível de escolaridade das presas, pois 70% das mulheres encarceradas apresentam baixo nível de escolaridade (ORMENO; STELKO-PEREIRA, 2013, p.68).

Na série de entrevistas realizadas para a pesquisa “Dar à luz na sombra”, as detentas deram seus relatos sobre o contato que elas têm com os seus advogados e expressam a pouquidão do mesmo, sendo perceptível a negligência com a situação das mulheres até com o andamento de seu processo.

III) aproximadamente metade das presas é de outras Comarcas, o que dificulta o contato com advogada/advogado, com o juiz/juíza e com a família; III) a maior parte delas é assistida por advogadas/advogados dativos, os quais não costumam visitar suas clientes ou lhes dar um atendimento individualizado — em geral, elas só terão contato com quem as irá defender na data da audiência (BRAGA; ANGOTTI, 2015, p.44)

Desencadeando e dando início a um padrão de mulheres que não tem consciência dos direitos que garantem e concedem dignidade, não só para si, incluindo também o direito de seus filhos que sofrem com o período em que elas estão cumprindo a sentença nos edifícios penitenciários. Em teoria os presídios deveriam contar com acomodações adequadas para receber essas mulheres, mas a realidade é totalmente oposta, elas se deparam com um ambiente totalmente masculinizado e muitas vezes em estado de degradação, assim exigindo um certo nível de adaptação, o que agride diretamente a sua dignidade.

A situação que já é delicada pode ainda ser agravada pelo fato de essas mulheres possuírem filhos antes de serem inseridas no sistema prisional, sendo assim privadas da convivência com as crianças, não podendo acompanhar seu desenvolvimento, mas esse não é o único problema enfrentado por elas. Todavia, ainda é preciso ressaltar que algumas dessas mulheres dão à luz dentro dos presídios, em condições insalubres tanto para a parturiente como para o recém-nascido, já que por falta de infraestrutura e descaso do Estado para com a população carcerária, o bebê precisará viver na cela com a mãe e as demais detentas.

Apesar de o artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal assegurar condições em que as presidiárias permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação, o mesmo não especifica em que condições isso deveria ocorrer, enfatizando que uma parturiente e seu filho recém-nascido precisam de cuidados especiais.

O ideal seria a existência de um local preparado apenas para receber as mães e seus bebês, deveria ser um local calmo, limpo e arejado, possibilitando assim uma rotina para a mãe e ao bebê, porém a realidade das presas é outra:

- (i) partos em solitárias sem nenhuma assistência médica, com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares;
- (ii) completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo);
- (iii) falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões;
- (iv) abusos no ambiente hospitalar;
- (v) isolamento;
- (vi) ociosidade;
- (vii) afastamento abrupto de mães e filhos;
- (viii) manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades (LOPES, 2019, n.p.).

Apesar da Lei nº 11.942/2009 ter sido criada para mudar o sistema arcaico nos presídios femininos e garantir os direitos das mulheres e mães, pode se observar que a mesma vem sendo aplicada em partes. Os bebês em presídios brasileiros já nascem com os direitos violados, antes de completarem os seis meses de vida, muitos dos nascidos dentro do cárcere já tem seus direitos violados (FORTUNA; SOARES, 2018, n.p.).

Alguns especialistas defendem que a permanência da criança com a mãe durante os primeiros meses de vida é benéfico para ambos, não considerando que o sistema prisional brasileiro não possui estruturas para que tal ação seja possível. As celas são apertadas, sujas demonstrando ser um ambiente não propício para a permanência de um recém-nascido (FORTUNA; SOARES, 2018, n.p.).

4. OS PRIMEIROS ANOS DA CRIANÇA

Os primeiros anos de vida de uma criança - 0 a 3 anos - são de fundamental importância para o seu desenvolvimento, pois são decisivos na estruturação física, intelectual e emocional, pois as situações que as crianças são expostas logo tão cedo são grandes desencadeadores para o sucesso em sua vida adulta ou grandes traumas.

A mulher que se torna mãe desperta um grande desejo em cuidar de seu filho que é completamente dependente dela. Toda mãe se preocupa com a saúde de seu filho e de garantir que o bebê passe por acompanhamento com profissionais de saúde de maneira adequada (CASTRO, 2020, n.p.).

Porém as condições nas quais essas presas são expostas, negligenciam até na sua relação mãe-filho “(...) o tempo legal de garantia de permanência de mães com suas crianças em lugar algum é plenamente respeitado.” (BRAGA; ANGOTTI, 2015, p.18).

Falar sobre os direitos da criança se torna inevitável pois a mãe de bebê se coloca num lugar de completa empatia pelo recém-nascido, compreendendo suas necessidades (ROCHEL, 2012, p.83), pois os direitos de seus filhos — que não podem viver como encarcerados como as mães que estão presas — são violados junto aos direitos de sua genitora (BRAGA; ANGOTTI, 2015, p.18).

A primeira infância é um período onde é necessário providenciar para a criança ambientes saudáveis e seguros, para que ela possa brincar e desenvolver seu intelecto, como também a sua alimentação, acompanhamento médico, afeto, emoção, linguagem, cognição, sono e ludicidade.

Esses fatores são alicerces importantes para que a criança tenha uma boa estrutura mental e física, pois uma vez que o infantil sofre com a indisponibilidade ou negligência de ambientes saudáveis para o seu desenvolvimento é possível que futuramente seja ocasionado a ela incapacidade de aprendizagem e interação social adequadas.

O artigo 227 da Constituição Federal garante que todas as crianças e jovens terão os seus direitos fundamentais protegidos pela família, sociedade e pelo Estado. É de profunda necessidade avaliar com um olhar mais crítico e humano para os filhos das mulheres presas, pois a maior parte dessas mulheres são mães de crianças que são incapazes de cuidar de si, 0-18 anos assegurados a essas crianças, adolescentes e jovens?

As detentas que concederam entrevista para a pesquisa “Dar à luz na sombra” (2015) informam que durante as visitas médicas elas precisam escolher qual delas têm a maior urgência, enfatizando que não há atendimento disponível a todas.

Todas reclamaram do descaso com que essa atividade era exercida no interior da cadeia. Apesar da visita do médico ocorrer semanalmente, apenas uma mulher em cada cela pode dirigir-se ao mesmo, não havendo medicamentos específicos para determinadas moléstias e nem para todas as mulheres (BRAGA; ANGOTTI, 2015, p.43)

Mulheres quando no período de pré-natal informam não serem acompanhadas periodicamente para que possam acompanhar o desenvolvimento do feto e se o mesmo está crescendo de forma saluta, sendo possível a observação da violação dos direitos do nascituro e da gestante. Após visitas realizadas aos presídios, foi delatado que durante o trabalho de parto as detentas permanecem algemadas expostas a uma situação de extrema fragilidade

[...] visitavam os presídios femininos e detectavam situações que não chegavam à Defensoria Pública — como o uso das algemas durante o parto das mulheres presas — justamente porque a Defensoria tem pouco contato direto com as usuárias, em razão da inexistência de atendimento no interior dos estabelecimentos penais. Nesse intuito de precisar e dimensionar os problemas relacionados à maternidade no

cárcere, e que até então eram apenas impressões, a Pastoral iniciou o projeto para, em seguida, repassar à Defensoria, que assumiria esse trabalho e desenvolveria uma política voltada para atendimento específico desse público. (BRAGA; ANGOTTI, 2015, p.38)

Com isso, é perceptível a violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, disposto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. Silva (2020, p. 25) leciona que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada às garantias constitucionais, tais como a liberdade e a igualdade, sendo pautada nos direitos da coletividade, como, por exemplo, os direitos sociais.

Nesta esteira, Oliveira (2013) leciona que

O inciso terceiro é um princípio fundamental para o próprio desenvolvimento da pessoa humana a qual deve ser respeitado para que haja equilíbrio na sociedade, isto é, não há seres superiores nem tão pouco inferiores, portanto, todos têm a obrigação moral de viver em sociedade de maneira igual. [...] A dignidade da pessoa humana deve ser visto sempre acima de qualquer valor na sociedade[...]. (OLIVEIRA, 2013, pg. 19)

Neste sentido, Ramos Carvalho (2018, p. 249, 250) afirma que "resta demonstrado o rigor relacionado à segurança e à disciplina dentro do cárcere, em prejuízo de qualquer respeito à integridade e aos direitos da custodiada".

Ao longo do período da amamentação, os relatos das presas é que elas e as crianças são obrigadas a permanecerem em ambientes reclusos para evitar que essas crianças sejam expostas e contaminadas pelo contato com as outras detentas, tornando-se o banho de sol o único período para que os bebês tenham contato com o "ar livre", tendo duração de uma hora

Os presos podem sair de suas celas apenas para tratamentos médicos que não possam ser administrados no local, visitação/recreação e banho de sol. A saída da cela para recreação e banho de sol é apenas uma vez ao dia ( s vezes apenas alguns dias por semana) por um período de apenas uma hora. (PRUDENTE, 2013, n.p).

Após seis meses de vida essas crianças são retiradas da presença de suas mães abruptamente, sendo entregues para familiares ou abrigos. Quando acontece de a criança ser enviada para os tão famigerados abrigos governamentais ou orfanatos como popularmente são conhecidos, muitas vezes as mães não são informadas do destino da criança, ocorrendo assim uma ruptura abrupta na convivência afetiva. A a o de separa o entre mãe e bebê deveria acontecer de forma gradativa, levando a criança a se acostumar com outro ambiente e novas pessoas e isso demanda tempo, porém é preciso salientar que apesar de ser a forma mais branda e menos traumática, não é assim que acontece.

A discussão sobre onde e com quem a criança deveria ficar,   uma questão antiga que ao longo dos anos vem sendo discutida, porém não se chega a nenhuma conclusão, devido ao fato que esse tema é um divisor de opiniões. Certamente o melhor para uma criança recém-

nascida é permanecer junto a sua mãe, em contrapartida é de conhecimento geral que uma penitenciária não é, nem de longe, o melhor lugar para se ter e criar uma criança.

O destino dessas crianças além de incerto é decidido por terceiros que não possuem vínculo afetivo com as mesmas ou suas mães, possibilitando que a decisão seja tomada de forma fria, sem levar em consideração os sentimentos de perda das mulheres, ou as dificuldades de adaptação da criança em ambientes estranhos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Leva-se em consideração os aspectos que foram abordados anteriormente, é impossível deixar de comentar sobre o aborrecimento e descontentamento quando se é observado as condições que as mulheres em regime privado são tratadas pelo Estado e sociedade, tornando mais repugnante quando analisado o que os filhos destas sofrem com o encarceramento de suas mães.

Não há necessidade de surgir com novas propostas quando tudo o que essas mulheres e suas crianças precisam já foi estabelecido anteriormente por leis previstas para que elas sejam protegidas, asseguradas de suas necessidades básicas, sua dignidade e seus direitos fundamentais.

Tudo o que essas mulheres precisam são de leis que não sirvam somente para preencher papéis com palavras difíceis e bonitas, mas que exerçam a sua função instaurando a verdadeira justiça na vida delas, focando na sua reabilitação e reinserção na sociedade.

Observar a insalubridade das penitenciárias femininas somente enfatiza que essas mulheres estão sendo duplamente penalizadas: 1) remoção de sua liberdade; 2) o ato de obrigá-las a viver em condições subumanas.

É preciso ressaltar que, para que haja uma efetivação do princípio da equidade, é preciso que o sistema desenvolva métodos específicos e eficazes que se adaptem às especificidades das mulheres presas, sendo elas gestantes ou não, pois o Estado pode privá-las de sua liberdade, porém nunca de sua dignidade.

REFERÊNCIAS

BRAGA, A. G.; ANGOTTI, B. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Edição 1. São Paulo: Unesp, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_51_Ana-Gabriela_web-1.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL, **Lei complementar n.º 11.942, de 28 de maio de 2009**. Portal da Legislação, Brasília, DF, 28 mai. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm. Acesso em 17 out. 2020

BRASIL. **Lei complementar nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Portal da Legislação, Brasília, Brasil, DF, 8 mar. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm . Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei complementar n.º 112.962, de 8 de abril de 2014**. Jusbrasil, Brasília, Brasil, DF, 8 de abril de 2014. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/115508412/lei-12962-14>>. Acesso em: 17 out. 2020

BRASIL. **Portaria interministerial nº-210, de 16 de janeiro de 2014**. Lex Magister, Brasília, DF, 16 jan. 2020. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25232895_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_210_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 20 out. 2020.

CASTRO, Mariana Mader Pires de. **6 preocupações que toda mãe tem com a saúde de um recém-nascido**. CordVida, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cordvida.com.br/blog/preocupacoes-que-toda-mae-tem-com-a-saude-de-um-recem-nascido/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FERRARI, Márcio. **A maternidade na prisão**. 2016. Pesquisa FAPESP. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2016/03/086-088_Maternidade_241.pdf. Acesso em: 17 out. 2020.

JUSTIÇA, C. N. de. **População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil**. 2016. Disponível em: JUSTIÇA, C. N. de. População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil. 2016. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/252411149/populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>. Acesso em 23 de Março de 2021.

LISBOA, Vinícius. **População carcerária feminina no Brasil é uma das maiores do mundo**. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/populacao-carceraria-feminina-no-brasil-e-uma-das-maiores-do-mundo>. Acesso em: 16 out. 2020.

LOPES, Beatricee Karla. **Mulheres-mães devem estar em Prisão Domiciliar**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: Mulheres-mães devem estar em Prisão Domiciliar. Acesso em: 23 mar. 2021.

ORMENO, G. R.; ST,ELKO-PEREIRA, A C. **MULHERES ENCARCERADAS: NÍVEL DE ESCOLARIDADE E MOTIVOS PARA TEREM EVADIDO DA ESCOLA**. 6941, [s. l.], v. 15, n. 22, 2013. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/viewFile/9145/6941>. Acesso em: 23 mar. 2021.

RAMOS, Júlia Meneses da Cunha; CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **Maternidade no cárcere: desafios do sistema carcerário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito,

Porto Alegre, RS, n. 39, dez. 2018. ISSN 2595-6884. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70125/51604>. Acesso em: 21 out. 2020.

REGRAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE MULHERES PRESAS E MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE PARA MULHERES INFRATORAS (REGRAS DE BANGKOK). 2010. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

ROCHEL, Paula Beatriz Gallerani Cuter. **A IMPORTÂNCIA DA RELAÇÃO MÃE-BEBÊ NO PRIMEIRO ANO DE VIDA COMO FATOR DETERMINANTE PARA UM DESENVOLVIMENTO EMOCIONAL SATISFATÓRIO.** Revista da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba, Sorocaba, v. 14, n. 2, p. 83-84, 12 mar. 2012. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/RFCMS/article/view/6432/pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

RONCHI, Isabela Zanette. **A MATERNIDADE E O CÁRCERE: UMA ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS FUNDAMENTAIS.** 2017. 26f. TCC. Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/isabela_ronchi_20172.pdf. Acesso em: 14 out. 2020

SALIM, Bruna. **As razões do encarceramento feminino.** Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://brunasalim.jusbrasil.com.br/artigos/400528388/as-razoas-do-encarceramento-feminino>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SILVA, Vinicius de Souza da. **A Construção dos Direitos de Gênero no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2020. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unifacear Centro Universitário, Araucária, Pr, 2020.

SOARES, Indrid; FORTUNA, Debora. **Bebês em presídios: brasileiros já nascem com direitos violados.** Logo Correio Braziliense, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/02/21/interna-brasil,661179/amp.shtml>. Acesso em: 24 mar. 2021.

SPINDOLA, Luciana Soares. **A mulher encarcerada no sistema penal brasileiro: a busca de soluções para as especificidades do gênero feminino no tocante à maternidade.** Brasília: IDP/EDB, 2016. 29f, -Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2274>. Acesso em: 15 out. 2020.

PARTE 2

Gestão de Políticas Públicas em Tempos de Crise

CAPÍTULO 6

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO EM ÂMBITO INTERNACIONAL QUANTO A INAPLICABILIDADE DO DIREITO HUMANO À SAÚDE NO PERÍODO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Dillon Carlos Fernandes, University of Groningen Faculty of Law - Graduando em International and European Law LL.B - Presidente passado e editor no Comitê Editorial do SIB Groningen - Presidente do Comitê de Introdução do SIB Groningen - Participants Coordinator Western na Fundação TEIMUN - Senior Editor no International Journal and Blog of Technology Law

Lorena Pinto Gonçalves, Bacharel em Direito pela UNIFACEAR – Centro Universitário. É pós-graduanda em direito e processo do trabalho, direito e processo civil pelo Curso Jurídico, Diretora de Desenvolvimento Acadêmico do Centro Acadêmico Professor Petrus Tybur Junior da UNIFACEAR – Centro Universitário. Já estagiou nos Juizados Especiais no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; no Ministério Público e no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. É Conciliadora do CEJUSC no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

RESUMO

A presente pesquisa contém o objetivo de analisar a garantia do direito à saúde durante uma pandemia. A saúde é um direito mínimo fundamental, que deve ser garantido também a coletividade, já que todos têm direito a um bem-estar físico, mental e social. O problema de pesquisa é o questionamento da existência de alguma ofensa ao direito à saúde no momento atual da pandemia. A metodologia é lógico-dedutiva, através do estudo de legislação e documentos, nacionais e internacionais, que abordam o dever do Estado em proteger o direito à saúde, da situação da pandemia no Estado brasileiro e as consequências. Sendo que ao verificar tais abordagens, percebe-se que: i. Na recusa de ocupação de um leito de UTI, há omissão por parte dos hospitais em garantir o direito à saúde; ii. Há legislação e documentos nacionais e internacionais que asseguram o direito à saúde; e iii. O Estado tem o dever em prevenir e controlar uma pandemia, e dar acesso a todos para garantir o mínimo existencial. Conclui-se que: i. Há documentos suficientes para embasar o direito à saúde; ii. Este, deverá ser protegido como um corolário do direito à uma vida digna; iii. Com a superlotação dos hospitais, há lesão ao direito estudado, pois, o dever do Estado em garanti-lo não está sendo observado em sua integralidade; iii Há necessidade de uma maior estruturação e previsão a situações como esta na legislação brasileira para cumprir a sua obrigação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde; Direitos Humanos; Superlotação de hospitais; Covid-19; Direito Internacional Público.

1. INTRODUÇÃO

Qual é o alcance do direito à saúde? E como seria sua aplicação em caso de sua inaplicabilidade? Muitos documentos internacionais e pesquisadores já deixaram claro que este direito constitui um direito humano. Este direito em síntese acompanha o ser humano

desde suas origens, e assim, a partir desta pesquisa, busca-se a verificação da possibilidade ao momento em que um Estado de direito não cumpre plenamente o seu dever em garantir a sua população algo tão essencial.

A metodologia para buscar esta resposta foi a lógico-dedutiva, a qual foi baseada a partir de estudo em bibliografia e pesquisas de notícias existentes dentro da delimitação de tempo definida. Ademais, a metodologia foi estruturada a partir do tema direito humano e direito à saúde que acabou se relacionando com os meios de responsabilização internacional dos direitos humanos, para que por fim, se realizasse uma relação com fatos reais e recentes.

Portanto, a partir do entendimento sobre a positivação, e necessidade de cumprimento do direito à saúde, a pesquisa objetiva o alcance da resposta quanto a possível responsabilidade, já que tal direito está sendo demasiadamente discutido.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO À SAÚDE E AS NORMAS ÂMBITO INTERNACIONAL

Inicialmente, para o direito humano à saúde ser analisado, é necessário entender o que é um direito humano e compreender quais são os direitos humanos. Após, analisar-se-á a definição sobre o direito à saúde em si e concomitantemente, será realizada uma exposição das normativas internacionais que se relacionam com este direito, bem como, a validade destas para o Estado brasileiro, ao passo que a pesquisa é verticalizada sobre o âmbito internacional.

Os direitos humanos é um conjunto de direitos que contém uma bagagem de valores que foram traçados por 250 anos, com origem do Iluminismo. Este conjunto de direitos, frente a força que seu sistema de valores contém, a sua validade além de poder ser regional, é universal, podendo também ser regional, protegendo por exemplo, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e coletivos (PETERKE *et al*, 2009, p.23).

Este conjunto de direitos prendem-se a raízes históricas quanto a origem dos humanos. Assim, levando em consideração a historicidade e a pregação desses direitos naturalmente nas vidas dos indivíduos, visualizamos o jusnaturalismo. Ocorre que, verifica-se também uma ligação ao contratualismo, quando estes direitos humanos, advindos de costumes passaram a ser adaptados em códigos (OLIVEIRA, 2019, p.50).

De forma simples, os direitos humanos podem ser compreendidos pela visão de Bruna Pinotti Garcia Oliveira (2019, p.51), como uma junção da reflexão jusnaturalista e o contratualista, pois, surgiram com base na história dos seres humanos, são direitos naturais,

que foram criados a partir de costumes reiterados até serem codificados. Ademais, são inerentes ao homem, e podem ser visualizados em documentos internacionais para que sejam observados e garantidos por todos os Estados de Direito.

É possível classificar estes direitos de formas diferentes, e o meio mais comum é a partir da época que seus discursos surgiram através de gerações, veja-se: **i. Primeira Geração:** Os políticos-civis, que são conhecidos como os “direitos negativos” por seu papel em limitar os poderes estatais. Um exemplo recente, é Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, cujo qual é o documento mais reconhecido que abrange estes direitos; **ii. Segunda Geração:** Os econômicos, sociais e culturais em que obrigam o Estado a agir e a atuar de certa forma. Internacionalmente, o tratado mais relevante é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; **iii. Terceira Geração:** Os difusos ou coletivos, em que o titular é o ser humano individual, e visam atribuir direitos a humanidade como um todo, ou seja, a titularidade não é de um único indivíduo e sim ao gênero humano (CONCEIÇÃO, 2016, p.67-69).

Em relação ao direito à saúde, este pode ser considerado pelo “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade”, devendo, portanto, o Estado garantir a igualdade, a paz e segurança, o fomento e proteção de um perigo comum, o desenvolvimento das crianças, o conhecimento, a informação e por fim, a sua responsabilidade, que tem a obrigação em aplicar as medidas necessárias (WERNER, 2017, n.p.).

O direito à saúde a nível internacional pode ser encontrado na constituição da OMS, e em termos de legalidade, este documento não passa de determinações com o fim de orientar a OMS em sua missão (TOEBES, 2016, p. 10). Outra menção do direito à saúde, pode se analisada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde é assegurado a toda pessoa uma vida que lhe garanta um meio de sua família conter bem estar e saúde, a partir de alimentação, vestuário e assistência médica independente de sua situação quando necessário (CONCEICAO, 2016, p. 507).

Embora este direito seja extremamente influenciável e mundialmente reconhecido como um catálogo do extensivo dos direitos humanos, ele passou a ser costumeiro, conforme declaração emitida pela Assembleia Geral da ONU, não havendo um caráter obrigatório propriamente dito, mas sim algo que poderia ser reconhecido como um fato impregnado na essência humana (CONCEIÇÃO, 2016, p. 64).

Quanto ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais, encontra-se novamente o direito à saúde, quanto diz que toda pessoa tem o direito à vida mais sadia que possível. Neste Pacto, há determinação de que os Estados-partes devem adotar medidas para “A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, e lutar contra as mesmas.”, bastando lembrar que, enquanto a Declaração é meramente uma resolução da Assembleia Geral da ONU, o Pacto é um tratado multilateral, e assim contém força jurídica em relação às partes contratantes. (TOEBES, 2016, p. 11).

Destaca-se ainda a elaboração com o *General Commentary 14*, emitido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o órgão que fiscaliza a implementação desta situação, um documento que visa orientar os estados partes a melhor implementação do direito possível. O documento não tem um caráter obrigatório, mas muitos juristas e tribunais internacionais consideram este documento autorizativo (TOEBES 2016, p. 12).

O *General Commentary 14* também desenvolve 4 elementos para fiscalizar a precisão da implementação do direito, veja-se: **i. Disponibilidade:** O Estado deve ter políticas que visam disponibilizar o número suficiente de instalações (hospitais, clínicas), bem como bens e serviços (pessoal médico, medicamentos); **ii. Acessibilidade:** Que estas instalações, bens, e serviços devem ser acessíveis a toda a população. Este elemento divide-se em quatro: **a.** Não discriminação: acessibilidade deve ser universal, com ênfase nos setores mais vulneráveis; **b.** Acessibilidade física: todas as instalações devem estar ao alcance de todos geograficamente; **c.** Acessibilidade econômica: as instalações devem estar disponíveis universalmente, independente do classe socioeconômico; **d.** Acesso à informação: o povo tem o direito de solicitar e receber informação; **iii. Aceitabilidade:** Respeito pela ética médica e a cultura local; **iv. Qualidade:** os tratamentos devem ser adequados de ponto de vista científica (OLIVEIRA, 2010, p. 3).

Através deste documento que o Estado deve ter um sistema de atenção médica de urgência no caso de situações epidêmicas e o dever de “estimular a utilização e o aprimoramento da vigilância epidemiológica e reunião de dados desagregados, a execução e a ampliação de programas de vacinação, e outras estratégias de luta contra doenças infecciosas.” (OLIVEIRA, 2010, p.3),

Na sequência do que foi acima descrito, podemos concluir com os apontamentos realizados, que o Brasil, por causa do estado costumeiro que Declaração abrange sobre o

direito à saúde, como também por ter assinado e ratificado o Pacto, tem a obrigação de obedecer ao direito à saúde, e deve orientar-se por meio do *General Commentary 14*.

Tendo em vista, percebe-se que o direito à saúde é um direito humano e fundamental, assim, justifica-se a escolha da verticalização do trabalho ser voltada ao âmbito internacional: i. Os direitos humanos são a origem da positivação dos direitos fundamentais; e ii.. O assunto abordado no trabalho é uma situação que ocorreu mundialmente e não apenas na jurisdição brasileira, assim, ao passo que, estamos verificando a possibilidade de responsabilização de um Estado a um direito humano de grande repercussão, a escolha é justificada por este motivo.

3. OS MEIOS DE RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DE UM ESTADO DE DIREITO

Considerando que os direitos humanos são protegidos internacionalmente, para sua proteção, dois sistemas devem ser analisados quanto à responsabilização internacional em caso de descumprimento das normas mencionadas. O primeiro sistema é o mundial, em que o órgão integrante principal é a Corte Internacional de Justiça, da Organização das Nações Unidas (ONU) (ACIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p.713-719). O segundo Sistema é o Regional, seus órgãos de proteção são divididos entre a Corte Interamericana, a Corte Europeia e Corte Africana de Direitos Humanos (BICUDO, 2003, p. 225-229).

Ocorre que, antes de partir para os mecanismos da ONU propriamente ditos, é importante esclarecer a existência do Comitê de Peritos dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), que tem relação com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em primeiro lugar, os artigos 16 e 17 deste Pacto impõem a obrigação dos Estados em submeter relatórios sobre a situação atual de um determinado país, quanto às medidas tomadas para implementar os direitos do tratado, e suas dificuldades (ESCR-NET, 201-?, n.p.). Além disso, pode o CDESC se utilizar de meios alternativos em caso de não submissão, sendo interessante esclarecer que com base nestes relatórios, os *General Commentaries* são elaborados, com recomendações e celebrações dirigidas aos países (OHCHR, 1996-2020, n.p.).

Ademais, há a possibilidade através do Protocolo Opcional ao Pacto para uma pessoa individual ou um estado apresentar uma queixa ao comitê, este tendo entrado em vigor em 2013 (SHAW, 2017, p. 236). Ocorre que, somente 24 países ratificaram este, sendo que o Brasil não faz parte deste grupo (OHCHR, 2020? n.p.), portanto, é possível dizer a

responsabilização ao Brasil perante este comitê, não seria eficaz para alcançar o objetivo do trabalho.

Sobre o sistema mundial, o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), segundo o seu artigo 96(1), pode emitir pareceres “sobre qualquer questão jurídica” se for solicitado ou pelo Conselho de Segurança ou pela Assembleia Geral, ou por “outros órgãos das Nações Unidas e organizações especializadas que forem em qualquer momento devidamente autorizadas pela Assembleia Geral” (Estatuto). Este assunto foi esclarecido com o parecer *Legality of the use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, onde o tribunal enfatizou que para uma agência solicitar um parecer, é necessário que a pergunta não seja *ultra vires*² (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, 1996, p. 21).

Os Estados poderão ser partes em um processo contencioso no TIJ. No que condiz a competência, o tribunal abrange: i. Tudo o que for submetido, independente de qual for a questão; ii. Assunto disposto na Carta das Nações Unidas; iii. Assunto de tratados e convenções. Além do mais, um Estado, através de uma declaração, pode reconhecer como obrigatório a jurisdição do tribunal, com exceção certas reservas que quase todos os estados que assinam a declaração fazem (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1945, n.p.). Ao que se refere ao Brasil, em 1948, decidiu “reconhecer como obrigatória, *ipso facto*³ e sem acordo especial, a jurisdição da Corte Internacional de Justiça (...) Esta declaração valerá por um prazo de cinco anos.”, ou seja, a declaração já está ultrapassada (UNTC, 1946, n.p.)

Isto dito, apesar de o fato de o tribunal não ser, *per se*⁴, um tribunal especializado de direitos humanos e, como não pode ter indivíduos como uma parte, já abordou o assunto de direitos humanos em vários casos, e até se referiu ao tratado acima mencionado⁵, mas só de uma forma incidental (ZYBERY, 2018, p.1).

Porém, existe um fato que dificulta a possibilidade de recursos no campo de direitos humanos ao TIJ. Isto é, dentro dos nove tratados mais importantes em direitos humanos, só cinco contém uma cláusula compromissória (uma cláusula que obriga as partes se submeterem à jurisdição do TIJ ou qualquer outro tribunal relevante no caso de ocorrer uma divergência) O pacto discutido não contém nenhuma cláusula compromissória, o que significaria que para ter responsabilidade internacional perante o tribunal regido seria

² com abuso de autoridade, com abuso de poder (DICIONÁRIO INFOPÉDIA, 2003-2020, n.p.)

³ por força do próprio direito; automaticamente (DICIONÁRIO INFOPÉDIA, (2003-2020, n.p.)

⁴ por si mesmo (DICIONÁRIO INFOPÉDIA, (2003-2020, n.p.)

⁵ Para mais, refere-se para o parecer do TIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*

necessário o Brasil aceitar um caso contra si mesmo ingressado pelo um outro estado (ZYBERY, 2018, p.4).

Como foi explicado no início deste tópico, existem três Cortes integrantes no sistema regional, assim, na medida em que estamos estudando a possibilidade de responsabilização do Brasil, não será abordado no presente artigo a Corte Europeia e nem mesmo a Africana. Desta feita, é importante dizer que no sistema interamericano o instrumento para controle e garantia dos direitos mais importante é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que é mais conhecida Pacto de San José da Costa Rica (PIOVEZAN, 2019, 156), na qual apenas participam os países integrantes da Organização dos Estados Americanos, em que fazem parte os Estados da América para constituir o Sistema Americano (OEA, 2020?, n.p.).

Assim como o direito à vida, a igualdade perante a lei e a proteção judicial, outros direitos também são protegidos pela convenção, é claro que, o Estado-parte da OEA, contém “a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação”. Desse modo, ao momento que o Estado fica inerte ou está vinculado a alguma ação lesiva, primeiramente, é necessário dizer, que para a Corte Interamericana de direitos Humanos, julgar o fato, deve-se explicar quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (PIOVEZAN, 2020, p.157-158).

De forma geral, os integrantes da Comissão têm uma função direcionada a fazer recomendações aos Estados-Parte e solicitar informações sobre medidas adotadas, por exemplo. Além do mais, poderá ainda examinar comunicações realizadas por um ou mais indivíduos, e até mesmo entidades não-governamentais que tragam em seu teor uma violação presente na Convenção em que o Estado-Parte, que a ratificou, seja aquele que praticou o ato lesivo. Estes, são aqueles que podem levar um fato a Comissão, e no instante que o órgão decide acerca de sua admissibilidade, se for o caso, informações serão solicitadas ao Estado-Parte denunciado, para fazer jus ao contraditório e à ampla defesa. Não existindo motivos concretos sobre a comunicação, ela é arquivada, sendo que em caso contrário será realizada uma investigação sobre os fatos alegados, havendo a possibilidade ainda de buscar uma solução amistosa, ou seja, um acordo entre as partes (PIOVEZAN, 2020, p.157-162).

De forma mais crua, obedecido todo o procedimento, se o fato levado à Comissão não for solucionado, esta poderá remeter os fatos para a apreciação da Corte Interamericana. Cabe ainda dizer que a Comissão não é um órgão jurisdicional, apenas a Corte, basicamente, aquela funciona como uma espécie de filtragem para os casos que ingressam para julgamento da há a

possibilidade também de ocorrer a desistência do polo ativo, ou até mesmo o reconhecimento do pedido de maneira integral ou parcial. Em conjunto, haverá a decisão de seus efeitos e as partes são notificadas sobre a decisão, havendo possibilidade da parte lesada ou a Comissão interpor recurso. É possível também realizar pedido de interpretação, que contém a mesma função embargos de declaração, devendo ser observado o prazo de noventa dias da notificação (RAMOS, 2017, p.438-439). Ademais, a Corte ao verificar a existência de erros, esta terá liberdade para realizar as retificações necessárias, a sentença não será reputada como estrangeira, não dependendo assim, de homologação. Quanto à execução da sentença, deverá a vítima ingressar com ação própria contra o Estado quando houver indenização a seu favor (PEREIRA, 2009, p.99-106).

Portanto, quanto ao sistema regional interamericano a possibilidade de responsabilização de um Estado, de fato existe, já que o direito à saúde é um direito humano, podendo assim um ou mais indivíduos, e até mesmo entidade não-governamental frente a um caso concreto, levar para a Comissão da Corte interamericana uma comunicação para análise, onde será determinado o prosseguimento do feito, primeiramente a partir de uma requisição de informações do Estado-Parte, para após decidir sobre os demais atos.

4. DESCRIÇÃO DOS FATOS SOBRE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NO ESTADO BRASILEIRO E ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

Utilizando o que foi destacado sobre o dever de garantir o direito à saúde sobre as normativas, bem como na análise quanto a possibilidade de se levar uma reclamação formal para um órgão, será utilizado alguns critérios no presente tópico que foram delineados com base na pandemia do Coronavírus e os impactos desta no Estado, para explorar se o Brasil frente tem cumprido sua obrigação de prover o direito à saúde, e então, expressar a possibilidade do ingresso com uma ação a fim de discutir a violação do direito e sobre qual meio seria mais viável para o ingresso de um processo sob o âmbito internacional.

Segundo o site do Ministério da Saúde (2020, n.p), o Coronavírus, conhecido também como COVID 19, é um vírus comum causador de infecções respiratórias. Ocorre que, em 2019, houve a descoberta de um novo agente nCoV-2019 que devido a seus inesperados potenciais, em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde declarou a existência de uma pandemia, ou seja, o alcance da doença se encontrava em escala global (ONU NEWS,2020, n.p.).

Diante a uma situação como esta, delimitou-se um período de tempo para realização da análise, qual seja, entre o dia 26 de fevereiro de 2020 até 08 de agosto de 2020 com base nos boletins epidemiológicos divulgados pelo Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, n.p). O motivo dessa delimitação, é que diante a análise realizada, no dia 26 de fevereiro de 2020 foi confirmado o primeiro caso do vírus (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, n.p), e quanto ao dia 08 de agosto de 2020, a justificativa é que após este dia os números de infectados pelo vírus no Brasil começou a decair, conforme se verifica na figura a seguir atualizada até o dia 16 de outubro de 2020 que é disponibilizada de forma online na plataforma Google, veja-se:

FIGURA 1 - Evolução diária COVID-19



Fonte: Wikipédia, 2020.

Insta dizer, que a saúde no Brasil é privilegiada a partir do SUS - Sistema Único de Saúde, que fornece à população atendimento gratuito, no entanto, antes mesmo do período da pandemia, a necessidade de investimento nessa área sempre foi uma situação considerada urgente. Constata-se que o Brasil investe na saúde cerca de 9,2% do PIB (soma de todas as riquezas produzidas), porém, a maior parte dessas despesas decorrem do âmbito privado, e apenas 4% foram distribuídos no âmbito público (BBC NEWS BRASIL, 2020, n.p.)

Isso não significa que existem apenas maus investimentos, porém, no caso de uma maior atenção a este direito humano, pode-se utilizar de exemplo a diminuição de hospitalizações a partir de um melhor atendimento primário. Agora em relação a pandemia do Coronavírus, um melhor investimento proporcionaria uma melhora nos hospitais e laboratórios, o que pode acabar evitando uma crise sanitária, com os novos equipamentos. Assim, com a chegada da pandemia, a necessidade respiradores e monitores deixaram mais expressa a precariedade e o despreparo de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) (BBC NEWS BRASIL, 2020, n.p.).

Com a chegada de um vírus inesperado e um país não preparado para uma disseminação em grande escala, até mesmo os bons investimentos acabaram não sendo suficientes para o aparecimento de problemáticas. Podemos citar por exemplo de um investimento é a elaboração de um painel online pelo Departamento de Monitoramento e Avaliação do SUS, para visualização geral do que comprado e distribuído no Brasil para o combate do Coronavírus podendo inclusive acompanhar a quantidade de leitos e insumos, como também como testes e disponibilizados em cada estado (PACHECO, 2020, n.p.).

Exemplo deste resultado desastroso decorrente da necessidade de mais investimentos na área da saúde, no Estado do Paraná em 24 de junho de 2020, o SUS estava com uma taxa de ocupação dos leitos de UTI 83% na capital do estado, estando livre somente 39 leitos, sendo que 11 destas vagas seriam pediátricas. Alguns exemplos de hospitais que estavam operando com em média de 100% de sua capacidade era a Santa Casa, com 10 leitos, e o Hospital Evangélico com 23 leitos. Para auxiliar esta situação a região metropolitana com o Hospital Municipal de São José dos Pinhais e o Hospital do Rocio, em Campo Largo auxiliaram para evitar uma superlotação (GAZETA DO POVO, 2020, n.p.). Outros estados do Brasil sofreram com mais intensidade, outro exemplo ocorreu no Ceará em 16 de abril de 2020, cujo foi o primeiro a ser declarado com a situação de superlotação dos leitos de UTI (G1 FANTÁSTICO, 2020, n.p.).

Frente a isso, pode-se citar que com a falta de estrutura muitas situações inesperadas ocorreram, e mesmo que o estudo seja voltado para a prestação do direito à saúde pelo Estado, uma situação importante de ser mencionada é a cobrança de cheque caução pelos hospitais da rede privada antes do atendimento do paciente. Em Manaus, aqueles considerados como suspeitos de ter contraído Covid-19, deveriam realizar o pagamento de R\$ 50 mil a R\$ 100 mil aos hospitais, pode-se citar como exemplo os Hospitais Samel, Checkup e Santo Alberto. Ocorre que, tal cobrança é considerada ilegal quando se está de frente a um caso emergencial, de acordo com a Lei 12.653, podendo haver penalização de entre três meses e um ano, e multa (THE INTERCEPT, 2020, n.p.).

Subtende-se que situações como essa ocorreram a partir do momento que a população se encontrou em um momento de dificuldade de obter atendimento público, veja-se alguns exemplos a serem dados quanto a fatos de recusa ou dificuldade de atendimento médico:

i. Esther Melo da Silva: com 67 anos, no dia 09/04/2020 faleceu no Serviço de Pronto Atendimento (SPA) e Policlínica Danilo Corrêa, durante uma espera de cinco dias por

um leito no Hospital e Pronto Socorro Delphina Rinaldi Abdel Aziz. Ademais disso, a família de Esther, relatou a escassez de medicamentos como antibióticos para tratamento (AMAZÔNIA, 2020, n.p.);

ii. Alcenor Batista: Com 70 anos, relatou a espera por um leito de UTI dentro de uma ambulância devido a superlotação do hospital, conseguindo uma vaga após horas aguardando. Neste caso, o diretor do SAMU relatou que o caso do senhor não é o único, que geralmente devido a superlotação de leitos, o SAMU não consegue deixar o paciente no local para ser atendido, e por este motivo, ficam aguardando até que haja o sinal da existência de uma vaga; (JORNAL NACIONAL, 2020, n.p); e

iii. Rubens Nogueira Rodrigues: Com 77 anos, a mais de uma semana estava com uma progressiva dificuldade de respirar, sem plano de saúde, o Senhor Rubens foi uma das muitas pessoas que morreram em casa, pelo motivo de ter medo de ir hospitais superlotados ou por não conseguir atendimento (THE INTERCEPT, 2020, n.p).;

iv. Roberto Andrade: Com 42 anos, buscou um hospital privado para conseguir um atendimento mais rápido, após conseguir uma vaga na emergência e relatou que lhe foi exigido um depósito de R\$ 100.000,00. Devido à falta de recursos conseguiu uma vaga na rede pública de saúde com ajuda dos médicos do hospital privado, porém saiu com uma dívida de R\$ 7.000,00 (THE INTERCEPT, 2020, n.p).

Diante de tudo isso, constata-se que, o Estado brasileiro apesar de não possuir um sistema de saúde cem por cento eficaz, no momento em que a pandemia afetou o país, providências foram tomadas. Entretanto, tais providências não foram suficientes para evitar situações drásticas para com a população. Com estes resultados, analisa-se ainda que, esta não preparação que é decorrente da falta dos investimentos, foi um pré motivo para o aumento das mortes, desde um atendimento primário até a falta de leitos. Assim, as recusas de atendimento por parte de hospitais privados, demora no atendimento decorrente de falta de vagas foi uma situação provável, que na realidade acabou de fato ocorrendo.

À vista disso, verificou-se que aquelas famílias que passaram por uma demora de atendimento e até mesmo recusa de atendimento com algum ente familiar, como por exemplo com a situação da Senhora Esther, de 67 anos, poderia ingressar com uma ação pleiteando reparação pelo direito à saúde violado.

Respondido o questionamento quanto a existência de lesão, quanto a responsabilidade do Estado, esta poderia ser questionada e em relação aos meios analisados, destacou-se a

existência de dois sistemas de proteção dos direitos humanos são divididos em sistema mundial e regional. Frente a isso, antes de tudo estudou-se o Comitê de Peritos dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), cujo contém relação com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em relação ao CDESC, percebeu-se que diante as situações relatadas, o Brasil não ratificou o Protocolo Opcional acima mencionado, e assim, a responsabilização perante a este Comitê estaria um tanto quanto prejudicada.

Em relação ao sistema mundial, a possibilidade de responsabilização perante ao Tribunal Internacional de Justiça não é um resultado fora da questão, mas encontra-se aqui uma barreira: a falta de uma cláusula compromissória no tratado abordado permite ao Brasil a capacidade de recusar a submeter-se ao um caso contencioso perante o tribunal.

Em relação ao sistema regional de proteção, há plena possibilidade de responsabilização ao Estado brasileiro em relação aos atos de não fornecer e garantir de forma plena o direito à saúde para sua população. Sendo que, como relatado anteriormente, poderá um mais indivíduos, e até mesmo entidade não-governamental apresentar uma comunicação para análise a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, o meio mais eficaz para recorrer até a reparação a um direito à saúde violado, seria através do sistema regional de proteção dos direitos humanos interamericano, devendo ainda esclarecer, que está responsabilização assim como qualquer processo, é dependente de uma série de atos processuais, e antes de tudo de um preenchimento de requisitos de admissibilidade, haveria o cumprimento do contraditório e a ampla defesa, a tentativa de solução amistosa, apenas para que depois, o fato será direcionado a Corte Interamericana, desde que cumpridos todos os requisitos de admissibilidade.

5. CONCLUSÃO

Na medida que o objetivo geral é a verificação da possibilidade de responsabilização de um Estado de Direito que não cumpre o seu dever em garantir o direito à saúde plenamente, insta dizer que se conseguiu alcançar uma resposta de acordo com os resultados expressados no tópico anterior.

No primeiro parágrafo, o primeiro objetivo específico foi direcionado para compreender inicialmente os conceitos existentes e a relação entre o direito humano, bem como direito à saúde. Verificou-se também quais são os direitos humanos, e após entender isso, analisou-se a existência de normativas que trazem em seu teor a positivação da proteção deste direito humano à saúde.

Sabendo que o direito à saúde é protegido como um direito humano, subentendeu-se que sua proteção é internacional, e portanto, o segundo objetivo específico foi essencial para que o raciocínio em relação a responsabilização de um Estado surgisse. Frente a isso, contactou-se que a proteção dos direitos humanos ocorre por dois sistemas, o mundial e o regional. Porém, verificou-se antes de tudo a possibilidade de responsabilização perante o Comitê de Peritos dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), que se relaciona com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais, no qual seria inviável ao passo que necessitaria que o Brasil ratificasse o Protocolo Opcional.

Quanto ao sistema mundial, a responsabilização também ficaria prejudicada, haveria a necessidade de uma cláusula compromissória no tratado, sem esta, é permitido ao Brasil recusar quaisquer casos contenciosos perante o tribunal. Ademais, não é possível de se desviar no sistema regional, neste, a análise foi realizada sobre a jurisdição interamericana, já que seria através desta que o Brasil poderia participar de um processo.

No terceiro objetivo específico, a partir da relação entre as situações reais da saúde no Brasil, foi possível constatar a escassez dos suprimentos e instalações na época da pandemia foram resultantes de uma constante falta de investimentos. A partir disso, resultados como recusas em atendimento, exigência de caução em casos de emergência, demora no atendimento, acabaram por fazer diversos indivíduos e famílias sofrerem, desde mortes até sofrimento com a espera, entre outros.

Face a isso, concluiu-se que seria mais eficaz o ingresso de uma ação perante ao sistema regional de proteção interamericano, porém mais indivíduos, e até mesmo entidade não-governamental. Porém, a comunicação que seria submetida a Comissão Interamericana, ficaria submetida a uma série de atos processuais até chegar a Corte Interamericana para um julgamento de fato. Primeiramente a Comissão analisando a existência de todos os requisitos de admissibilidade, o Estado-Parte seria notificado para prestar informações, a fim de cumprir o contraditório e a ampla defesa. À vista disso, teria também uma tentativa de solução amistosa entre as partes, a qual, sendo infrutífera, a Comissão poderá remeter a Corte Interamericana, que novamente faria uma análise de admissibilidade para só após, os demais atos processuais fossem cumpridos.

Entendeu-se assim, que a responsabilidade pode ocorrer, porém ficará condicionada a uma série de situações processuais. Assim, frente a essas situações das quais acabaram por prejudicar a garantia que deveria ser dada pelo Estado de Direito a sua população, que são

resultantes de investimentos não realizados em uma proporção considerável, pode-se dizer ainda que de fato, a previsibilidade de uma situação como o Coronavírus diante a toda tecnologia existente, vacinas e recursos, é pequena. No entanto, deve-se utilizar tal período de mortes em massa para repensar sobre a necessidade de realizar um investimento mais afundo nesta área da população, desde estruturais até para a pesquisa científica.

REFERÊNCIAS

ACIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1357 p. Disponível em: <<https://bit.ly/37eVTZ4>>. Acesso em: 20 out. 2020.

AMAZÔNIA. **Coronavírus: à espera de um leito; morte de Esther Silva revela colapso no sistema de saúde de Manaus**. AMAZÔNIA. Disponível em: <<https://amazonia.org.br/2020/04/coronavirus-a-espera-de-um-leito-morte-de-esther-silva-revela-colapso-no-sistema-de-saude-de-manaus/>> . Acesso em: 20 out. 2020.

BBC NEWS BRASIL. **Pandemia evidencia que Brasil gasta pouco e mal em saúde pública, diz diretor da OCDE**. BBC News Brasil, Jul. 2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/bbc/2020/07/24/interna_internacional,1169742/pandemia-brasil-gasta-pouco-e-mal-em-saude-publica-diz-ocde.shtml>. Acesso em: 20 out. 2020.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. Estudos Avançados. São Paulo, v. 17, n. 47, p. 225-236, Apr. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000100014&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 20 out. 2020.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de direitos fundamentais**. Campina Grande: Eduepb, 2016. 803 p. Disponível em: <http://www.uepb.edu.br/download/ebooks/Curso-de-Direitos-Fundamentais.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances - licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un état dans un conflit armé**. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. jul. 1996. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

DICIONÁRIO INFOPÉDIA. **Ipsa facto**. Porto: Porto Editora, 2003-2020. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/ipsosfacto>>. Acesso em: 20 out. 2020.

DICIONÁRIO INFOPÉDIA. **Per se**. Porto: Porto Editora, 2003-2020. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/perse>>. Acesso em: 20 out. 2020.

DICIONÁRIO INFOPÉDIA. **Ultra vires**. Porto: Porto Editora, 2003-2020. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/ingles-portugues/ultra_vires>. Acesso em: 20 out. 2020.

ESCR-NET. **Human Rights Enforcement Mechanisms of the United Nations**. ESCR-Net. 201-?. Disponível em : <<https://www.escr-net.org/resources/human-rights-enforcement-mechanisms-united-nations>>. Acesso em: 20 out. 2020.

G1 FANTÁSTICO. **Superlotação das UTIs: Fantástico mostra a situação crítica em capitais por causa da Covid-19**. 19 abr. 2020. G1 FANTÁSTICO. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/19/superlotacao-das-utis-fantastico-mostra-a-situacao-critica-em-capitais-por-causa-da-covid-19.ghtml>> . Acesso em: 20 out. 2020.

GAZETA DO POVO. **Sem pânico: hospitais com UTIs para Covid lotadas não são sinal de caos**. GAZETA DO POVO. Jun. 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/curitiba/sem-panico-hospitais-utis-lotadas-veja-vagas-pandemia/>> . Acesso em: 20 out. 2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the international court of justice, international court of justice**. Out. 1945. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>. Acesso em: 20 out. 2020.

OEA. Quem somos. OEA. 2020?. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp> Acesso em: 20 out. 2020.

OHCHR. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. OHCHR. 1996-2020. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>>. Acesso em: 20 out. 2020.

OHCHR. **Status of ratification interactive dashboard**. OHCHR. 2020. Disponível em: <<https://indicators.ohchr.org>>. Acesso em: 20 out. 2020.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. DIREITO À SAÚDE: conteúdo, essencialidade e monitoramento. **Revista Cej**, Brasília, Ano XIV, n. 48, p. 92-100, mar. 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24876.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia *et al.* **Manual de Direitos Humanos**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 992 p.

PACHECO, Silvia. Transparência: Saúde lança painel com dados de leitos e equipamentos no país. **Ministério da Saúde**. 02 abr. 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br>> . Acesso em: 20 out. 2020.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 87-118, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/54954>>. Acesso em: 20 out. 2020.

PETERKE, Sven *et al* (org.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais.pdf> Acesso em: 20 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019. 581 p. Disponível em: < <https://docero.com.br/doc/nscne01>>. Acesso em: 20 out. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São paulo: Saraiva, 2017. 864 p. (9788547214517). Disponível em: < <https://bit.ly/3dOujEL>>. Acesso em: 23 Abr. 2020.

SHAW, Malcolm. **International Law**. 8th edition. Cambridge University Press. Jun. 2018. 1033p.

TOEBES, Brigit. International health law: an emerging field of public international law. **Indian Journal Of International Law**, [S.L.], v. 55, n. 3, p. 299-328, set. 2015. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40901-016-0020-9>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2414424. Acesso em: 20 out. 2020.

UNTC. **Charter of the united nations and statute of the international court of justice**. UNTC. Out. 1946. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=I-4&chapter=1&lang=en#8>. Acesso em: 22 out. 2020.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>>. Acesso em: 20 out. 2020.

ZYBERY, Gentian, Enforcing Human Rights Through the International Court of Justice: Between Idealism and Realism. in Sir Nigel Rodley and Tara Van Ho (eds.), **Research Handbook on Human Rights Institutions and Enforcement**, April, 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3160073>. Acesso em: 20 out. 2020.

CAPÍTULO 7

OS RISCOS DEMOCRÁTICOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ismael Lemes Vieira Júnior, Graduado em Administração de Empresas, Graduado em Direito, Pós-Graduado em Docência Universitária, Especialista em Sistema de Garantias dos Direitos Fundamentais de Criança e Adolescente, Pós-Graduado em Logística Empresarial, Especialista em Gestão de Pessoas, Mestre em Ciências da Educação. Professor de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade FALBE

Rosimar de Araújo Vieira, Graduada em Direito. Pós-Graduada em Civil e Processo Civil. Pós-Graduada em Docência Universitária. Delegada de Polícia do Estado de MT

RESUMO

O presente estudo tem o propósito de analisar fundamentos os riscos democráticos e as políticas públicas. Na formulação de políticas, devido à tendência de apoiar o paradigma tradicional (existência, eficácia e meios de formulação de políticas) e da ação do Estado, as autoridades democráticas tendem a assumir que existe uma relação horizontal entre a ação popular e a administração. Tampouco pode defender totalmente as atividades dos países contemporâneos. Não há dúvida de que mais democracia fortalecerá a democracia. No entanto, a democracia representativa que prevalece na maioria dos países não deve se basear apenas na noção de que quando os cidadãos são pessoas juridicamente válidas a participar de “pesquisas” e votações de opinião para eleger seus representantes políticos, os cidadãos elegem os deputados uma vez a cada quatro anos e senadores para mandatos de 8 anos. Essa democracia de baixa qualidade não é suficiente para lidar com as necessidades sociais, as incertezas e a complexidade das questões sociais básicas, e essas questões básicas requerem intervenções abrangentes baseadas na participação e na tolerância.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Democracia na era digital; Governo; Políticas públicas; Risco da democracia.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no tema será feito uma breve conceituação de democracia e políticas públicas afim de entender o que se busca com o artigo. O simples debate sobre os riscos democráticos é um sinal de sentido de grande parte da população do país. Num regime unificado, não há dúvidas: tudo está sob o controle da lei, a liberdade não é apenas formal, e os meios de comunicação e notícias não são perseguidos ou favorecidos, não há apelo à intervenção militar, tem-se também o risco da democracia na era digital, o que será abordado a seguir no artigo. Já em relação as políticas públicas, (SARAVIA, 2006), destacou que “as atividades da administração estadual têm sido foco de análise no mais amplo ramo do conhecimento desde o seu início”.

O ponto comum das teorias das políticas públicas (BUCCI, 2002) destacou que, do ponto de vista topográfico, a definição e implementação de políticas como meio de ação administrativa pública existem em uma zona mista de direitos constitucionais e direitos administrativos. Uma série de princípios específicos permeados pela ciência da gestão; nesse sentido, (FARIA, 1999) considerou no “Direito Econômico Global” o direito da gestão administrativa sob o amparo do direito público e no pressuposto de que o interesse público é superior ao interesse específico.

O objetivo geral busca estudar o tema “os riscos democráticos e as políticas públicas”. Já os objetivos específicos, analisar o que é democracia, analisar conceito de políticas públicas e destacar os riscos da democracia na era digital. A problematização do artigo fica embasado em como trazer avanços para a democracia sem violar direitos e garantias individuais das pessoas.

A metodologia utilizada para a realização do artigo foi a bibliográfica explorativa. Tal pesquisa, busca embasar seus conceitos em livros, periódicos de teses, dissertações, artigos da internet, revistas acadêmicas e demais fontes avaliadas pela Plataforma Sucupira do Governo Federal a qual é ligada ao CAPES.

2. OS RISCOS DEMOCRÁTICOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

a. DEMOCRACIA

A democracia é um tipo de governo onde outros detêm o poder de selecionar a legislação que os rege. Quem são os indivíduos e como o poder é discutido entre eles são problemas centrais para o conceito democrático, a constituição e o desenvolvimento. Uma série de pedras angulares desses problemas são a liberdade de expressão e de reunião, igualdade e inclusão, voto, consentimento, filiação, à vida e também direitos das minorias.

Em geral, encontrará 2 tipos de democracia: representativa e direta. Em uma democracia imediata, os indivíduos deliberam e julgam especificamente a legislação. Em uma democracia representativa, os representantes são eleitos pelo povo para deliberar e julgar a legislação, como na democracia presidencial ou parlamentar. (BOYD, 1884). A democracia líquida funde elementos desses 2 tipos fundamentais. No entanto, o substantivo "democracia" foi, com o passar do tempo, alterado por mais de 3.500 adjetivos, o que implica que ele pode ter tipos que podem iludir e também omitir essa dualidade particular. (GAGNON, 2020).

Provavelmente, a estratégia de tomada de decisão diária mais típica das democracias é a maioria das regras, embora muitos outros métodos de geração de decisão, como a maioria

absoluta e também a opinião, sejam igualmente essenciais para as democracias. Eles fornecem o objetivo essencial de inclusão e legitimidade mais ampla em questões muito delicadas, contrabalançando o majoritarismo e, portanto, têm precedência principalmente em um nível de aptidão constitucional.

Na variante popular da democracia liberal, as corridas da maioria são elaboradas na estrutura de uma democracia representativa, embora a maioria seja limitada pela constituição e proteja a minoria, normalmente através do gozo de muitos de alguns direitos específicos, por exemplo, independência de fala ou talvez independência de associação. Além desses tipos básicos de democracia, já existe uma grande variedade de tipos que vão além. As repúblicas, embora frequentemente ligadas à democracia devido à ideia compartilhada de princípio pelo consentimento dos governados, nem sempre são democracias, pois o republicanismo não indica a forma como os indivíduos devem governar. (WATKINS, 1970).

Com base no pesquisador político americano Larry Diamond, a democracia inclui 4 elementos que são essenciais: um programa político para selecionar e mudar o governo por meio de eleições livres e justas; o envolvimento ativo das pessoas, como cidadãos, na vida cívica e na política; proteção dos direitos humanos de todas as pessoas; um princípio de direito, em que as leis e também os procedimentos se aplicam da mesma forma que a outros cidadãos. (DIAMOND, 2004). Todd Landman, no entanto, chama a atenção dos nossos para o facto de os direitos humanos e a democracia serem 2 ideias diversas e que “deveria haver uma maior especificidade na conceptualização juntamente com a operacionalização da democracia e dos direitos humanos”. (LANDMAN, 2008).

A palavra surgiu no século 5 a.C para denotar os métodos políticos e então existentes nas cidades-estado gregas, particularmente Atenas, para implicar "governo do povo", ao contrário da aristocracia (? Πιστοκρατία, aristokratía), que significa "governo de uma elite". Embora, hipoteticamente, essas definições sejam opostas, na prática a distinção tem sido historicamente confusa. (WILSON, 2006).

A estrutura política da Atenas Clássica, por exemplo, concedeu cidadania democrática a homens que são livres e excluiu mulheres e escravos do envolvimento político. Na maioria dos governos democráticos ao longo da história moderna e antiga, a cidadania democrática era composta por um tipo de elite, até que a emancipação plena foi recebida para esses cidadãos adultos em muitas democracias modernas através dos movimentos sufragistas dos séculos 18 e 19.

A democracia contrasta com os tipos de autoridades onde a energia é possivelmente mantida por uma pessoa, como em uma monarquia absoluta, ou onde o poder é mantido por alguns indivíduos, como em uma oligarquia. No entanto, essas oposições, transmitidas da filosofia grega, são ambíguas porque os governos da moda combinaram elementos monárquicos, oligárquicos e democráticos. Karl Popper definiu a democracia em comparação com a tirania ou a ditadura, portanto, concentrando-se nas oportunidades para que todos os indivíduos gerenciem seus líderes e também para expulsá-los sem a necessidade de uma revolução (JARVIE, 2006.).

Não existe consenso sobre como você pode definir a democracia, mas igualdade jurídica, regime político e liberdade de lei foram rotulados como características cruciais. Esses princípios são espelhados em todos os cidadãos qualificados sendo iguais perante a lei e também possuindo igualdade de acesso aos processos legislativos. Por exemplo, em uma democracia representativa, cada voto tem peso idêntico, nenhuma limitação irracional é capaz de usar a qualquer um que busque ser um representante, e também a independência dos cidadãos elegíveis é protegida por direitos legitimados junto com liberdades que geralmente são protegidas por uma constituição. Outras aplicações de "democracia" incorporam a de democracia forte. (HÉNAFF, 2001).

Um princípio pode sustentar que a democracia exige 3 conceitos básicos: comando ascendente (soberania residindo provavelmente nos níveis mais baixos de autoridade), igualdade política e normas sociais pelas quais instituições e indivíduos consideram apenas atos apropriados que refletem os 2 princípios iniciais de igualdade política. e controle para cima A palavra "democracia" é frequentemente utilizada como abreviatura para democracia liberal, que passa a ser uma versão de democracia representativa que poderia incorporar componentes como, por exemplo, pluralismo político; igualdade perante a lei; o apropriado para peticionar funcionários eleitos para reparação de queixas; Devido Processo; liberdades civis; direitos que são humanos; e também componentes da sociedade civil fora do governo. Roger Scruton argumenta que a democracia por si só não pode fornecer independência política e pessoal até que as instituições da sociedade civil também possam estar presentes. (SCRUTON, 2013).

Em certos lugares, notadamente no Reino Unido que originou o sistema de Westminster, a ideia dominante é o fato de soberania parlamentar, mantendo a independência judicial. Nos Estados Unidos, a separação de poderes costuma ser citada como principal característica. Na Índia, a soberania parlamentar é governada pela Constituição da Índia,

incluindo revisão judicial. Embora a palavra "democracia" seja normalmente aplicada ao contexto associado a um status político, os conceitos são, sem dúvida, apropriados para empresas privadas. (BARAK, 2006).

Existem muitas estratégias de tomada de decisão empregadas nas democracias, mas o governo da maioria é definitivamente o tipo dominante. Sem compensação, como proteções legais de direitos individuais ou talvez de classe, as minorias políticas serão oprimidas pela "tirania da maioria". A regra da maioria é uma abordagem naturalmente competitiva, oposta à democracia de opinião, desenvolvendo a demanda de que as eleições, e comumente a deliberação, sejam processuais e substantivamente "justas", ou seja, simples e equitativas. Em alguns lugares, a independência de expressão política, a liberdade de expressão, a liberdade de mídia e a democracia na Internet são consideradas cruciais para garantir que os eleitores estejam atualizados, permitindo-lhes votar com base em seus próprios interesses. (KELSEN, 1955).

Da mesma forma, foi recomendado que um elemento simples de democracia será a capacidade de todos os eleitores de se envolverem plena e livremente na vida de sua sociedade. Com a ênfase em noções de acordo social e também na vontade coletiva da maioria dos eleitores, a democracia também poderia ser caracterizada como uma espécie de coletivismo político, uma vez que é descrita como um tipo de governo em que a maioria dos cidadãos qualificados tem voz igual na legislação. (SNYDER, 2006).

Portanto, a democracia é um método de processamento de conflitos onde os resultados dependem do que os indivíduos fazem, embora nenhuma força individual controle o que acontece e os resultados disso. A ansiedade dos resultados é natural na democracia. A democracia pode fazer com que cada força lute frequentemente para apreciar os interesses deles e devolve a força de grupos de indivíduos a conjuntos de regras. A democracia ocidental, única daquela que existia nas sociedades pré-modernas, é geralmente considerada como tendo se originado em cidades-estados como a Atenas Clássica e também a República Romana, nas quais diferentes graus e esquemas de emancipação da população masculina gratuita foram encontrados antes do tipo desapareceu no Ocidente no início da antiguidade tardia. O termo em inglês data do século 16, do antigo francês médio e seus equivalentes do latim médio.

b. POLÍTICAS PÚBLICAS

A política pública será o procedimento pelo que os governos traduzem sua perspectiva política em ações e programas para entregar os resultados - mudanças desejadas no mundo real". O "mundo verdadeiro" está sempre mudando e isso resultou no movimento para o maior uso da prova no layout da política, produção e configuração. A teoria da escolha racional, ou ainda hoje mais frequentemente reconhecida como política baseada em evidências, argumenta que a concentração em evidências científicas, em vez de cultura e história, deve direcionar a formulação de políticas públicas. A base da política pública consiste em leis constitucionais nacionais e Regulamentos. Outros substratos consistem tanto em interpretações judiciais quanto em leis que são comumente autorizadas pela legislação. A política pública é poderosa quando resolve problemas de forma eficaz e eficiente, atende e também apoia políticas e instituições governamentais, e também incentiva a cidadania ativa. (NORWICH UNIVERSITY PUBLIC ADMINISTRATION, 2014).

Em seu livro a “Introdução Avançada às Políticas Públicas”, B. Guy Peters define a política pública como "o conjunto de atividades em que os governos se engajam para modificar sua sociedade" e economia, afirmando efetivamente que política pública é legislação introduzida com o objetivo de beneficiar ou afetar o eleitorado de várias formas. Em outra caracterização, o escritor B. Dente em seu livro, "Understanding Policy Decisions", descreve a política pública como "um conjunto de medidas que afetam a fórmula de uma questão política, ou seja, uma insatisfação sobre alguma necessidade, oportunidade ou demanda de intervenção pública. Sua qualidade é calculada pela capacidade de produzir valor público." (DENTE, 2013).

Outros estudiosos determinam a política pública como sendo um método de "cursos de prioridades de financiamento, leis, medidas regulatórias ou ações relativas a um determinado assunto promulgado por uma entidade governamental ou talvez por seus representantes". A política pública é frequentemente incorporada em "constituições, ações legislativas e decisões judiciais".

As políticas públicas concentram-se nas escolhas que produzem as saídas de um processo político, como as políticas de transporte, o controle associado a um programa de saúde pública, a administração de um sistema de ensino, bem como o grupo de qualquer força de defesa. (SCHUSTER, 2008).

Nos Estados Unidos, este conceito em particular refere-se não apenas ao resultado das políticas, mas muito mais amplamente à tomada de decisões, juntamente com a avaliação das decisões governamentais. Como disciplina acadêmica, as políticas públicas são estudadas por estudantes e professores de faculdades de políticas públicas de grandes faculdades em todo o país. A conexão oficial dos EUA de provedores de políticas públicas, acadêmicos, pesquisadores e alunos é a Associação para Análise de Políticas Públicas e Gestão. Muitas políticas públicas são sobre avaliar a tomada de decisões em governos e burocracias públicas. A formulação de políticas públicas e também a implementação de políticas públicas A formulação de políticas públicas poderia ser reconhecida como um programa poderoso, complexo e também ativo por meio de quais questões públicas são identificadas e resolvidas pela produção de novas políticas públicas ou talvez pela reforma das políticas públicas atuais. (JOHN, 1998).

As questões públicas são capazes de se originar de maneiras que são infinitas e também precisam de várias respostas políticas (como leis, cotas de importação, subsídios ou regulamentos) na área, nacional ou talvez global. As questões públicas que influenciam a formulação de políticas públicas podem ser de natureza financeira, social ou talvez política.

O Governo tem um monopólio legal para começar ou mesmo ameaçar a pressão física para alcançar seus fins quando necessário. Por exemplo, em pontos durante o caos quando é necessária uma tomada de decisão rápida. (DUSZA, 1989).

A formulação de políticas públicas é um ciclo de política exaustivo e demorado. O desenvolvimento fundamental do ciclo político é o seguinte; uma questão é determinada, uma resposta política é desenvolvida, a solução ideal será selecionada e aplicada e, em última análise, a política é examinada. No entanto, a fase de avaliação requer um olhar detalhado sobre o que poderia ser aprendido com a tarefa como um completo, se a questão inicial é resolvida, e quando não, o que é sugerido como um curso alternativo de ação. Consequentemente, devolução dos formuladores de políticas na etapa inicial; a identificação.

Cada produto é afetado por diversas questões públicas e problemas, e também possui várias partes interessadas; como resultado, cada um requer políticas públicas distintas.

Na formulação de políticas públicas, corporações, numerosos indivíduos, organizações sem fins lucrativos, bem como grupos de interesse competem, bem como colaboram para afetar os formuladores de políticas para agir de forma específica.

A grande variedade de atores dentro do processo de políticas públicas, como indústria, especialistas em domínios, lobistas, funcionários públicos ou políticos ou talvez representantes setoriais, fazem uso de uma ampla variedade de ferramentas e táticas para melhorar os objetivos deles, como defender seus papéis publicamente, tentar educar opositores e apoiadores, e também mobilizar aliados em um assunto específico.

Muitos atores podem ser cruciais no processo de políticas públicas, mas os funcionários federais, em última análise, escolhem políticas públicas em reação à questão pública ou talvez emitir em questão. Ao fazê-lo, é provável que os funcionários federais se encontrem com a ética do setor público e também levem em conta os requisitos da maioria dos atores do trabalho.

Além disso, mudanças tecnológicas e comunicações em massa, como a ampla disponibilidade da web, levaram o sistema telefônico de políticas públicas a ser interligado. As mudanças colocam novos problemas nos métodos atuais de políticas públicas e pressionam os líderes a mudar para se manterem eficientes.

As políticas públicas vêm de todas as entidades governamentais e de todos os níveis: escritórios executivos, órgãos burocráticos, tribunais e legislativos nas níveis nacional, de bairro e estadual. No nível federal, políticas públicas são regulamentos pelo Congresso, ordens executivas dadas pelo presidente.

As políticas públicas incorporam regulamentos de trânsito, códigos de incêndio e portarias municipais. Além disso, eles tomam o tipo de regulamentos escritos e regras dos departamentos governamentais comunitários: as autoridades, o reparo nas ruas, os bombeiros ou a inspeção predial. No âmbito estadual, as políticas públicas incluem regulamentos promulgados pelos legislativos estaduais, escolhas dos tribunais estaduais, regras criadas por empresas burocráticas estaduais e escolhas dos governadores.

Por conseguinte, as questões públicas são capazes de se originar de maneiras que são infinitas e também precisam de várias respostas políticas (como leis, cotas de importação, subsídios ou regulamentos) na área, nacional ou talvez global. As questões públicas que influenciam a formulação de políticas públicas podem ser de natureza financeira, social ou talvez política.

c. PREOCUPAÇÕES COM A DEMOCRACIA NA ERA DIGITAL

Recentemente, evidências disponíveis são sobre o efeito sobre as democracias da explosão mundial de empresas digitais e plataformas eletrônicas, baseadas inicialmente no

governo dos EUA apoiado e agora em todo o mundo da Internet. Essas empresas, gerando os preços das ações de Wall Street, continuam a ser em grande parte desregulamentadas e também descontroladas pelas leis anti-confiança convencionais, particularmente nos EUA. Esses negócios, particularmente os gigantes das redes sociais, são analisados por suas crescentes ameaças às democracias na maioria dos lugares. Este artigo explora problemas estruturais muito mais profundos, juntamente com riscos adicionais às democracias apresentadas pelos estilos operacionais e de negócios fundamentais dessas grandes corporações globais. Sua vasta rentabilidade depende de capturar enormes caches de informações pessoais privadas sobre os usuários registrados deles, fornecendo conhecimentos "gratuitos".

Este conjunto de dados orwellianos⁶ será oferecido aos anunciantes, um grande número de empresas de publicidade de terceiros, figuras políticas e com muita frequência para funcionários de regimes repressivos. Esse tsunami de informações individualizadas permite a vigilância de cidadãos em estados autocráticos e em ambas as democracias. Prova dessa perversão da fala que é livre e também de segurança nas democracias é registrada. Estão previstas propostas para a construção da regulação governamental sobre o GDPR da UE.

Também é proposto reforçar a autonomia de privacidade do cliente mais a independência, aumentando o Habeas Corpus, a antiga lei comum inglesa. O jornal inclui a introdução dos riscos à democracia a partir de alguns outros estilos de atividade comercial baseada no mercado, como a financeirização mundial dos mercados mundiais de ações, moedas e títulos, políticas dos bancos centrais e tentativas de reformar esses mercados de valores mobiliários. Quase todos esses riscos para as democracias continuam, e também responder aos problemas envolve uma estratégia muito mais orientada para o futuro para os riscos verdes planetários, em vez de estudos acadêmicos antropocêntricos e reformas convencionais de ocasiões anteriores.

Em *Roadway to Unfreedom* (2018), o historiador Timothy Snyder observa os EUA como "sonâmbulos" dentro da atual guerra de informações por estados autoritários liderados pela federação russa, visando instituições e valores democráticos. Em nossa era eletrônica global atual, não é importante travar disputas cinéticas, uma vez que lugares democráticos como os EUA e também todos os da Europa são rapidamente prejudicados com ataques cibernéticos, propaganda e armamento de redes sociais e culturas políticas abertas. Os

⁶ São dados do autor [George Orwell sobre as ações governamentais sobre o GDPR da UE.](#)

exemplos de Snyder incluem as seções semeadas nos EUA em suas eleições de 2016 e ainda em curso, e a discórdia dentro do Reino Unido desde o Brexit, que ele chama de "o maior sucesso de política externa da Rússia". (HAZEL, 2018.)

Há evidências de que as redes sociais e outras instituições facilmente armadas e também normas dos Estados democráticos estão sendo efetivamente interrompidas nos EUA, Europa, juntamente com outras democracias. De acordo com Na Mídia Antissocial, a escritora (Siva Vaidhyanathan, 2018) destaca que na Mídia Antissocial, documenta a forma como o Facebook, juntamente com outras plataformas, são usadas como recursos por estados autoritários americanos, como a cooptação do Facebook pelo homem forte filipino Duterte e em Mianmar, onde o Facebook foi explorado nos ataques genocidas contra o público rohingya. Estes, juntamente com outros abusos da internet, são resumidos no artigo particular da Economist Fixando a Internet: Os Ins, bem como Outs. O magistral tem três volumes A Sociedade e Cultura da Idade (1996) do sociólogo Manuel Castells, revisado em um trabalho inédito pelo físico Fritjof Capra, continua provavelmente a mais completa pesquisa dessas mudanças históricas. (HAZEL, 2018).

No Estado Empreendedor (2015), a economista Mariana Mazzucato critica essas novas plataformas digitais emanadas principalmente dos EUA e também dos "homens" de inclinação libertária majoritariamente jovens que lançaram a Microsoft, Amazon, Google, Facebook, Twitter, LinkedIn, Instagram, Snapchat, bem como os elétricos relacionados - muitos com subsídios governamentais - ao usar a Internet, um contribuinte financiado como uma inovação federal. A China está rapidamente alcançando o WeChat, Alibaba, Tencent, bem como empresas mais amplas. (HAZEL, 2018).

Os pequenos codificadores do Vale do Silício agora reescrevem nossas regulamentações cívicas, ingenuamente relataram que a conectividade que eles forneceram "livre" inauguraria um nível mais alto de liberdade e democracia, alegando falsamente que a malfadada "Primavera Árabe" era uma revolução do Twitter e do Facebook. Em How In to Fix The Future (2018), o empresário de tecnologia serial Andrew Keen discorda, criticando as pretensões do Vale do Silício, fornecendo reformas aos modelos de negócios deles e à irresponsabilidade cívica. Uma declaração em New Scientist chamada The Race to prevent Bots Taking Over the planet detalha como os legisladores estão querendo reprimir perfis automatizados de redes sociais e desinformação. (CHRIS, 2018).

Até 2017, essas empresas eram lionizadas e não regulamentadas enquanto instalavam armas de lobby em Washington. Na Riqueza das Redes, Yochai Benkler requer uma visão otimista de como a produção cultural transforma a liberdade e os mercados eles são hoje vistos como monopólios imensamente gratificantes, explorando as consequências do sistema "vencedor take all" da Internet. Professando ser apenas plataformas tecnológicas, sem obrigações para material de conteúdo, esses novos dados alimentados gigantes têm modelos de negócios dependendo do marketing de informações privadas de seus usuários para anunciantes. (HAZEL, 2018).

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia (UE) é uma unidade em vigor que aborda as piores características da coleta de dados da empresa, bem como a vigilância dos usuários deles, como a chamada Internet das Coisas. Uma nova lei de direitos autorais da UE endurece as diretrizes sobre o uso de artigos sobre os enormes pagamentos que precisam de sistemas de internet social.

O Congresso dos EUA produziu trabalhos de Avaliação tecnológica (OTA) na década de 1970 para se preparar para os legisladores com conhecimento necessário ao questionar testemunhas como o CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, sobre como o uso de dados pessoais deles levou os algoritmos deles para grandes lucros. Durante a década de 1980, a OTA forneceu ao Congresso a experiência necessária em todas as soluções sob debate público sobre os possíveis impactos deles no bem-estar, na cultura e também no planeta. (HAZEL, 2018).

Nos dias de hoje, a internet foi celebrada por fornecer aos eleitores acesso recém-descoberto a informações sobre níveis sem precedentes e candidatos de transparência para informações públicas. Ele lançou as bases para uma nova geração de movimentos e campanhas sociais, permitindo que as pessoas desafiem as estruturas de poder presentes e também os guardiões das informações.

Hoje em dia, essa confiança em particular foi temperada pelo constante gotejamento de informações sobre a interferência eleitoral on-line dentro do País e inúmeras nações adicionais. Despertou instituições democráticas para novos níveis de preocupação. O que ocorreu nas eleições presidenciais de 2016 no país pode ter chocado muitos americanos, embora não fosse diferente no cenário mundial.

Iniciativas para promover candidatos com técnicas dissimuladas e também sufocar relatórios independentes são predominantes na Índia. Organizações da sociedade civil há

muito encontraram promoções de trolling e desinformação no WhatsApp e facebook que parecem criadas para minar vozes dissidentes e também impulsionar o Partido Bharatiya Janata (BJP) do primeiro-ministro Narendra Modi. (HAZEL, 2018).

Na véspera de uma eleição de abril de 2019, plataformas de redes sociais como Twitter e Facebook anunciaram que derrubaram milhares de páginas (com inúmeros apoiadores combinados) por "comportamento inautêntico coordenado" e "promover spam". Alguns preferiram o BJP, e alguns o partido oposto do Congresso Nacional Indiano.

A parte do Facebook, particularmente, nestas, juntamente com outras eleições, produziu um escrutínio público significativo. Em 2018, uma audiência globalmente relatada de Mark Zuckerberg pelo Congresso dos Estados Unidos na iluminação de um escândalo público envolvendo a equipe de consultoria, Cambridge Analytica, desempenhou um grande papel na colocação da coleta de informações para fins políticos em perspectiva.

Zuckerberg se desculpou posteriormente por não realizar muito para impedir que a plataforma seja usada para danos, "notícias falsas, incluindo, interferência internacional nas eleições e também discurso de ódio".

Desde então, o Facebook prometeu aumentar a transparência no marketing político. O Twitter tem "integridade eleitoral" extra aos seus valores públicos. Mas tais remédios podem ser meros auxiliares de banda. As plataformas são criadas com técnicas que incentivam e recompensam conteúdo sensacionalista e extremo que cria compartilhamentos e cliques através de declarações e ataques loucos. Algoritmos do Newsfeed são tipicamente caçados por bots e trolls especializados. Os resultados de pesquisa do Google são modificados.

Em 2017, bem como em 2018, a Cambridge Analytica também foi descoberta por ter coletado informações de proprietários na Índia, Brasil, México e Indonésia para o trabalho de plano. A consultoria até estabeleceu raízes no Quênia. Em um estudo de caso da campanha eleitoral de 2013 do atual presidente Uhuru Kenyatta, a Cambridge Analytica descreveu ter estabelecido uma técnica para o candidato "com base nas exigências (empregos) e medos (violência tribal) do eleitorado". Isso atingiu um acorde para os quenianos, que se acostumaram com as redes sociais provocando violência entre vários grupos étnicos. (HAZEL, 2018).

Em 2017, as pessoas quenianas interessadas em marketing direcionado e mensagens on-line sms individuais para os cidadãos, aproveitando a variedade adequada de detalhes individualizados do governo queniano, que atualmente não há proteções legais para a

privacidade das informações. O presidente Uhuru Kenyatta venceu a eleição em uma votação de reeleição, depois que sua vitória original foi anulada pela Suprema Corte com a justificativa de problemas. (HAZEL, 2018).

Esses casos representam apenas alguns dos que dominaram as manchetes, bem como os feeds de notícias em todo o mundo no passado recente. O que eles nos ensinam, em quantidade, é o fato de que na web aberta qualquer pessoa é capaz de tocar e alterar a mente de inúmeros indivíduos - particularmente no caso de eles têm dinheiro para investir e, portanto, estão preparados para armar dados e informações. Indivíduos ricos e poderosos, instituições, governos estrangeiros e locais, estão empunhando a web desta maneira para ganho político.

Um método multidimensional de desinformação, independente de alto nível definido em notícias que são falsas e europeias, desinformação on-line, 2018. Ideias para mitigar as chances começaram a surgir. O apoio a iniciativas de verificação de fatos imparcial está aumentando em todo o mundo, assim como os eleitores estão começando a ser mais sábios sobre as maquinações eletrônicas de líderes políticos e grupos de interesse.

Diante das eleições europeias de 2019, 4 grandes empresas de tecnologia (Mozilla), Twitter, Google e Facebook assinaram o Código de Prática sobre Desinformação da Comissão Europeia comprometendo-se a tomar medidas particulares para evitar que a desinformação manipulasse as pessoas da União Europeia. Globalmente, plataformas de mídia social como Facebook, Instagram, Google, Twitter e Youtube são instadas a serem transparentes sobre precisamente como os clientes online são monitorados e também precisos, e também oferecem a homens e mulheres muito mais controle sobre suas informações pessoais.

Assim, em quase todos os lugares, há consternação sobre o que está por vir. Na África, estão previstas eleições em dezenove países em 2019. Na Ásia, em mais de dez países. Na América Latina, haverá até 9 eleições, 6 presidenciais. Informações factuais e relatórios responsáveis são essenciais para indivíduos que fazem escolhas educadas sobre quem deve governar. É exatamente por isso que combater informações falsas com o cuidado do acesso aberto e da liberdade de expressão às informações é crucial desde que seja limitado e que não forme pensamento para coibir ideias divergentes. Quando o poder está em jogo, sem custo é poupado para influenciar a opinião pública ou mesmo para silenciar os críticos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi abordado o tema é complexo e com muitos estudos sobre o mesmo, mas o futuro da democracia vai exigir alguma criatividade. Também requer alguma deliberação informada, e muito anseio da população, devido que o Brasil atualmente se encontra dividido em anseios ideológicos-partidários.

As principais dificuldades encontradas na abordagem do tema proposto, foi destacar os posicionamentos sobre o tema, sendo assim, é difícil ignorar que há algum tempo a confiança do público nos governos e instituições democráticos está em declínio, com as pessoas sentindo que têm pouca voz nos principais acontecimentos que afetam suas vidas, tanto nas políticas como em demais áreas do saber.

Sendo assim, foi de suma importância destacar que a democracia vem sofrendo inúmeros ataques por meio da internet, por pessoas que agem de má-fé, assim, “poderes” da era digital e das mídias sociais e da democracia nem sempre estão perfeitamente alinhados, mas existem maneiras de responder e para a população se preparar para essa dinâmica em evolução.

Portanto, embora tenha havido um progresso positivo, ainda há muitas questões que precisam ser resolvidas para democratizar e fazer uma atuação mais ampla em políticas públicas, tanto a cargo da população como dos governos, sendo assim, vale destacar que as plataformas digitais podem aproximar novas pessoas, mas também podem atuar como “câmeras de eco” para dividir ideias sem ter que considerar as nuances do debate, deixando ideologias de lado, e prevalecendo sempre o respeito com os debatedores de ideias.

REFERÊNCIAS

BARAK, Aharon (2006), "**Protegendo a constituição e a democracia**", em Barak, Aharon (ed.). O juiz em uma democracia, Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, p. 27, ISBN 978-0-691-12017-1. Pré-visualizar.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOYD, James Penny (1884). **Construindo e Governando a República**. Bradley, Garretson & Company. pp. 12–13. Disponível em: <https://books.google.com/books?id=Sj0vAAAAYAAJ&printsec=frontcover&pg=PA13>. Acesso em: 10/09/2020.

CHRIS Stokel-Walker, “**A corrida para impedir que os bots dominem o mundo**”. New Scientist 239, no. 3186 (2018): 22-23

DENTE, Bruno (2013-12-05), "**Understanding Policy Decisions**". SpringerBriefs in Applied Sciences and Technology, Springer International Publishing, pp. 1–27, doi:10.1007/978-3-319-02520-9_1, ISBN 978-3-319-02519-3.

DIAMOND, L., **Palestra na Hilla University for Humanistic Studies 21 de janeiro de 2004: "What is Democracy"**. Diamond, L. e Morlino, L., A qualidade da democracia (2016). Em Diamond, L., In Search of Democracy. Londres: Routledge. ISBN 978-0-415-78128-2.

DUSZA, Karl (1989). "**Concepção de Estado de Max Weber**". **Revista Internacional de Política, Cultura e Sociedade**. 3: 71–105. doi: 10.1007 / BF01430691. S2CID 145585927.

FARIA, José Eduardo de. Introdução. In: FARIA, José Eduardo de (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GAGNON, Jean-Paul. 2020. "**Democracy with Adjectives Database, at 3539 entries**". Fornecido pela Fundação para a Filosofia da Democracia e pela Universidade de Canberra. Hospedado por Cloudstor / Aarnet / Instacluster".

HAZEL HENDERSON, 2018. **O futuro da democracia desafiado na era digital**. Disponível em: <https://cadmusjournal.org/node/685>. Acesso em: 10/09/2020.

HÉNAFF, Marcel; Strong, Tracy B. (2001). **Espaço público e democracia**. Minneapolis: University of Minnesota Press. ISBN 978-0-8166-3388-3.

JARVIE, I.C.; Milford, K. (2006). **Karl Popper: Life and time, and values in a world of facts Volume 1 of Karl Popper: A Centenary Assessment**. Ashgate Publishing, Ltd. ISBN 978-0-7546-5375-2.

JOHN, Peter (1998). **Analisando Políticas Públicas**. Londres: Continuum. p. 10. ISBN 9780203136218.

KELSEN, Hans (outubro de 1955). "**Fundamentos da democracia**". *Ética*. 66 (1): 1–101. doi: 10.1086 / 291036. JSTOR 2378551. S2CID 144699481.

LANDMAN, Todd (2018). "**Democracia e direitos humanos: conceitos, medidas e relações**". *Política e governança*. 6 (1): 48. doi: 10.17645 / pag.v6i1.1186. Disponível em: <https://doi.org/10.17645/pag.v6i1.1186>.

NORWICH UNIVERSITY PUBLIC ADMINISTRATION. "**Characteristics of Successful Public Policy**". Norwich University Public Administration. Disponível em: <http://publicadmin.norwich.edu/characteristics-of-successful-public-policy/>. Acesso em: 04/09/2020.

SARAVIA, Enrique. **Introdução à Teoria da Política Pública**. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.) *Políticas públicas: coletânea*, v. 2. Brasília: ENAP, 2006

SCRUTON, Roger (2013). "**Um ponto de vista: a democracia é superestimada?** *BBC News*. BBC. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/news/magazine-23607302>. Acesso em: 10/09/2020.

SCHUSTER, W. Michael (2008). "**Para um bem maior: o uso de considerações de política pública na confirmação dos planos de reorganização do capítulo 11**". SSRN 1368469.

SNYDER, Richard; Samuels, David (2006), "**Desvalorizando o voto na América Latina**", in **Diamond, Larry; Plattner, Marc F. (eds.)**, Eleitoral sistemas e democracia, Baltimore: Johns Hopkins University Press, p. 168, ISBN 978-0-8018-8475-7.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Antisocial Media: How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy**. Hardcover. June 12, 2018.

YOCHAI, Benkler. **The Wealth of Networks**. New Haven e London: Yale University Press, 2006.

WATKINS, Frederick (1970). "**Democracia**". **Encyclopædia Britannica**. 7 (edição de capa dura da Expo '70). William Benton. pp. 215–23. ISBN 978-0-85229-135-1.

WILSON, NG (2006). **Enciclopédia da Grécia Antiga**. Nova York: Routledge. p. 511. ISBN 0-415-97334-1.

CAPÍTULO 8

PLANEJAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EMERGENCIAIS EM TEMPOS DE CALAMIDADE PÚBLICA

Mariane Yuri Shiohara Lubke, Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba – PR (Brasil). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Sócia do Escritório Shiohara Lubke Advogados Associados

RESUMO

O planejamento da atividade do Estado, fundamentado no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, é um fator determinante para o adequado ordenamento e execução de políticas públicas setoriais. Através do planejamento, preferencialmente de longo prazo, o Estado lança as bases para o cumprimento dos programas trazidos na Constituição brasileira, tida como dirigente ou compromissária. Situações de calamidade pública, como a provocada pela pandemia da COVID-19, impõem ao Estado o dever de execução de políticas públicas emergenciais, com a finalidade precípua de salvar a vida e preservar, ainda que minimamente, outros direitos fundamentais como a saúde, alimentação, educação e o trabalho. No afã de dar uma resposta imediata à sociedade e aos demais entes federados, a União falhou no planejamento de algumas políticas públicas implantadas, em especial no Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19 (Lei Complementar 173/2020). Especialmente em relação a esse Programa, o critério para a distribuição de recursos para os estados, Distrito Federal e municípios deixou de observar conteúdos essenciais da Constituição no direcionamento da política pública, como a necessidade de redução das desigualdades regionais e sociais, de se buscar uma isonomia que respeite as diferenças entre as unidades federadas, para além do simples número de habitantes, configurando, assim, um risco à democracia, em especial, ao princípio do pluralismo da sociedade. A partir do método hipotético dedutivo, o artigo tem como objetivo geral demonstrar que o planejamento de políticas públicas emergenciais para o enfrentamento de situações de calamidade pública como a pandemia do COVID-19, deve levar em consideração as especificidades de cada região, tais como a população, a renda, a infraestrutura instalada em detrimento de dados genéricos que considere somente as dimensões continentais do território brasileiro, sob pena de o Estado causar uma distorção do princípio da igualdade quando aplicado ao planejamento de sua atividade.

PALAVRAS-CHAVE: planejamento; políticas públicas; pandemia; riscos; democracia.

1. INTRODUÇÃO

O enfrentamento a uma pandemia nas proporções da COVID-19 realmente se configura como uma situação de calamidade pública: em pouco mais de nove meses de seu reconhecimento formal pela Organização Mundial de Saúde, ocorrido em 11 de março de 2020, o Brasil já registrou aproximadamente 200 mil mortes. Nesse curto período, as

desigualdades sociais foram escancaradas: a grande massa de desempregados, trabalhadores informais e suas famílias foram expostas não só ao vírus, mas à fome, ao distanciamento social nos barracos superlotados da favela, à falta de acesso à educação, à violência doméstica. Comprovadamente, a COVID tem atingido a população preta e parda em maior proporção do que a branca. Segundo dados da Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílio COVID-19, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no mês de maio de 2020, 70% dos brasileiros que apresentavam a doença eram pretos ou pardos (IBGE, 2020).

Na mesma esteira, as desigualdades regionais também ficaram mais claras na pandemia: a cada 100 mil habitantes, 77,7 morrem na região norte, para 35,6 na região sul (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). No mês de julho de 2020, os estados da região norte – Amapá, Maranhão e Pará – lideram o índice de domicílios que receberam o auxílio emergencial federal, com uma taxa média de 66,36%, enquanto Santa Catarina teve a menor taxa do país: 24,5%. A taxa de desocupação no mesmo período também foi maior nos estados do Amazonas, Maranhão e Bahia (média de 16,53%) e novamente menor no Estado de Santa Catarina (8,4%) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Essa diferença entre pobres e ricos, pretos e brancos, norte e sul, típica dos países coloniais, deve ser considerada no planejamento das ações do Estado para enfrentamento da pandemia: onde há maior carência de leitos de hospitais, concentração de pobreza, maior índice de desemprego, as políticas públicas devem ser mais presentes, sob pena de se colocar em risco a nossa democracia, que se propõe a assegurar a igualdade entre seus cidadãos. Entretanto, como adiante se demonstrará, a União, ao planejar algumas de suas ações, posteriormente aprovadas pelo Congresso Nacional, não se aprofundou, como deveria, nos critérios de distribuição de recursos públicos aos entes federados, o que, comprovadamente, causou um tratamento desigual, não se atingido, por exemplo, a finalidade de compensar as perdas de arrecadação dos estados, Distrito Federal e municípios.

O primeiro capítulo tratará da função de planejamento da atividade do Estado enquanto atividade que deverá sistematizar a ação do Estado de modo a cumprir as finalidades constitucionais, inclusive a partir do planejamento de políticas públicas setoriais. Em seguida, o segundo capítulo tratará especificamente sobre a possibilidade que as políticas públicas emergenciais, caso sejam formuladas de maneira inadequada, poderão ocasionar riscos à democracia, concluindo-se que as soluções encontradas pelo Estado – políticas públicas emergenciais – não observaram o princípio da igualdade.

2. A FUNÇÃO DE PLANEJAMENTO DO ESTADO E O ORDENAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Classificada como dirigente ou compromissária, a Constituição de 1988 traz em seu conteúdo normas definidoras de programas a serem efetivados pelo Estado, que, longe de possuírem caráter meramente indicativo, são dotadas de força normativa (HESSE, 1991). A partir da função de planejamento do Estado, tais programas constitucionais devem se reverter em ações concretas à sociedade, ou seja, em políticas públicas que, na definição de Bucci (2002, p. 241), “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Essa materialização da ação do Estado deve ser fruto de um planejamento, de uma visão prospectiva com vistas a procedimentalizar a ação do Estado ao longo do tempo, indicando as ferramentas necessárias para o cumprimento dos programas constitucionais.

O planejamento enquanto técnica/método que o Estado se vale para ordenar sua ação para um fim determinado tem suas origens contemporâneas nos regimes socialistas, destacando-se a Rússia Soviética, a criação da GLOSPLAN, em 1921, como o órgão responsável pela elaboração do planejamento econômico nacional (GRAU, 1978). No Brasil, o planejamento começa a ganhar espaço a partir da década de 1930, sob a égide do Estado Novo de Vargas. Destaca-se a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, em 1938, que, inobstante não ter sido instituído com a função específica de planejamento, assumiu papel fundamental na separação entre a 'racionalidade' da administração e a 'irracionalidade' da política (FGV, 2020).

Essa separação entre os aspectos técnicos e políticos do planejamento aparece na obra de Daland (1975, p. 6), para quem, em uma acepção mais restrita, o planejamento se enquadra na atividade dos “planejadores” (técnicos); e, em um sentido amplo, o “planejamento se refere ao processo pelo qual os governos fazem decisões de planejamento”, que lhe dá uma conotação política.

Hatter (1979, p. 10), por sua vez, diferencia o planejamento empresarial daquele formulado pelo poder público. Enquanto as empresas podem efetuar seu planejamento para o atingimento de objetivos preestabelecidos dentro da sua área de atuação, no poder público, os

objetivos e meios apropriados são estabelecidos em função “de que as decisões tomadas possam ser adequadas aos objetivos da população e legitimar os programas efetivos para sua realização”, denotando-se sua finalidade pública.

Na atualidade, Bercovici (2006, p. 145) diferencia o planejamento enquanto “atividade que coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins da atuação do Estado” de uma mera intervenção conjuntural ou casuística. Afirma que o planejamento está “comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do *status quo* econômico e social”. Logo, o planejamento está intimamente atrelado ao atingimento dos objetivos do Estado, a partir de princípios constitucionais como a igualdade, a eficiência, legalidade, motivação.

Assim, em que pese na Constituição de 1988 o planejamento ter sido inserido no Título VII, que trata da ordem econômica e financeira do Estado, atualmente não há como sustentar que ele se circunscreva a essa área. Grau (2010, p. 346) aponta a clara opção constitucional em se fazer a previsão do planejamento do desenvolvimento econômico, quando o constituinte deveria ter tratado a questão de maneira mais ampla, como planejamento da própria ação estatal.

O *caput* do artigo 174 da Constituição traz o planejamento enquanto função do Estado, devendo ser determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O §1º desse mesmo artigo aponta a necessidade de uma lei que regulamente diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, reforçando a ideia de que a função do planejamento não pode ser exercida aos pedaços – planejamento “econômico”, “social”, “ambiental” -, mas deve ser realizado a partir do entendimento de que a atuação do Estado deve ser interconectada e não segmentada, abrangendo todas suas áreas de atuação delimitadas no texto constitucional.

Ainda que o texto constitucional não traga o horizonte temporal sobre o qual o planejamento deve se projetar, é de se subentender que o desenvolvimento nacional equilibrado não é uma meta/objetivo que possa ser alcançado a curto ou médio prazo. Entretanto, a realidade da atividade de planejamento no Brasil, em muito, tem se restringido a formulação das leis orçamentárias, em especial, o plano plurianual. Inobstante este traga programas de duração continuada por própria disposição constitucional (artigo 165, §1º), não ultrapassa o prazo de quatro anos. Ademais, tais programações devem guardar vinculação com a política do equilíbrio fiscal inaugurada pela Lei Complementar 101/2000 e enrijecida

pelas Emendas Constitucionais 95/2016 e 106/2020. Tais amarras, inobstante não poderem ser ignoradas no processo de planejamento da atividade do Estado, não podem, em um primeiro momento, limitar a atividade do planejador.

Destarte, o exercício do planejamento por meio do plano plurianual como atualmente feito, guarda íntima relação com a cultura de não se planejar a longo prazo instaurada pelo neoliberalismo, onde o mote da redução do tamanho do Estado retirando, por consequência, seu caráter intervencionista, fez com que o planejamento de longo prazo necessário ao desenvolvimento – ou à superação do subdesenvolvimento - fosse substituído por um planejamento de curto e médio prazo. Na visão de Pereira (2010, p. 113), esse novo liberalismo implantado nos países em desenvolvimento tinha o objetivo de diminuir o tamanho do Estado, a partir da repetição da tese do individualismo metodológico neoclássico, que via nos pequenos grupos de ação – e não no Estado – o papel de promover a efetiva capacidade de ação coletiva. No entanto, esse tipo de planejamento está mais voltado a resolver problemas afetos à livre iniciativa e ao protagonismo do mercado na sociedade, em detrimento da efetivação de um Estado que traz em sua Constituição um rol de direitos sociais e objetivos republicanos, que não podem ser garantidos por planejamentos sazonais de curto prazo.

Assim, a sazonalidade do planejamento de curto e médio prazo está intimamente ligada às prioridades que cada Governo escolhe que, à mingua da existência de um órgão responsável por sua elaboração, “não passam de programas de governo, com todas as marcas de pessoalidade e precariedade que lhes são próprias, pois submetidos que são às exigências mutáveis da conjuntura política” (COMPARATO, 2010, p. 86). Na atualidade, essa centralização do planejamento nas mãos do Poder Executivo em detrimento, inclusive, da participação mais ativa dos órgãos estatais de planejamento e das respectivas carreiras do serviço público pôde ser notada no segundo mandato do Presidente Luis Inácio Lula da Silva. Houve um sistemático esvaziamento de atribuições da Secretaria de Planejamento e a concentração das decisões no âmbito da Casa Civil, em especial, na formulação do PPA 2008-2011, que tinha como uma das linhas condutoras o PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, que certamente foi a “marca” do segundo mandato do Presidente Lula.

Dessa breve narrativa sobre o tratamento que o planejamento vem ganhando após a Constituição de 1988, tem-se como incontroverso o fato de que a redução da linha temporal sobre o qual o planejamento da ação do Estado tem incidido – quatro anos - privilegia a execução de políticas públicas de governo muitas vezes dissociadas de um planejamento

amplo anterior sobre a própria atividade do Estado, que consiga traçar diretrizes gerais orientativas à elaboração e execução das políticas públicas setoriais.

Destarte, para que o planejamento previsto no artigo 174 da Constituição constitua-se efetivamente em instrumento apto a alterar a realidade, não pode ser projetado a curto ou médio prazo, nem tampouco se restringir a programar receitas e despesas ou elaborar programas e políticas públicas dissociadas de um elemento fundante anterior que possibilite enxergar a realidade como um todo, a fim de se buscar soluções integradas, ao invés de isoladas.

No entanto, em situações de calamidade pública, tal como a causada em todo Brasil pela COVID-19, o planejamento anteriormente realizado da atividade do Estado e o próprio planejamento de políticas públicas emergenciais ganham novos rumos. Em primeiro lugar, uma pandemia não é algo previsível, e, por isso, foge a qualquer planejamento estatal. Ademais, seu enfrentamento implica em uma ruptura ao planejamento anteriormente realizado, havendo a necessidade de se realizar novos arranjos orçamentários e financeiros, de pessoal, e, principalmente, com a execução imediata de políticas públicas emergenciais visando salvaguardar a vida humana.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EMERGENCIAIS E RISCOS À DEMOCRACIA

As dimensões continentais do país e as desigualdades regionais e sociais anteriormente apontadas têm demandam uma intensa e coordenada atividade de planejamento da União, estados, Distrito Federal e municípios para o enfrentamento emergencial desse estado de calamidade pública. Em que pese inicialmente ter havido grandes dúvidas sobre o papel de cada ente federativo no tocante à normatização e operacionalização de medidas previstas na Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, em duas oportunidades - ADI 6431 e ADPF 672– pela competência concorrente entre estados, Distrito Federal e Municípios para a decretação de *lockdown*, por exemplo.

Certo é que coube à União a execução das grandes políticas públicas emergenciais que beneficiaram diretamente as pessoas atingidas e a questão da manutenção do emprego, bem como a concessão de auxílio financeiro aos estados e municípios. No primeiro caso, houve a criação do auxílio emergencial de proteção social a pessoas em situação de vulnerabilidade (Lei 13.982/ 2020 e Medida Provisória n. 1000/2020), e dois outros programas que visam o atendimento às empresas para manutenção de empregos: o benefício emergencial de manutenção de emprego e renda (Medida Provisória n. 936/2020, convertida na Lei n. 14.020/

2020) e a concessão de financiamento para pagamento da folha salarial (Medida Provisória n. 944/2020, convertida na Lei n. 14.043/2020). Por sua vez, o auxílio financeiro aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios visam compensar a variação nominal negativa dos recursos repassados pelo Fundo de Participação e para a execução do Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19 (Lei Complementar 173/2020).

As políticas públicas acima descritas, ainda que emergenciais, devem ser precedidas de um planejamento mínimo, tendo como parâmetro a realidade a ser alterada: o que precisa ser alterado? Por quais mecanismos se pretende alterar? Quais resultados esperados com a ação governamental? Ou seja, as políticas públicas emergenciais de enfrentamento à COVID-19 também devem obedecer a um ciclo, ainda que “adaptado” aos limites temporais que a sua implantação exige. O planejamento de tais políticas passa, minimamente, pelas etapas de identificação do problema, formulação de alternativas e a tomada da decisão governamental.

A identificação do problema, a princípio, parece simples: a pandemia da COVID-19. Entretanto, a pandemia se configura como causa, pois os problemas a serem enfrentados são principalmente econômicos, decorrentes do desemprego, do fechamento de estabelecimentos comerciais/industriais, da baixa na arrecadação de impostos, da restrição de abertura dos estabelecimentos e; sociais, como a garantia ao cidadão de acesso ao sistema de saúde, alimentação, educação, etc. Ou seja, a identificação do problema nada mais é do que a identificação da realidade que precisa ser alterada.

A formulação de alternativas está relacionada aos mecanismos de enfrentamento dos problemas identificados, levando-se em consideração todos os fatores necessários à implementação da alternativa eleita: a alternativa está apta a resolver, ou ao menos, mitigar o problema? Existe viabilidade orçamentária e financeira para sua execução ou demanda suplementações/alterações no cenário fiscal/orçamentário? Está baseada em critérios técnicos, que assegurem a igualdade e imparcialidade da alternativa eleita? Quais serão os mecanismos técnicos de execução: envolverá apenas a União ou demandará a atuação das máquinas estaduais, do Distrito Federal e Municípios?

Apenas após um exaustivo e minucioso trabalho técnico de levantamento de cenários, informações públicas, estatísticas, a autoridade política do Poder Executivo tomará a decisão veiculada por meio de medida provisória que posteriormente deve ser apreciada pelo Congresso Nacional, ou projeto de lei a este submetido. Em ambas as situações, o Poder Legislativo pode alterar o conteúdo da política pública apresentada. Basta lembrar que a

proposta inicial do Poder Executivo para o auxílio emergencial era de R\$ 200,00 (duzentos reais), e que, no Congresso Nacional, foi elevada para R\$ 600,00 (seiscentos reais) cada parcela.

Entretanto, quando aplicada ao caso concreto, o planejamento das políticas públicas de enfrentamento a pandemia da COVID-19 não se mostra tão simples quanto parece, pois, para além indicar e disponibilizar os recursos para seu enfrentamento – o que requer uma “ginástica” fiscal”, como a promovida pela Emenda Constitucional 106/2020 e 109/2021 - deve assegurar que esses recursos efetivamente se revertam em bens e ações que atinjam isonomicamente a população, consideradas as desigualdades regionais e sociais brasileiras. Por exemplo: segundo dados da Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílio COVID-19 (IBGE, 2020), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no mês de julho de 2020, os estados da região norte – Amapá, Maranhão e Pará – lideraram o índice de domicílios que receberam o auxílio emergencial federal, com uma taxa média de 66,36%, enquanto Santa Catarina teve a menor taxa do país: 24,5%, demonstrando que a política pública do auxílio emergencial, em termos de desigualdade regional, atingiu o público que dela mais necessitava.

De maneira diversa, o Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19 criado por meio da Lei Complementar n. 173/2020 não levou em consideração critérios técnicos para a distribuição de recursos financeiros aos estados, Distrito Federal e Municípios que levassem em conta as necessidades locais para o enfrentamento da pandemia. Referida Lei destinou o valor de 60 bilhões para socorro financeiro de estados, Distrito Federal e municípios como formas de compensar perdas de arrecadação. Desse montante, 50 bilhões podem ser destinados livremente em ações de enfrentamento à Covid-19 e para mitigação de seus efeitos financeiros e 10 bilhões devem ser empregados em ações de saúde e assistência social. O que mais choca, entretanto, é que apenas 2,8 bilhões dos 10 bilhões são distribuídos de acordo com a taxa de incidência da COVID-19 (artigo 5º, §1º, I, da Lei Complementar 173/2020), sendo que o restante (57,2 bilhões) é partilhado em razão do número de habitantes.

Ora, uma política pública da União de apoio financeiro aos entes para enfrentamento pandemia que fixa como critério base o número de habitantes não se mostra realmente apta a enfrentar o problema de saúde da COVID-19, bem como seus efeitos econômicos e sociais, por desconsiderar totalmente as especificidades regionais e locais do Brasil no que diz respeito a indicadores de renda, emprego, arrecadação de impostos, índices de pobreza, etc. O resultado dessa divisão “per capita” instituída pelo Programa Federativo de Enfrentamento à

Covid-19 foi que oito estados não atingiram compensação pelas perdas de arrecadação tributária: São Paulo, Goiás, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina e Ceará, quando comparados o primeiro semestre de 2019 com o de 2020⁷.

Ainda no tocante à Lei Complementar n. 173/2020, não se pode considerar política pública a mera distribuição de recursos por parte da União aos demais entes federados, não vinculados a uma destinação específica, a programas/políticas públicas existentes ou a serem instituídas no contexto de um planejamento para o enfrentamento da pandemia e seus efeitos que se projetarão no tempo. Como os órgãos de controle da administração fiscalizarão os gastos desses recursos enviados pela União aos estados, Distrito Federal e Municípios, já que não existem critérios legais robustos que fixem sua aplicação?

Infelizmente, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que as políticas públicas emergenciais analisadas não são fruto de uma intensa atividade de planejamento da ação do Estado para o adequado enfrentamento da pandemia no âmbito do federalismo de cooperação, mas de uma disputa pelo poder, pela última palavra, entre os Poderes Executivo, que vem excessivamente legislando por meio de medidas provisórias, e o Legislativo, que estrategicamente deixa “caducar” as que não lhe são convenientes, sem levar em consideração os interesses que efetivamente estão em jogo: do povo brasileiro.

Assim, as políticas públicas mal planejadas, seja pela pressa do momento, pela ausência de capacidade técnica ou outros motivos que se prefere não declinar, mostram-se um risco à democracia, pois não estão “*funcionalmente direcionadas* à consecução dos resultados eleitos pelo Texto Fundamental” (VALLE, 2016, p. 76), em especial, o exercício dos mais básicos direitos sociais, ao pluralismo da sociedade, à necessidade de redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem estar de todos.

4. CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega é desanimadora, porém, esperada quando o assunto é planejamento: o Estado não vem se mostrando capaz de realizar o planejamento de suas atividades de maneira adequada a levar a efeito o cumprimento da nossa Constituição. Nem em períodos “normais”, pois planeja apenas por meio das leis do plano plurianual, que,

⁷ Dados extraídos da reportagem “Socorro a estados e municípios teve distribuição desigual e sem relação com pandemia”, publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 16 set. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/socorro-a-estados-e-municipios-teve-distribuicao-desigual-e-sem-relacao-com-pandemia.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa%3Floggedpaywall&origem=folha. Acesso em 16 set. 2020.

anualmente, é esmiuçado na lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária, restringindo, assim, o planejamento, à mera programação de receitas (cada vez mais escassas) e despesas (que aumentaram vertiginosamente para o combate à pandemia).

Especialmente nesse período de calamidade pública decorrente da pandemia, restou ainda mais transparente que os métodos de planejamento utilizados são insuficientes para dar efetividade aos objetivos da república, como reduzir as desigualdades sociais e regionais. O Estado não levou em conta as peculiaridades de cada região, de cada estado e de seus municípios para realizar uma divisão justa e não apenas numérica dos recursos a serem repassados. E mais, ao não vincular a aplicação dos recursos à execução de nenhuma política pública específica, delineada ou a delinear, promoveu simplesmente a distribuição de recursos públicos para livre aplicação dos entes federados em pleno ano eleitoral, com a possibilidade de contratações por dispensa de licitação, o que, como era de se esperar, já desponta em escândalos de corrupção, superfaturamento e outros atos que colocam em risco e maculam a nossa democracia.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000**. “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Emenda Constitucional 95, de 15 de dezembro de 2016**. “Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Medida Provisória n. 936, de 1 de abril de 2020**. “Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Lei 13.982, de 2 de abril de 2020.** “Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e 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) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Medida Provisória n. 944, de 3 de abril de 2020.** “Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Emenda Constitucional 106, de 7 de maio de 2020.** “Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020.** “Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Lei n. 14.020, de 06 de julho de 2020.** “Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Lei n. 14.043, de 19 de agosto de 2020.** “Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos; altera as Leis nos 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 13.999, de 18 de maio de 2020; e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14043.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Medida Provisória n. 1000, de 2 de setembro de 2020.** “Institui o auxílio emergencial residual para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1000.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Ministério da Saúde.** Coronavírus Brasil. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 16 set. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARDOSO, Fernando Henrique. Aspectos políticos do planejamento. In: LAFER, Betty Mindlin (org). **Planejamento no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 161-184.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 77-93.

DALAND, Robert T. **Estratégia e estilo do planejamento brasileiro**. Rio de Janeiro: Lido, 1969.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil**. Verbete “DASP”. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/DASP>. Acesso em 11 set 2020.

GRAU, Eros. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1998**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HATTER, Henrique. **Planejamento e bem-estar social**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios COVID 19**. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em 16 set. 2020.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Democracia, estado social e reforma gerencial. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, v. 50, n. 1, jan-mar, p.112-116, 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902010000100009> . Acesso em 13 ago 2020.

RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1142-1167, dez. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/443>>. Acesso em: 17 set. 2020.

SOCORRO a estados e municípios teve distribuição desigual e sem relação com pandemia. **Jornal Folha de São Paulo**, edição de 16 set. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/socorro-a-estados-e-municipios-teve-distribuicao-desigual-e-sem-relacao-com-pandemia.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa%3Flloggedpaywall&origin=folha. Acesso em 16 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade 6431**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 16 set. 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAPÍTULO 9

A EUTANÁSIA E O CONFLITO ACERCA DA SACRALIDADE DA VIDA

Marina Fonseca Monteiro, Graduada em Direito – Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Unidade Diamantina. Participante do grupo de pesquisa O Constitucional Processo Penal

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de interpretar o dispositivo maior do Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Carta Magna promulgada em 1988, na qual se preza pela liberdade individual, a liberdade de crenças e a dignidade humana, e relacioná-la ao instituto da Eutanásia. Ao proteger o bem jurídica vida, proibindo a Eutanásia, não estaria o Código Penal tutelando algo deixando influenciar-se pelo posicionamento da Igreja e seu entendimento sobre sacralidade? Opondo-se à Constituição? Para sanar este questionamento, será necessário apresentar os conceitos estrelados entre sacralidade e dignidade humana, prezando pela liberdade individual e liberdade de crenças, utilizando-se da metodologia de natureza qualitativa e do procedimento hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade, sacralidade, constitucional, crenças, vida.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de o Brasil ser titularizado como um Estado Laico, é notória a influência que a Igreja Católica tramita sobre ele. Exemplo disto é o presente tema em discussão: a Eutanásia.

Ao interpretar o Ordenamento Jurídico Brasileiro de instância máxima, a Constituição promulgada em 1988, influi-se que a pessoa possui direitos e garantias individuais, inclusive, sobre o próprio corpo e crenças de modo impreterível.

É importante abranger a clarificação da expressão "Estado Laico". O Estado, ao assumir a laicidade, não abre mão dos aspectos religiosos. Até mesmo no preâmbulo da Constituição apresenta-se a citação: "*promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*". O Deus apresentado na Carta Magna é ecumênico, não dizendo respeito tão somente ao Deus católico, mas sim a todos. Por conseguinte, apesar de ser inconstitucional assumir uma religião oficial, o Brasil pode fundar suas normas em preceitos religiosos, desde que os mesmos se apliquem a qualquer tipo de religião.

Mesmo que se justifique tal criminalização baseada em cunhos religiosos e seja ela pertinente, como bem pontuado pelo influente filósofo Mircea Eliade, há uma tendência nos

países para que todos os tipos de dúvidas sejam pautados em religiões do Ocidente. Logo, quando se crê no pecado presente em não lutar pela vida, mesmo que ela não seja considerada digna, assumimos o conceito sacral cristão.

A crença anteriormente citada está presente de forma "obscura" no Código Penal brasileiro em seu 121º Artigo, o qual tutela que a Eutanásia deve ser tratada como crime. A justificativa para esta criminalização é a proteção do bem jurídico vida. No entanto, a pessoa sem qualquer tipo de doença mental, não teria a propriedade para atribuir decisões sobre o seu próprio corpo? E sobre a sua própria vida?

Apesar de existir uma lei acerca do tema apresentado, ele não foi pacificado. O Brasil está repleto de questionamentos e protestos para que as premissas do Artigo 5º da Constituição Federal/88, incisos VI e VII - direito de liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento garantidos pelo Estado - sejam cumpridas.

2. EUTANÁSIA

Apresenta-se a seguinte definição:

Eutanásia.

substantivo feminino.

[Medicina] Ação de provocar morte (indolor) a um paciente atingido por uma doença sem cura que causa sofrimento e/ou dor insuportáveis.

[Jurídico] Direito de causar a morte em alguém ou de morrer por esse propósito.

O avanço da medicina proporcionou aos indivíduos uma significativa melhoria na qualidade de vida. Acerca deste entendimento, pode-se influir que os anestésicos, analgésicos, processos cirúrgicos e entre outros, se tornam, a cada passo, mais seguros e mais eficazes.

O que por muitos pôde ser considerado um enorme benefício, por outros, se tornou questionável a linha tênue que há entre o viver e a vida digna. É neste cunho político e moral ainda divergente que se emerge a polêmica e tão debatida pauta pelo Supremo Tribunal Federal: a Eutanásia.

O aumento da longevidade da vida, apesar de ser uma meta nacional em diversos países, traz ao seu lado a impotência médica frente a alguns casos. Não se diz isso sobre continuar respirando, vivo, mas sim, sobre qualidade de vida. Seguindo a historicidade de que existem diferentes preceitos morais, crenças religiosas e, até mesmo, divergências no campo de pesquisa da saúde, não poderia ser diferente para o Direito. É necessárrissimo reconhecer os diversos modos que o homem pode conceber a vida e vivê-la. Logo, onde está enraizado o medo que os impede de realizar discussões sobre a morte?

A Eutanásia se tornou um dilema ético. Este termo supracitado possui definições diferentes por indivíduos também diferentes, seja em estilo de vida, crenças, ou até mesmo metodologias científicas. O tabu acerca do tema pautado no presente artigo concebeu-se inicialmente com sua rústica definição: a eutanásia significa retirar a vida. Após muita resistência e pesquisas, encontrou-se, em meio aos conflitos, o real significado do termo. A Eutanásia atualmente é caracterizada, então, como a possibilidade de morrer sem sofrimento, sem dor, logo, abreviando algo que afligia um paciente.

Em contrapartida, existe a Distanásia, nome utilizado para caracterizar a morte sofrida, muito longa e com muitos obstáculos. É o uso da medicina para que se prolongue a vida biológica, dizendo respeito ao quantitativo, e não ao qualitativo.

A polêmica Eutanásia pode, ainda, ser classificada outros dois tipos. Há a Ortotanásia, considerada nos primórdios como morte digna. É vista enquanto conduta atípica frente ao tribunal, pois a morte já é certa, podendo o médico tão somente fornecer uma contribuição para que seu paciente siga seu curso natural de morte. Isto é, uma morte que é considerada correta, uma vez que se esgotaram as chances de tratamento para o indivíduo. Neste específico caso, há a presença de um profissional muito bem definida, não há deliberação individual sobre a morte, apenas cessam-se todos e quaisquer meios artificiais utilizados para prolongar um número. Está disciplinada no Artigo de número 41 do Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Outro tipo de terminologia utilizada é o suicídio assistido. Este pode ser entendido como o processo no qual o indivíduo recebe meios para finalizar seu sofrimento. No caso, ele possui responsabilidade ativa, mas não os meios necessários para concluir o curso da morte. O suicídio assistido, então, mostra-se enquanto um auxílio. Assim como a Eutanásia, no cenário jurídico brasileiro, também se constitui como crime.

A diferença dos anteriormente citados para a própria Eutanásia é, em primeiro lugar, a certeza de morte, e em segundo, a responsabilidade do indivíduo.

3. BIOÉTICA

Há uma impossibilidade metodológica em se citar a Eutanásia despidendo-se de relacioná-la a reflexões precipuamente importantes como a Bioética.

O contexto da Bioética se apresentou ao fim da Segunda Guerra Mundial, devido à preocupação com a medicina e os absurdos experimentais cometidos pelo Nazismo. Em 1970, o bioquímico e pesquisador americano Van Rensselaer Potter a transformou em uma *ponte para o futuro*.

A bioética é o instituto basilar, o qual possui o condão para ajudar em casos de conflitos éticos que envolvem a área da saúde no geral. Desenvolveu-se como forma de preocupação e, hoje, é um novo campo de estudo capaz de promover reflexões e conceitos necessários para formular Leis e influir sobre Resoluções.

A bioética possui pilares aos quais segue, caracterizando os seus princípios, quais sejam: a beneficência, a autonomia e a justiça. A beneficência traz consigo o lado médico das questões; a autonomia, por sua vez, é o espaço reservado ao paciente; e a justiça, por fim, é elemento essencial exigido pelo caráter social.

Nascida em um ambiente científico como resposta aos avanços da ciência, é uma busca dos profissionais da área da saúde para implementar valores humanos. Logo, não está pronta, é resultado de pesquisa que não apresenta fórmulas, apoia-se na razão e no bom juízo moral de seus investigadores, é prática, buscando humanizar e conscientizar.

Por fim, é notório que a bioética trata sobre a Eutanásia. É um esforço científico pautado nos valores humanos que irá contribuir grandemente para legislar sobre aquilo que é aceitável, humano, e que pode ser inspirado e seguido por um meio social.

4. CÓDIGO PENAL, CÓDIGO CIVIL E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

“O sistema jurídico-penal deve ter um fundo ético e não propriamente moral ou, melhor dizendo, com conteúdos moralizantes.”.

Segundo o jurista alemão Claus Roxin, o ordenamento jurídico penal deve proteger os bens jurídicos mais relevantes na respectiva época. Esta é a chamada Teoria da Proteção dos Bens Jurídicos, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A Teoria em questão surgiu como meio de proteção aos abusos do Estado sob o indivíduo, sendo uma importa conquista civilizatória do Estado Garantista e do Estado Democrático de Direito.

Segundo a teoria adotada, o direito penal não possui o condão para criminalizar manifestações religiosas. Porém, é visível que o Código Penal Brasileiro adotou a consideração de uma vida inviolável, sacral.

Os artigos 121 e 122 do Código Penal Brasileiro inferem que a Eutanásia e o Suicídio

Assistido são tratados neste ordenamento como crime.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

O Bem jurídico tutelado, em ambos os artigos ora em análise, é a vida. Visto que a vida é o bem que inspira todos os demais, sendo considerada inviolável perante o Código Penal.

O artigo 121, §1º trata do homicídio privilegiado ou Eutanásia ativa. Neste caso, a Eutanásia é entendida como uma ajuda que se presta a alguém que explicitamente deseja encerrar sua vida, ou que, ao menos, considera sua vontade implícita. Já no artigo 122, mostra-se necessária a presença do paciente.

Nota-se que, entre os casos, há uma diferenciação mínima para o Direito Penal sobre a tipologia do crime, ainda que o resultado desejado seja o mesmo. O que assemelha ambos os artigos é a impossibilidade de transitar sobre sua morte.

Já no Código Civil, a parte relevante para o estudo da Eutanásia se difere pelo artigo 6º, *in verbis*: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”. Tutela, portanto, que a morte põe fim à existência da pessoa natural e à sua personalidade, sendo que isto acarreta a finalização dos seus direitos e deveres. Logo, mesmo que em estado grave e terminal, a pessoa ainda possui personalidade, não tendo morrido. Entretanto, o conflito de ideias está presente no fato de que a Lei não traz consigo o significado efetivo do termo morte.

Há prescrito no Código três tipos de morte, quais sejam, a Morte Natural - patológica ou teratológica -, a Morte Violenta - caso onde há interesse jurídico e policial, havendo investigação -, e, por fim, a Morte Súbita. A dúvida se apresenta ao momento em que o indivíduo ainda vivo não possui funcionalidade do seu corpo e algumas vezes da sua capacidade psíquica. É a chamada Morte Encefálica.

Por fim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe acerca do tema ao definir como princípio fundamental a dignidade humana, apresentando, ainda, em seu artigo inaugural, que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Os princípios são normas operantes e vinculantes, diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser e refletindo os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando, por conseguinte, a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins sociais.

Ademais, os direitos fundamentais são considerados o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente da crença, etnia, condição econômica e origem, apresenta as seguintes disposições, conforme disposto no Artigo 5º, inciso VI, *infra*:

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:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

5. EXCEÇÕES ACERCA DA INVIOABILIDADE DA VIDA

Algumas disposições do ordenamento jurídico permitem inviolar o bem tutelado vida. Tais exceções, apresentadas abaixo, comprovam que, em determinados casos legais, a sociedade aceita que o curso natural seja interrompido por meio de outrem.

5.1. Pena de morte em caso de guerra declarada

A pena de morte em caso de guerra declarada diz respeito à inviolabilidade da vida para defender interesses do Estado, estando disposta no Artigo 5º da Constituição da República de 1988, no inciso XLVII, alínea A:

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:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

5.2. Legítima defesa e estado de necessidade

O indivíduo possui permissão para utilizar de meios razoáveis para que realize sua própria defesa, sendo a legítima defesa considerada uma causa excludente de ilicitude penal. O mesmo ocorre com o Estado de Necessidade.

Os casos citados estão dispostos no Código Penal Brasileiro, respectivamente nos Artigos 25 e 24:

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

5.3. Aborto

No caso do aborto, quando permitido, considera-se a inviolabilidade perante os interesses da mulher, estando previsto nas hipóteses do Artigo 12 do Código Penal, incisos I e II. O primeiro trata do Aborto necessário, enquanto que o segundo dispõe acerca do Aborto no caso de gravidez resultante de estupro:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

6. SACRALIDADE DA VIDA

A pergunta feita pelo filósofo e jurista Ronald Dworkin ainda nos paira: o que é sagrado?

Em seu livro *“Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais”*, Dworkin apresenta uma noção de vida inviolável, crendo que o condão efetivado pelo Estado, ao intervir nas escolhas pessoais sobre sua própria vivência, é um grave indulto à dignidade humana e liberdade individual, conforme trecho a seguir:

[...] um grande número de intensas convicções pessoais sobre o aborto e a eutanásia, algumas liberais, outras conservadoras. São convicções dignas de respeito, e os que

as defendem devem viver e morrer de acordo com o que defendem. (DWORKIN, 2003, p. 343).

Apesar de inicialmente ater-se aos argumentos propiciados pelo Direito Constitucional, o filósofo reconhece a necessidade de somar ao seu estudo uma perspectiva, de certa forma, moral. É a parte da sua filosofia que apresenta a inviolabilidade da vida.

A sacralidade - ou inviolabilidade - da vida pode ser interpretada de diferentes formas, sendo elas por noções religiosas ou por regras jurídicas. Porém, o real objetivo é a desconstrução da maneira que atualmente a sacralidade vem sendo interpretada. A vida já construída não poderia também ser enquadrada como sagrada? Até qual ponto este aspecto sagrado não é violado pela regulamentação de que o indivíduo capaz e consciente não pode decidir sobre a tramitação de seu próprio corpo?

Ademais, a preocupação social para com as gerações futuras seria apenas por dados numéricos? Ou não seria uma questão cultural?

Inexistem dúvidas de que a vida é inviolável, porém, a reflexão se encaixa no que diz respeito ao caráter sagrado, inviolável, podendo manifestar-se diferentemente de acordo com a concepção de cada um. Dworkin pondera que apesar de indivíduos "comuns" não conseguirem explicitar seu ponto de vista como um filósofo ou cientista, não o faz menos relevante. Ele remete constantemente à característica *intrínseca* da vida.

Acreditam que, ao tocarem a naturalidade da vida e seu percurso, a consequência será necessariamente má, ainda que nada comprovado seja acometido a este ser.

Muitos pensam desse modo sobre o suicídio e a eutanásia - que uma coisa terrível acontece quando uma pessoa tira a própria vida, ou quando pede a seu médico que a mate, ainda que sua morte venha a satisfazer um interesse fundamental da pessoa em questão. (DWORKIN, 2003).

Apesar da negação filosófica de que nada pode possuir um valor intrínseco, alguns como o filósofo e historiador britânico David Hume insistem que um objeto pode sim ser intrínseco, desde que exerça um valor para alguém. Entretanto, como pode isto se aplicar a toda a sociedade, visto que há uma divergência moral acerca de diversos assuntos, inclusive sobre a Eutanásia?

As divergências e conflitos apresentados são meros modos de interpretação, cada um depende de sua convicção para aferir sentido a inúmeras perguntas e decisões que dizem respeito aos caminhos que a vida deve seguir. Seja um médico, um filósofo, um professor, cada um destes irá possuir seu modo de questionar e ser questionado.

Aferido este contexto, é inegável que o Direito deve ser precipuamente um espaço de liberdade que possibilite escolhas responsáveis quando as opções da Medicina se esgotem, não trabalhando como um escafandro, mas sim como um instrumento legal que permita a sua própria concepção de sacralidade disposta sobre sua própria vida.

Logo, aqueles que prestam ajuda a outro indivíduo que opta por abreviar a morte não irão retirar ou diminuir o valor que a vida deve ter em nossa sociedade, e, conseqüentemente, ofender sua proteção jurídica. Pelo contrário, tal escolha realizada também é uma expressão de que a vida vivida até ali tem seu caráter de sacralidade e inviolabilidade, e que o seu término deve ser de acordo com aquilo que cada indivíduo entendeu como justo, digno e bom para si.

A sacralidade da vida é construída pela história de seu protagonista. Ronald Dworkin debate sobre o tema pontuando ao expor que, ao escolher aquilo que considera bom para si, não pode de maneira alguma violar o sagrado, mas sim não querer permanecer submetido a um estado que não é confortável para si. Nada mais é que outra maneira de demonstrar respeito pelo sagrado da vida.

Decidir que o sacral é resistir e lutar, ou, por outro viés, respeitar a vida construída, é uma escolha.

7. A ESCOLHA DE RAMÓN SAMPEDRO

O escritor Ramón Sampedro relata sua história em *“Cartas do Inferno”*. O espanhol ficou tetraplégico após um acidente no mar. Era marinheiro e caiu sobre uma rocha em um lago, fraturando o pescoço.

A biografia de Ramón apresenta sua luta para que cessassem sua vida. Esta, que para ele, era indigna. Ele se descrevia como *“uma cabeça viva em um corpo morto”*. Então, solicitou ao Estado Espanhol que o ajudasse a realizar o seu óbito.

Apesar de não possuir nenhum distúrbio psiquiátrico, não encontrava motivos para continuar vivendo em tais condições. O protagonista disserta que a vida só faz sentido, só é racional, se for prazeroso e voluntário fazer parte da mesma. Ramón encontrou diversos empecilhos em sua jornada devido à sua vontade de morrer, sendo aqueles religiosos e, ainda, jurídicos. Estava em um escafandro imposto pelo direito, mas não conseguiu libertar-se.

Sim, há vida em minha cabeça, porque amo a vida, mas toda vida, todo ser vivo, seja racional ou irracional, porque todo ser vivo é misteriosamente belo. E como sou um ser racional e tenho uma sensibilidade estética, não aceito a feiura de contemplar um ser vivo- nesse caso a mim mesmo- em um estado tão miserável

de impotência; sobreviver assim me causa vergonha e, portanto, uma grande humilhação. Disso nasce o conceito racional de morrer para defender nossa dignidade. Repito que amo qualquer ser vivo, e não somente a mesquinha, cobiçosa e soberba espécie humana - que amo também, apesar de tudo-, mas me parece que há algo aberrante em sua forma de raciocinar. Esse empenho tão grande em proteger a si mesma que chega ao absurdo de querer proteger a vida dos demais indivíduos de sua espécie contra a vontade racional destes. Essa é uma forma de escravidão! (RAMÓN SAMPEDRO, 2005)

Por meio de diversos relatos escritos em cartas e breves poemas, Ramón demonstrava o seu vazio vivendo daquele modo, a imposição estatal o obrigava a crer que existia algum problema na sua indagação e naturalidade ao expor a morte. A morte, tão presente e ao mesmo tempo tão ignorada, causa estranhamento a alguns, mas ao espanhol, era sinônimo de esperança. Lutou contra a imposição estatal, recorreu aos famosos escritores, jornalistas e até mesmo amigos.

Alejandro Amenábar, diretor de cinema, transformou o testemunho de Ramón Sampedro no filme “*Mar Adentro*”, nome de uma das poesias presente no livro. Demonstrando, assim, sua comoção e a de milhares de pessoas que possuem conhecimento daquela história.

O Direito deve abrir os olhos para a colocação de que a vida não pode ser somente sofrimento, principalmente para aqueles que não o escolheram. Um ordenamento jurídico que procure consolidar a proteção à dignidade humana não pode possuir o *locus*, o vazio, ou, melhor explanando, a falta de empatia. Ainda pairam inúmeros “Ramón’s” em busca da seguridade que o ordenamento jurídico deve fornecer.

8. ASPECTOS DIVERSOS AOS OCIDENTAIS

O autor Mircea Eliade compreende que a crise existencial presente no mundo é “religiosa”. O homem se confunde constantemente com o sagrado e, na atualidade, se reconhece como agente único e também agente da história, rejeitando todo apelo à transcendência. Isto é, não aceita modelo algum de humanidade que ultrapasse a condição humana.

A religião como forma de vida e concepção do mundo, atualmente, se confunde com o Cristianismo. O Ocidente tenta familiarizar-se com as religiões do Oriente, entretanto, conhecer uma parte dessa literatura sacra, não é ainda suficiente para conseguir compreender o universo mental daquele modo de pensar: “*homo religiosus*”.

Percebemos este fato por meio de narrativas religiosas como o Budismo, o Cristianismo, o Espiritismo, o Islamismo, e o Judaísmo.

O Budismo foi fundado na Índia, por Siddharata Gautama (480-400 a. C.), que posteriormente passou a ser reconhecido por Buda. Este é um guia espiritual e trata a morte com certa naturalidade, visto que, para ele, tudo se extingue inevitavelmente. Logo, o Budismo dá ao homem o preparo necessário para lidar com o inevitável, seguindo o princípio da *impermanência*, ou seja, “*a transformação universal de todos os seres e todas as coisas*”. Logo, quando observados casos de suicídio assistido, por exemplo, o Budismo realiza uma ligação entre sua crença quanto à sensibilidade da vida, e a escolha que o paciente deve emitir analisando todos os aspectos do sofrimento. É uma das únicas religiões que possui um resquício de aceitação acerca do suicídio.

O Cristianismo, típica religião Ocidental, dispõe que a vida é sagrada, inviolável. Condutas que violam a vida, como assassinato e suicídio, a título de exemplo, violam os preceitos divinos, sendo isto regra, tanto para a religião Cristã, quanto para a religião Católica.

Não é novidade que, desde os primórdios, o Cristianismo tentou exercer e disciplinar o seu poder sobre o corpo dos indivíduos. Porém, atualmente, a eutanásia e o suicídio assistido, estão sendo debatidos pelas religiões citadas, como, por exemplo, a definição de Eutanásia pela Sagrada Congregação da Doutrina de Fé em 1980:

[...] É necessário declarar, com toda a firmeza, que nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente, seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. [...] Trata-se, com efeito, de uma violação da Lei Divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida, de um atentado contra a humanidade. [...]

Por Eutanásia, entendemos uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A Eutanásia situa-se, portanto, no nível das intenções e no nível dos métodos empregados.

O Espiritismo foi codificado no século XX por Allan Kardec. Apesar de assemelhar-se aos preceitos cristãos, o Espiritismo crê na reencarnação do espírito após a morte, sendo esta vista enquanto uma evolução do plano espiritual. Entretanto, o suicídio e a Eutanásia não são permitidos, visto que o ser deve respeitar o seu plano momento divino, seu momento neste plano material. Tudo é parte de uma evolução espiritual.

O Islamismo, por sua vez, possui extrema confiança em Deus, tendo sido pautado procedendo ao Cristianismo, podendo ser considerado a religião mais recente a ser conhecida. Esta religião declama expressamente no Corão e no Suna sua oposição ao suicídio e subentende-se a proibição à Eutanásia: “*E não matei a vós mesmos! Deus procede misericordiosamente convosco!*”, “*Se alguém matar outra pessoa isto deve ser considerado como se tivesse matado a todas as pessoas. E se alguém mantiver com vida outra pessoa é como se tivesse mantido com vida todas as pessoas*”.

Por fim, no Judaísmo, religião do Ocidente, que acredita que o vencedor do conflito preserva a vida e dor, destaca-se a preservação enquanto vitoriosa. A tradição Halakhah (hebraica) é contrária à Eutanásia. A prorrogação da vida é uma dádiva divina, seja ela concedida pelo médico, ou por outrem. Exceto em determinados casos os quais a Halakhah permite “*deixar morrer*”, como, por exemplo, se o paciente é terminal e pode morrer em três dias, todos os tratamentos e manobras para manter sua vida podem ser desfeitos.

9. CONCLUSÃO

Ainda que a eutanásia seja proibida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, não há comprovações acerca de qual fundamento segue o Estado, visto que, como demonstrado, o mesmo consiste em uma inviolabilidade da vida em alguns critérios excepcionais.

Acreditamos, aqui, que as garantias Constitucionais demonstram suficientemente a importância de respeitar-se as crenças de cada indivíduo, para muitos, a vida da forma em que se encontra, é indigna, outro preceito também assegurado pela Constituição. Neste ponto, é importante ressaltarmos que a regulamentação da Eutanásia é imposta pelo Código Penal Brasileiro, tratando-se, então, de uma norma infraconstitucional. Logo, quando apresentado o choque entre o Artigo Primeiro da Constituição da República Brasileira, pacifica-se a permanência de Lei Constitucional.

Ademais, em um Estado propriamente dito como Laico, não deve abrir-se mão das religiões, mas sim, abraçá-las, sem que haja distinção ou critérios de proximidade.

Ainda, o Brasil oferece um sistema de saúde gratuito, o SUS, que é relevantemente conhecido pelo número de pendências, visto que, mesmo muito inclusivo e necessário, não possui capacidade para abrigar todas as necessidades do povo brasileiro. Logo, alguns dele ainda pairam em condições precárias, seja aguardando doações, atendimento ou, até mesmo, uma cirurgia de extrema necessidade.

O termo Eutanásia vem do grego e resulta da junção entre 'eu' (bom) e 'thanatos' (morte). Podemos evocá-lo como um tipo de “*boa morte*”, portanto, destacando-se, aqui, o direito individual de não se viver em uma situação considerada por aquela pessoa como deplorável, o Ordenamento Paternalista deve, sobretudo, garantir que cada um decida a sua forma de morrer.

REFERÊNCIAS

BAUBY, Jean-Dominique. **O escafandro e a borboleta**. Minas Gerais: WMF Martins Fontes, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/dele2848compilado.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2018.

DECLARAÇÃO SOBRE A EUTANÁSIA. **Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé**. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: 27 nov. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

EUTANÁSIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eutanasia/>. Acesso em: 26 nov. 2018.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal: do perigo proibido e do risco permitido**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**. 1ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

OTERO, Fernanda. **Entre a vida dada e a vida construída**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAPÍTULO 10

A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DE GÊNERO NO BRASIL

Vinicius de Souza da Silva, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFACEAR. Pós-graduando em Penal: Direito, Processo e Prática pela Faculdade de Ensino Superior do Paraná (FESP PR). Pós-graduando em Direito Homoafetivo e de Gênero e Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Ensino de Minas Gerais. Presidente do Centro Acadêmico Professor Petrus Tybur Junior da UNIFACEAR - Centro Universitário, campus Araucária. Já estagiou na Prefeitura do Município de Araucária; na Câmara Municipal de Araucária e na Secretaria dos Juizados Especiais do Foro Regional de Araucária, estado do Paraná. Atualmente é estagiário de pós-graduação no Gabinete do Juízo do 8º Juizado Especial Cível e Criminal de Curitiba/PR. É coordenador do Grupo de Estudos Sobre Direitos de Gênero na Modernidade (GEDIGEM), do Centro Acadêmico Petrus Tybur Junior

RESUMO

A luta pelos direitos de gênero vem evoluindo lentamente ao longo dos anos, tendo seu início com as mulheres, fortemente influenciadas pelo movimento feminista. No Brasil, o primeiro grande marco histórico foi a permissão do alistamento eleitoral para mulheres, em 1932 e ratificado pela Constituição Federal de 1934, pelo então presidente Getúlio Vargas. A partir daí a luta se intensificou e perdura até hoje; entretanto, atualmente, os direitos de gênero abrangem também as pessoas que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, transgênero, *queer* ou intersexuais (LGBTQIA+). Nesse sentido, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a evolução dos direitos das pessoas LGBTQIA+ ao longo dos anos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Com isso chegou-se à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro possui legislação que trata apenas dos direitos da mulher, deixando de tratar dos direitos das pessoas LGBTQIA+, cabendo, desta forma, ao STF tomar decisões a fim de assegurar os direitos e criar políticas públicas de proteção para os/as sujeitos/as em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos de gênero; Comunidade LGBTQIA+; Supremo Tribunal Federal; Poder legislativo; Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

A temática enfrentada no presente trabalho constitui-se na análise da evolução dos Direitos de Gênero no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos, especialmente os direitos das pessoas LGBTQIA+. E isso porque essa área do direito é recente e teve seu início influenciado pelo movimento feminista, que pleiteava a igualdade de direitos entre homens e mulheres, além da busca da dignidade, visto que as mulheres se encontravam, juridicamente, em posição muito inferior a dos homens.

Ocorre que com a concessão do direito ao voto feminino, considerada a primeira grande conquista desta luta, a luta pelos direitos de gênero se disseminou, abarcando lutas por melhores condições de trabalho, pelo reconhecimento da importância feminina para a sociedade, bem como pleiteando a criação de políticas públicas em benefício da mulher.

Assim, com o passar dos anos novas identidades pessoais foram surgindo e os novos arranjos de família foram se concretizando na sociedade, razão pela qual as pessoas LGBTQIA+ passaram a integrar a luta dos direitos de gênero, posicionando-se politicamente e pleiteando a criação de políticas públicas de proteção à classe, visto que sempre se encontraram em situação de vulnerabilidade.

Diante disso, tem-se como problematização a ser pesquisada a evolução dos direitos de gênero e a forma como esses direitos têm sido tratados no ordenamento jurídico. Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo geral construir um panorama geral dos direitos relacionados à questão de gênero no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Como objetivos específicos, a pesquisa visa estudar o movimento feminista e a construção do gênero feminino perante a sociedade sob as explicações de Judith Butler; analisar a legislação brasileira que versa sobre os direitos de gênero; analisar as principais decisões do Supremo Tribunal Federal, acerca da construção dos direitos das pessoas LGBTQIA+, tendo em vista a ausência de legislação específica sobre o assunto.

O presente estudo se justifica pelo vácuo legislativo sobre os direitos de gênero, reservando-se a legislação a versar somente sobre os direitos femininos, como se somente as mulheres fossem sujeitas de direitos de gênero, carecendo, desta forma, as pessoas LGBTI se socorrerem do STF a fim de terem seus direitos e sua integridade física e psicológica resguardada.

No tocante à metodologia utilizada, a técnica de pesquisa é a documentação indireta, ou seja, os dados já existentes acerca do tema são coletados e explorados no decorrer da pesquisa, fazendo uso das seguintes espécies de documentação indireta: pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial.

O método de abordagem, isto é, as atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permitem alcançar o objetivo do trabalho, é o hipotético-dedutivo. Este método parte de premissas genéricas com o fim de particularizar o conhecimento. Logo, se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão também deverá ser verdadeira. O argumento dedutivo tem a finalidade de explicar o conteúdo das premissas. Portanto, tem-se como

premissa a deficiência legislativa atinente aos direitos de gênero como um todo e, ao seu concluir, abordar-se-á a importância da edição de leis que protejam os sujeitos de direitos de gênero.

Com a análise não se pretende, entretanto, realizar um estudo exaustivo do tema, mas apenas delinear alguns momentos importantes que norteiam a problemática apresentada, bem como pontuar algumas questões específicas e polêmicas na seara dos direitos de gênero.

Espera-se, portanto, que o presente trabalho desperte o interesse e a consciência do/a leitor/a para que também passe a meditar sobre a importância dos direitos de gênero para a sociedade, bem como para que passe a analisar seu comportamento quando diante de qualquer tipo de violência de gênero.

2. A (DES)CONSTRUÇÃO DO GÊNERO POR JUDITH BUTLER

Em sua obra, Butler (1990) apresenta, de forma simultânea, a desconstrução e a construção do gênero. A filósofa ataca a ideia de que o gênero está intimamente ligado ao sexo biológico do indivíduo.

Ferraz, Addor e Nascimento Neto (2019, p. 08) conceituam gênero como a forma que uma pessoa se identifica e se manifesta, ou seja, homem, mulher, intersexual, transexual, transgênero etc.

Neste sentido, entende-se que a livre orientação sexual consiste no direito de ser respeitado, tanto pelo Estado quanto por terceiros, no que se refere à preferência afetiva e sexual de cada indivíduo, sendo vedada qualquer restrição de direitos baseada na orientação sexual (RAMOS, 2018, p. 1010, 1011)

Para Butler (1990, p. 24) “(...) a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gênero culturalmente construídos”. A partir desta afirmação, é possível perceber que a autora entende que o gênero está intimamente ligado com a cultura do indivíduo. Ou seja, o corpo é visto somente como uma caixinha onde o gênero se constrói através da cultura.

Além disso, Butler (1990, p.27) ainda afirma que “o corpo é representado como um mero instrumento ou meio com o qual um conjunto de significados culturais é apenas externamente relacionado”. Para a autora, o sexo é natural, ao passo que o gênero é construído.

Em sua obra, Butler é enfática ao dizer que o gênero do indivíduo não está ligado à sua característica biológica, nem tão pouco a sua identidade. Butler (1990, p. 54) afirma que “o retorno à biologia como base de uma sexualidade ou significação específicas femininas parece desbancar a premissa feminista de que a biologia não é o destino”.

A autora aponta que o indivíduo pode ter um conflito de identidade se esta estiver ligada às suas características biológicas:

Em sendo a “identidade” assegurada por conceitos estabilizadores de sexo, gênero e sexualidade, a própria noção de “pessoa” se veria questionada pela emergência cultural daqueles seres cujo gênero é “incoerente” ou “descontínuo”, os quais parecem ser pessoas, mas não se conformam às normas de gênero da inteligibilidade cultural pelas quais as pessoas são definidas. (BUTLER, 1990, p. 38)

Butler entende que sexo exige um gênero, mas que este não está adstrito ao conceito binário/biológico. (BUTLER, 1990, p.45). Portanto, o reconhecimento da heterossexualidade naturalizada e trata o gênero como uma relação binária onde o masculino e totalmente diferente do feminino, sendo que tal diferença se dá pela prática do desejo heterossexual. Entretanto, este ato resulta na consolidação e da coerência interna respectiva do sexo, do gênero e do desejo. (BUTLER, 1990, p. 45, 46)

É evidente que a filósofa é contrária ao conceito binário de gênero, fazendo-se entender, inclusive, favorável à criação de novos gêneros. Ademais, em momento oportuno será abordado como a criação de novos gêneros impactaram na criação de novos conceitos de família no ordenamento jurídico brasileiro.

3. OS DIREITOS DE GÊNERO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Denominada como a Constituição Cidadã, a Constituição de 1988 é a mais longa das constituições brasileiras. Trata-se de uma constituição mais social, que trouxe em seu arcabouço direitos fundamentais muito importantes, tais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade de gênero.

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada para que haja equilíbrio na sociedade, deixando, desta forma, de lado a existência de seres superiores ou inferiores. Desta feita, a igualdade dignidade da pessoa humana deve ser posta acima de qualquer valor na sociedade. (OLIVEIRA, 2013, p. 19)

Neste sentido, Nunes Júnior (2019, p. 537) defende que “trata-se da fonte de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Se o ser humano é titular de direitos e garantias, é porque deve ser tratado dignamente”. Por sua vez, Lenza (2019, p. 101) ensina

que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio base de todos os outros direitos fundamentais.

Ainda, Oliveira (2013) leciona que

O Estado que faz às leis e a elas se submete tem o dever de defender a pessoa humana e a ela assegurar condições dignas para que todos possam ter uma vida saudável e livre de qualquer espécie de repressão e discriminação, fazendo assim, justiça social para todos. (OLIVEIRA, 2013, p. 20)

Portanto, a Constituição Cidadã trouxe aos brasileiros a possibilidade de uma melhor qualidade de vida em sociedade através da dignidade da pessoa humana. A igualdade de gênero está prevista no art. 5º, inciso I, da Carta Magna e, segundo Ramos (2018, p. 676), “a igualdade consiste em um atributo de comparação do “tratamento dado a todos os seres humanos, visando assegurar uma vida digna a todos, sem privilégios odiosos”.

Assim, é vedado ao legislador se utilizar da legislação para estabelecer tratamento desigual e intolerante para pessoas em situação semelhante, bem como é vedado ao intérprete da lei aplicá-la de maneira distinta para casos e pessoas semelhantes. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 117). Entretanto, no entendimento da doutrina majoritária, o conceito de igualdade deve ser entendido como tratar de maneira desigual os desiguais na medida das suas desigualdades. (FERNANDES, 2017, pg. 452).

Neste sentido, Dutra (2017) leciona que

Sob o pálio da igualdade material, caberia ao Estado promover a igualdade de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que, atentos às características dos grupos menos favorecidos, compensassem as desigualdades decorrentes do processo histórico da formação social. (DUTRA, 2017, p. 111)

Neste diapasão, Paulo e Alexandrino (2017, p. 117) ensinam que “em suma, o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório entre indivíduos, quando há razoabilidade para a discriminação”. Portanto, a legislação em geral, mas, principalmente, a atinente aos direitos de gênero, se destinam a pessoas específicas, a fim de tratar os desiguais na medida das suas desigualdades.

Considerando que vivemos em uma sociedade majoritariamente machista e opressora (BARROS; et al, 2020, pg. 04), coube aos legisladores editarem leis a fim de fazer valer os direitos das mulheres. Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro traz consigo alguns marcos históricos envolvendo os direitos de gênero, personificado nas mulheres, tais como o fim do pátrio poder, a lei Maria da Penha a criação do feminicídio como tipo penal.

Acerca do pátrio poder, nota-se que o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal determinou a igualdade entre os gêneros. Neste mesmo sentido, o constituinte, através do art.

226, § 5º, determinou que ambos os cônjuges são responsáveis pelos direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal. Tal dispositivo começava a dar cabo ao pátrio poder, que era exercido exclusivamente pelo homem, por força do Código Civil de 1916. Com o advento do Código Civil de 2002 o pátrio poder foi extinto, dando lugar ao poder familiar, nos termos do 1.634.

O Código Civil de 1916 delegava o pátrio poder ao marido e somente na sua falta ou impossibilidade de assumir tal responsabilidade, a responsabilidade era transmitida à mulher, sendo que caso uma viúva se casasse novamente, esta perdia o poder familiar em relação aos filhos havidos no casamento anterior. A constituição Federal criou o tratamento isonômico entre os cônjuges, gerando igualdade de direitos e deveres inerentes à família. (DIAS, 2016, p. 781)

Tartuce (2017) explica que

O poder familiar é uma decorrência do vínculo jurídico de filiação, constituído o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. (Tartuce, 2017, p. 1457)

Portanto, atualmente, o poder familiar é exercido por ambos os cônjuges, se aplicando, inclusive, nas uniões homoafetivas.

Outro marco extremamente importante é a criação da lei nº 11.340, datada de 07 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha foi responsável por criar mecanismos a fim de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Considerando que o texto constitucional determina a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, foi editada a Lei nº 11.340/2016, denominada como Lei Maria da Penha, a qual criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, objetivando assegurar a integridade física, moral, sexual, psíquica e patrimonial da mulher. (DIAS, 2016, p. 188)

Cumprido ressaltar que o artigo 6º da lei em comento determina que a violência doméstica e familiar se iguala à violação dos direitos humanos. Diante do exposto, é possível perceber que a desigualdade é utilizada para igualar o tratamento entre as partes.

Em complemento a Lei Maria da Penha, a criação da lei nº 13.104, datada de 09 de março de 2015, trouxe a previsão do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, bem como o enquadrado como crime hediondo.

Durante a tramitação do projeto de lei, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que avaliou tal projeto se posicionou da seguinte forma:

O assassinato de mulheres pela condição de serem mulheres é chamado de “feminicídio” – sendo também utilizados os termos “femicídio” ou “assassinato relacionado a gênero” - e se refere a um crime de ódio contra as mulheres, justificada socioculturalmente por uma história de dominação da mulher pelo homem e estimulada pela impunidade e indiferença da sociedade e do Estado. [...] O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. (BRASIL, 2013, p. 1003)

Assim, a lei do feminicídio anda de mãos dadas com a Lei Maria da Penha, a fim de coibir a violência de gênero contra a mulher.

Em que pese vivamos sob a vigência da constituição cidadã, garantidora da igualdade entre homens e mulheres, percebe-se que a igualdade entre homens e mulheres não só passou a ser aplicada após a edição de leis com o fim de fazer valer a igualdade. A sociedade machista e opressora citada por Fabiana Barros (2020) só passou a aplicar a igualdade entre homens e mulheres após entender que, caso a igualdade não seja aplicada, espécies de punições poderão ser aplicadas. Entretanto, conforme se verá adiante, o princípio da igualdade se aplica parcialmente, deixando de lado alguns sujeitos.

4. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTQIA+ NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em que pese estejamos sob a égide da Constituição cidadã e que haja a garantia da igualdade de gênero, há, atualmente, uma lacuna legislativa no que se refere às pessoas que se identificam como LGBTQIA+, visto que não há legislação que versem sobre orientação sexual ou identidade de gênero. Portanto, no presente capítulo serão abordadas duas grandes conquistas das pessoas LGBTQIA+ no âmbito jurisprudencial.

Considerando a ausência de legislação que garanta os direitos das pessoas LGBTQIA+, tais direitos são tratados e garantidos através do STF. E isso porque a Constituição Federal, em seu artigo 102, atribuiu ao STF a guarda da Constituição. Na prática, os direitos das pessoas LGBTQIA+ são garantidos através de ações que questionam a constitucionalidade de alguma lei ou através de recursos. Trata-se de um caminho exaustivo, mas que gera a regulamentação até que uma lei específica seja criada. Neste viés, têm-se duas decisões paradigmáticas:

A primeira decisão paradigmática diz respeito ao reconhecimento da união estável de casais homoafetivos, que se deu em 05 de maio de 2011, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Ambas as ações discutiam a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, utilizando o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro como base para a discussão. De acordo com o governador do Estado do Rio de Janeiro, autor da ADPF, a discussão se fez necessária pois o texto do estatuto violaria os direitos das pessoas homoafetivas, tais como as concessões de licenças por motivo de doença em pessoa da família, ou acompanhamento de cônjuge e benefícios de ordem previdenciária. Inicialmente, o entendimento obtido através do texto do estatuto era que tais benefícios seriam aplicados somente aos pares heteroafetivos.

A união estável não é limitada pela legislação, tendo somente suas características elencadas, sobre tudo o desejo de constituir família. (DIAS, 2016, p. 416). Por sua vez, a relatoria das ações, que tramitaram em apenso (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF), foi realizada pelo Ministro Ayres Britto, que votou da seguinte forma:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Considerando que a decisão possui efeito erga omnes e vinculante, não se pode amparar interpretação diversa ao enquadramento da união homoafetiva como família. Desta forma, deve-se, portanto, haver a incidência dos mesmos dispositivos legais inerentes à união estável entre casais heteroafetivos. (TARTUCE, 2017, p. 1408)

Sobre o assunto, Marques (2020) afirma que

o Ministro Gilmar Mendes pontuou que tal proteção dos direitos das pessoas que convivem em relações homoafetivas deveria ser realizada pelo Congresso Nacional prioritariamente, porém, ocorrem dificuldades no processo decisório, “em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema”, destacando, ainda, a dificuldade do modelo representativo em operar em tais circunstâncias. Também se encontra alusão à necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional da disciplina jurídica da união homoafetiva como um todo.

Todos os ministros acompanharam o voto do relator. A fim de corroborar com o entendimento do ministro relator, é possível afirmar, nas palavras de Almeida (2011, p. 44, 45), que “se a família é a base social, segundo proteção constitucional, o direito não pode servir de obstáculo à harmonia social”.

Tartuce (2017, p. 1.380) ensina que “não há hierarquia entre casamento e união estável. São apenas entidades familiares diferentes, que contam com a proteção constitucional”. Portanto, o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é o primeiro grande marco da concessão de direitos às pessoas LGBTQIA+ em âmbito nacional, criando um novo conceito de família.

A segunda decisão paradigmática diz respeito ao reconhecimento da LGBTQIA+fobia como racismo. Este assunto merece maior destaque pois o sangue LGBTQIA+ escorre por todo o Brasil por atos discriminatórios e violentos, simplesmente por questão de gênero. Por não haver uma proteção específica ou uma política pública de combate à violência de gênero, as pessoas LGBTI acabam assumindo uma posição de vulnerabilidade, o que pode ser comprovado pelo número de mortes de pessoas LGBTI. De acordo com o Grupo Gay da Bahia (2019), entre os anos de 2000 e 2019, 4.809 pessoas foram mortas por razão de gênero, sendo que a maior incidência de casos ocorreu no ano de 2017, conforme se vê na TABELA 1.

TABELA 1 – Casos de mortes violentas de LGBT+, Brasil, 2000 a 2019.

Ano	Nº Vítimas
2000	130
2001	132
2002	126
2003	125
2004	158
2005	135
2006	112
2007	142
2008	187
2009	199
2010	260
2011	266
2012	338
2013	314
2014	329
2015	319
2016	343

2017	445
2018	420
2019	329
Total	4809

FONTE: GGB (2019).

O reconhecimento da LGBTQIA+fobia como racismo se deu em 13 de junho de 2019 através do julgamento do Mandado de Injunção 4733/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. As ações questionavam a inércia legislativa do Congresso Nacional em editar lei que tratasse da criminalização da homofobia e da transfobia. As ações tramitaram em apenso e, por maioria de votos, a LGBTQIA+fobia passou a ser considerada crime, adquirindo, por força da votação em questão, efeito vinculante e eficácia geral.

Inicialmente, deve-se observar que o racismo é conceituado por Jardim e López (2013) como

A predicação de decisões e de políticas sob considerações de raça com o propósito de subordinar um grupo racial e manter o domínio sobre esse grupo. O racismo apresenta-se ao mesmo tempo aberto e encoberto, em duas formas estreitamente relacionadas entre si. Quanto à forma individual, o racismo manifesta-se em atos de violência de indivíduos brancos que causam mortes, danos, feridas, destruição de propriedade, insultos contra indivíduos negros. (JARDIM; LÓPEZ, 2013, n.p)

Nesse sentido, a discriminação em razão de identidade de gênero ou orientação sexual inclui qualquer ato que tenha como objetivo de prejudicar ou anular a igualdade perante a lei e os direitos humanos. Cumpre ressaltar que a discriminação baseada na orientação sexual, geralmente, é acompanhada pela discriminação inerentes a circunstâncias como raça, idade, religião etc. (YOGYKARTA, 2006, p. 12, 13)

A discussão foi levada ao Supremo considerando os diversos insultos e ataques de violência cometidos contra a comunidade LGBTI, razão pela qual foi requerida a equiparação da LGBTQIA+fobia como racismo. A discussão abordou, inclusive, assuntos como a religião, assegurando a liberdade constitucional às manifestações religiosas, desde que tais manifestações não contenham discurso de ódio, não incitem discriminação, hostilidade ou violência contra pessoas LGBTQIA+.

A relatoria do caso foi feita pelo Ministro Celso de Mello que votou da seguinte maneira:

[...] conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

[...]

(d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art.5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão;

[...]

Cumprе ressaltar que a decisão se aplica para ambas as ações que tramitaram no STF.

A tipificação da LGBTQIA+fobia como racismo representa um grande passo na luta da classe LGBTI, visto que houve uma redução no número de vítimas, visto que atos de violência e intolerância passaram a ser punidos de maneira mais precisa e justa, entretanto, a luta contra a LGBTQIA+fobia ainda não se findou.

Além das decisões citadas, outras decisões proferidas pelo Supremo asseguraram direitos às pessoas LGBTQIA+. O caminho percorrido por estes/as sujeitos/as até a garantia de seus direitos é árduo e, muitas vezes, espinhoso. A trajetória na busca de direitos para as LGBTQIA+ não chegou ao fim, ainda há um longo caminho a ser percorrido, mas cada conquista é um alívio aos/às referidos/as sujeitos/as.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade patriarcal e machista reduziu o homem a um sujeito de conhecimento, moldado para acreditar unicamente na regra sistemática, tomando-a como verdade absoluta e não se permitindo conhecer novas possibilidades, ou seja, o homem, aqui entenda-se o indivíduo do gênero cis masculino, responsável, na maioria dos casos de violência de gênero, entende que é superior a todos os outros sujeitos e que somente a sua forma de enxergar as situações estão corretas, sendo vedada qualquer possibilidade exceção. Como diziam os antigos, ele colocou um antolho (acessório que se coloca na cabeça de um cavalo a fim de que ele olhe apenas para frente) e enxerga somente o que está óbvio em sua frente.

O processo de modernização propõe, diariamente, que o ser humano aceite passar por uma mudança interna, uma reforma íntima, que pode alterar drasticamente a sua forma de pensar, de agir, de se posicionar, de se relacionar com o seu próximo e, principalmente, alterar o seu caráter.

Aceitando a mudança, a modernidade retira os antolhos do indivíduo e tudo se faz novo. Há novas formas de pensar, de enfrentar a realidade e de enxergar o semelhante. Aí começa o surgimento da empatia e da preocupação com o próximo. É quando nasce a ideia de igualdade e que a única certeza da vida é a morte, então, para que ser extremista e acreditar ser superior a tudo e a todos? Por que não se importar com o seu semelhante e trata-lo de maneira igualitária e humana? É nesse momento que a situação muda e a sociedade começa a caminhar junta em um só propósito: a busca pela igualdade.

É uma bela história, não é mesmo? Mas essa não é a realidade do Brasil.

Conforme demonstrado no presente trabalho, ao longo dos anos a luta pela concessão dos direitos de gênero tem sido travada bravamente e, a cada dia, parece ser mais difícil.

As mulheres venceram e conseguiram direito ao voto, mas só puderam exercer esse direito doze anos após a sua conquista, bem como conseguiram, através da renomada Constituição Cidadã, o direito à igualdade entre homens e mulheres, garantindo, desta forma, a isonomia em direitos, oportunidades e obrigações, mas nem sempre essa isonomia funciona.

As mulheres adquiriram o direito à dignidade da pessoa humana, mas, para serem tratadas com dignidade, precisam de inúmeras leis, tais como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio, a fim de que a violência doméstica e familiar (que jamais deveria existir em um ambiente verdadeiramente familiar) contra a mulher seja devidamente punida, bem como para evitar que mais mulheres sejam vítimas fatais da violência doméstica.

Ainda, foi necessário movimentar a máquina pública, fazendo com que onze ministros se movessem para autorizar que um casal que se ama pudesse ser reconhecido como um casal de verdade perante a sociedade e o ordenamento jurídico. Também foi necessário julgar ações que pleiteavam a criminalização da LGBTQIA+fobia e do racismo sexual. Neste ponto, a pergunta que se faz é: qual a importância da vida? Vidas realmente importam? Será que seria necessário fazer toda essa movimentação da máquina pública para dizer que um crime é um crime, que cada um tem a liberdade de escolher a orientação sexual que quiser? Será que seria realmente necessário movimentar a máquina pública para dizer que a opção sexual de indivíduo tem relação somente com ele?

Até quando processos judiciais que versam sobre pessoas LGBTQIA+ irão tramitar durante anos e a justiça estadual não será capaz de julgar a causa, tendo que remeter os autos ao STF? Será que é realmente necessário movimentar os ministros do Supremo Tribunal Federal toda vez que o assunto ou que o processo tratar sobre os direitos de gênero?

Foram anos de luta para que a legislação começasse a ser favorável às mulheres. Quanto tempo será que vai levar para que os legisladores comecem a legislar em prol da população LGBTQIA+? Até quando serão enfrentadas dificuldades para criação de políticas públicas envolvendo gênero?

Tudo isso se faz necessário porque o ser humano não se permite olhar o seu semelhante como olha a si mesmo. A falta de empatia cega o ser humano, ou melhor, coloca nele, a cada dia, um novo antolho. Engana-se quem pensa que a luta pelos direitos de gênero está no fim ou que ela está fácil. A cada dia a batalha aumenta. A cada ano o número de mortes por LGBTQIA+fobia é alarmante, e isso não é motivo para comemoração. Aliás, a comemoração por vitórias alcançadas pela luta dos direitos de gênero é feita com mais luta. Esta é uma luta de todos, por todos e para todos.

A intenção, neste momento é, realmente, deixar de lado toda a formalidade e trazer uma visão um pouco mais humanitária para o presente trabalho. A intenção é fazer com que o leitor reflita sobre quais têm sido as suas condutas diante de situações envolvendo os direitos de gênero, e o que ele pode fazer para melhorar seu posicionamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Silva de. **As relações homoafetivas e a possibilidade jurídica da adoção no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011. 80 p.

BARROS, Fabiana Alves Moreira De et al.. **The handmaid's tale e os papéis de gênero: distopia e verossimilhança**. Anais VII CONEDU - Edição Online... Campina Grande: Realize Editora, 2020. Disponível em: <<https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/69606>>. Acesso em: 22 jan 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Comissão parlamentar mista de inquérito**. Senado Federal. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em 04 jun. 2020.

BRASIL. **Institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm> Acesso em 20 mar.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF nº 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 04 mai. 2011. **Ementário de Jurisprudência.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 02 jun. 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI nº 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011. **Ementário de Jurisprudência.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 02 jun. 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADO nº 26. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 13 jun. 2019. **Ementário de Jurisprudência.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade;** tradução; Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico]** / Maria Berenice Dias – 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial** / Luciano Dutra – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional** / Bernardo Gonçalves Fernandes – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVIM, 2017.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; ADDOR, Nicolas; NASCIMENTO NETO, José Osório. Políticas públicas de gênero na educação: uma análise para o desenvolvimento. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e31721, set./dez. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369431721>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31721>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

JARDIM, Denise Fagundes; LÓPEZ, Laura Cecília. **Políticas da diversidade [livro eletrônico]: (In)visibilidades, pluralidade e cidadania em uma perspectiva antropológica.** Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado/** Pedro Lenza. – 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BARBOSA, Cláudia Maria. **Soluções institucionais dialógicas para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a partir das engrenagens canadenses e neozelandesas.** 2020. 218 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020 Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/00008c/00008cc4.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional** / Flávio Martins Alves Nunes Júnior. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBTQ+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia** / José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott – 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020

OLIVEIRA, Juscelino Rodrigues. **Direitos da mulher: o que toda mulher precisa saber e todo homem entender** / Juscelino Rodrigues de Oliveira. São Paulo: All Print Editora, 2013.

PAULO, VICENTE, 1968 - **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta, Indonésia. Disponível em <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 23 mai. 2020.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2017.

PARTE 3

Novas Perspectivas Para o Direito

CAPÍTULO 11

AS TRANSFORMAÇÕES NO PROCEDIMENTO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO TRAZIDAS PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

Caroline Francine Hamm, Graduada em Direito pela UNIFACEAR – Centro Universitário. Diretora de Relações Públicas do Centro Acadêmico Professor Petrus Tybur Junior da UNIFACEAR - Centro Universitário. Estagiou no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no Ministério Público do Estado do Paraná e atualmente está estagiando no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na competência dos Juizados Especiais do Foro Regional de Araucária

Vinicius de Souza da Silva, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFACEAR. Pós-graduando em Penal: Direito, Processo e Prática pela Faculdade de Ensino Superior do Paraná (FESP PR). Pós-graduando em Direito Homoafetivo e de Gênero e Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Ensino de Minas Gerais. Presidente do Centro Acadêmico Professor Petrus Tybur Junior da UNIFACEAR - Centro Universitário, campus Araucária. Já estagiou na Prefeitura do Município de Araucária; na Câmara Municipal de Araucária e na Secretaria dos Juizados Especiais do Foro Regional de Araucária, estado do Paraná. Atualmente é estagiário de pós-graduação no Gabinete do Juízo do 8º Juizado Especial Cível e Criminal de Curitiba/PR. É coordenador do Grupo de Estudos Sobre Direitos de Gênero na Modernidade (GEDIGEM), do Centro Acadêmico Petrus Tybur Junior

RESUMO

A pandemia do novo coronavírus (COVID-19) trouxe uma série de alterações no cotidiano da população mundial, inclusive no cotidiano da administração pública. Com o aumento expressivo de casos, o desabastecimento de insumos de saúde nas unidades básicas de saúde e nos hospitais públicos começou a ocorrer, e o poder público se viu na obrigação de editar uma legislação para facilitar a compra e a contratação de insumos a fim de possibilitar a realização do enfrentamento ao novo coronavírus com segurança para os profissionais da linha de frente. Com isso, fora sancionada na Lei nº 13.979/2020, que dentre tantas diretrizes, flexibilizou a compra e a contratação de insumos de saúde pela administração pública, desde os mais básicos até os mais complexos, permitindo a realização de dispensa de licitação para aquisição dos referidos insumos. A partir desta narrativa, tem-se como objetivos realizar: i) a análise do instituto da dispensa de licitação; ii) a análise da possibilidade de responsabilização do administrador público nos casos de fraude à licitação; e iii) a análise das alterações trazidas pela Lei Federal nº 13.979/2020, comparando-as com as regras da lei nº 8.666/1993. A fim de atingir tais objetivos utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Ao final do presente trabalho, pretende-se fazer uma provocação aos leitores, no sentido de fazê-los pensar se a flexibilização é realmente vantajosa ou se a flexibilização trazida pela nova lei, na realizada, se trata de uma brecha possibilidade para a facilitação da realização de crimes licitatórios.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação; Dispensa de Licitação; Administração Pública; Coronavírus; Responsabilização.

1. INTRODUÇÃO

A temática enfrentada no presente trabalho constitui-se da análise do instituto da dispensa de licitação, sobretudo no período de enfrentamento ao novo coronavírus.

A pandemia do novo coronavírus trouxe uma série de alterações na vida da população mundial: a utilização de máscaras, o aumento na frequência da higienização das mãos, o aumento de trabalhadores em teletrabalho etc. Além de todas essas mudanças, houve também o aumento do consumo de insumos de saúde, os quais são utilizados diariamente no enfrentamento do vírus.

Com o desabastecimento no estoque das unidades públicas de saúde, houve a necessidade de facilitar o acesso aos insumos de saúde. Neste cenário, o poder público se viu obrigado a editar uma lei para flexibilizar a compra e a contratação pela administração pública, considerando o risco de maior disseminação do vírus.

Diante disso, tem-se como problema a ser pesquisado as alterações legislativas no tocante à dispensa de licitação ocorridas por força do novo coronavírus.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo geral estudar o instituto da dispensa de licitação e suas possíveis alterações procedimentais. Como objetivos específicos, a pesquisa visa estudar três hipóteses de dispensa de licitação de acordo com a Lei nº 8.666/1993, estudar a responsabilização criminal do administrador público na ocorrência de fraude na licitação e analisar as diferenças trazidas pela Lei 13.979/2020. A fim de atingir os objetivos da pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

2. O INSTITUTO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

A dispensa de licitação é tutelada pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37 da Constituição Federal, popularmente conhecida como a Lei das Licitações. Licitação pode ser conceituada como o procedimento que antecede a celebração de contratos entre a administração pública e outras pessoas físicas ou jurídicas (MAZZA, 2019, p. 826). De acordo com DI PIETRO (2020, p. 926), tal procedimento "abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato".

Dentre as modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, há a previsão da licitação dispensada, a qual está prevista nos artigos 17 e 24. Spitzcovsky (2019, p. 554) leciona que em caso de dispensa de licitação, o administrador público poderá optar pela abertura do certame competitivo, tendo em vista que há a possibilidade de realizar a contratação direta, desde que o objeto da licitação esteja previsto em uma das hipóteses elencadas no artigo 24. Nesta esteira, merece destaque o ensinamento de Moreira Neto:

As exceções ao princípio licitatório definem-se infraconstitucionalmente e são de direito estrito, não cabendo estendê-las nem interpretá-las ampliativamente. São duas: a dispensa e a inexigibilidade.

A licitação é dispensável quando existam razões, legalmente previstas, que recomendem ou reconheçam a desnecessidade da competição.

A licitação é inexigível quando, por quaisquer motivos, fáticos ou jurídicos, possa caracterizar-se a inviabilidade da competição. (MOREIRA NETO, 2014 p. 279)

O artigo 24 prevê várias hipóteses de dispensa de licitação, dentre as quais merece destaque as hipóteses dos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, emergência ou de calamidade pública e quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional.

A dispensa de licitação na hipótese de guerra ou de grave perturbação da ordem está prevista no inciso III do artigo 24:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

De acordo com Fernandes (2012, p.299, apud MEIRELES, 3006, p. 279), “guerra é o estado de beligerância entre duas ou mais nações devendo ser declarada, no Brasil, por ato do Presidente da República, na forma constitucional (CF, art. 84, XIX)”. Portanto, para que haja o reconhecimento da existência de guerra, deverá ser editado ato pelo presidente da república em situação envolvendo outro país. Em contrapartida, para que um ato de grave perturbação da ordem seja configurado, basta, tão somente, ser um ato que provoque “alteração na ordem social e que assuma a característica de ‘fato notório’ sob o aspecto jurídico” (FERNANDES, 2012 p. 301), não havendo necessidade de ser editado ato declaratório pelo presidente da república.

A dispensa de licitação na hipótese de emergência ou calamidade pública está prevista no inciso III do artigo 24:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou

particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Emergência pode ser conceituada como a situação dotada de certa dose de imprevisibilidade e potencial risco a pessoas ou coisas, demandando, assim, urgência no atendimento. Já a calamidade pode ser definida como o evento de anormalidade reconhecido pelo poder público, provocado por desastres, podendo colocar em risco a comunidade afetada e a incolumidade pública. (FERNANDES, 2012, p. 304, 305)

Conforme disposto no inciso em comento, a dispensa de licitação em razão de emergência ou calamidade pública é cabível somente para os bens necessários para a resolução da situação, sendo vedada a prorrogação do contrato. Oliveira, (2020, p. 73) ensina que “quanto à impossibilidade de prorrogação do prazo de 180 dias, a regra deve ser interpretada de forma ponderada, pois, em determinadas hipóteses excepcionais, a situação emergencial exigirá a prorrogação do prazo, sob pena de prejuízo ao interesse público”. Cumpre ressaltar que tal assunto será melhor abordado em momento oportuno.

A dispensa de licitação na hipótese de comprometimento da segurança nacional está prevista no inciso IX:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

Inicialmente, é mister destacar que tal hipótese tem ampla abrangência, admitindo que qualquer órgão, empresa ou pessoa física seja beneficiária da dispensa, não estando a hipótese restrita aos órgãos de defesa nacional, bastando somente o preenchimento dos requisitos básicos estabelecidos na legislação, quais sejam a possibilidade de comprometimento da segurança nacional e que tal situação seja estabelecida pelo presidente da república por meio de decreto, com a oitiva do Conselho de Defesa Nacional. (FERNANDES, 2012, p. 373)

Cumpre salientar a possibilidade de comprometimento da segurança nacional deve ser real e evidente, sendo a contratação direta a maneira certa e mais eficaz de obstar ameaças e riscos à segurança nacional. (FERNANDES, 2012, p. 374)

Assim, o instituto da dispensa de licitação é um mecanismo que permite que o administrador público realize compras e contratações, sobretudo em casos de crise, seja ela

municipal, estadual e/ou distrital ou nacional, a fim de que o administrador encontre facilidade para resolver a referida crise.

3. A DISPENSA DE LICITAÇÕES TUTELADA PELA LEI 13.979/2020

A pandemia do novo coronavírus trouxe uma série de alterações no cotidiano das pessoas, incluindo também o âmbito jurídico. No Brasil, o presidente da república sancionou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública em decorrência do novo coronavírus. Considerando o agravamento da situação, O Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 6, de 2020, reconhecendo a ocorrência do estado de calamidade pública até o dia 31 de dezembro de 2020.

A situação da pandemia fez com que o poder legislativo e a presidência da república autorizassem a dispensa de licitação para fins de combate ao novo coronavírus:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Tal situação é pautada na existência de risco. Nesta esteira, Fernandes leciona que

Não basta, contudo, que ocorra situação de emergência, sendo imprescindível que essa situação gere urgência de atendimento por parte da Administração, cuja omissão possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, em suma, o risco. (FERNANDES, 2012, p. 314)

Cumprido ressaltar que a dispensa de licitação cuja lei nº 13.979/2020 se destina unicamente ao enfrentamento ao coronavírus, possuindo caráter temporário. (NOBRE; AGUIAR, 2020, p. 87) Neste sentido dispõe o artigo 4º-B:

Art. 4º-B. Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se comprovadas as condições de:

I – ocorrência de situação de emergência;

II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

III – existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e

IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

A partir da comparação dos dispositivos presentes na Lei nº 9.666/1993 e na Lei nº 13.979/2020 atinentes ao procedimento da dispensa de licitação, chegou-se ao quadro comparativo que pode ser observado na TABELA 1:

TABELA 1 – Quadro comparativo entre as leis nº 8.666/1993 e 13.979/2020.

Diferenças	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 13.979/2020
Quanto à obrigatoriedade do processo licitatório	Procedimento de licitação obrigatória para a compra de bens ou serviços, incluindo suprimentos diários de saúde pública.	Dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. (art. 4º, caput)
Quanto à Transparência	Obrigação de cumprimento do disposto na Lei 12.527 / 2011, atendendo seus prazos e informa�es necessárias.	Todas as aquisi�es ou contrata�es realizadas com base nesta Lei são disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realiza�o do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no � 3º do art. 8º da Lei n� 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscri�o na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisi�o ou contrata�o, além das seguintes informa�es. (art. 4º, � 2º)
Quanto às empresas impedidas ou proibidas de licitar	Veda�o integral da a�o de licitar e/ou contratar com a Administra�o Pública.	Na situa�o excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contrata�o, independentemente da existência de san�o de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público. (art. 4º, � 3º)
Quanto aos estudos preliminares	Necessidade da elabora�o de estudos preliminares no planejamento da contrata�o.	Para a aquisi�o ou contrata�o de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei, não será exigida a elabora�o de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns. (art. 4º-C)
Quanto � forma de pagamento	Pagamento tradicional, atendendo os procedimentos financeiros	Possibilidade de utiliza�o do Cartão de Pagamento do Governo. (art. 6º-A)
Diferenças	Lei n� 8.666/1993	Lei n� 13.979/2020
Quanto � obrigatoriedade do processo licit�rio	Procedimento de licita�o obrigatória para a compra de bens ou serviços, incluindo suprimentos diários de saúde pública.	Dispensável a licita�o para aquisi�o de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. (art. 4º, caput)
Quanto � Transparência	Obriga�o de cumprimento do disposto na Lei 12.527 / 2011, atendendo seus prazos e informa�es necessárias.	Todas as aquisi�es ou contrata�es realizadas com base nesta Lei são disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realiza�o do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no � 3º do art. 8º da Lei n� 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscri�o na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisi�o ou contrata�o, além das seguintes informa�es. (art. 4º, � 2º)
Quanto às empresas impedidas ou proibidas de licitar	Veda�o integral da a�o de licitar e/ou contratar com a Administra�o Pública.	Na situa�o excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contrata�o, independentemente da existência de san�o de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público. (art. 4º, � 3º)

Quanto aos estudos preliminares	Necessidade da elaboração de estudos preliminares no planejamento da contratação.	Para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns. (art. 4º-C)
Quanto à forma de pagamento	Pagamento tradicional, atendendo os procedimentos financeiros	Possibilidade de utilização do Cartão de Pagamento do Governo. (art. 6º-A)
Diferenças	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 13.979/2020
Quanto à obrigatoriedade do processo licitatório	Procedimento de licitação obrigatória para a compra de bens ou serviços, incluindo suprimentos diários de saúde pública.	Dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. (art. 4º, caput)
Quanto à Transparência	Obrigações de cumprimento do disposto na Lei 12.527 / 2011, atendendo seus prazos e informações necessárias.	Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações. (art. 4º, § 2º)
Quanto às empresas impedidas ou proibidas de licitar	Vedação integral da ação de licitar e/ou contratar com a Administração Pública.	Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público. (art. 4º, § 3º)
Quanto aos estudos preliminares	Necessidade da elaboração de estudos preliminares no planejamento da contratação.	Para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns. (art. 4º-C)
Quanto à forma de pagamento	Pagamento tradicional, atendendo os procedimentos financeiros	Possibilidade de utilização do Cartão de Pagamento do Governo. (art. 6º-A)
Diferenças	Lei nº 8.666/1993	Lei nº 13.979/2020
Quanto à obrigatoriedade do processo licitatório	Procedimento de licitação obrigatória para a compra de bens ou serviços, incluindo suprimentos diários de saúde pública.	Dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. (art. 4º, caput)
Quanto à Transparência	Obrigações de cumprimento do disposto na Lei 12.527 / 2011, atendendo seus prazos e informações necessárias.	Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o

		prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações. (art. 4º, § 2º)
Quanto às empresas impedidas ou proibidas de licitar	Vedação integral da ação de licitar e/ou contratar com a Administração Pública.	Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público. (art. 4º, § 3º)

Conforme demonstrado, há o esforço por parte do poder público em facilitar o enfrentamento ao novo coronavírus facilitando a contratação por parte da administração pública, sendo certo que esta configuração perdurará enquanto durarem os efeitos do Decreto Legislativo nº 6/2020, observando o prazo contratual de seis meses, o qual cabe prorrogação, nos termos dos artigos 4º-H e 8º.

4. A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NAS DISPENSAS DE LICITAÇÃO FRAUDULENTAS

De acordo com o disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, o processo de licitação é obrigatório para a realização de contratações celebradas pela Administração Pública.

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:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tal procedimento visa garantir condições equitativas entre todos os concorrentes, tal como, busca a obtenção da proposta mais benéfica para o Erário. Contudo, o processo licitatório, por si só, não é suficiente para combater à corrupção, mas sim, tornou-se um instrumento para garantir a conspiração e a falsa competitividade, a qual esconde-se o ato ilegal sob o véu da legalidade formal.

Nesta perspectiva, “a licitação se tem transformado, sim, numa ritualística inconsequente, numa maneira de acobertar a fraude, de dar segurança àqueles que se

aproveitam do dinheiro público” (DALLARI, 2006, p. 212). Assim segundo DALLARI (2006, p. 212), muitas vezes, para aqueles que visam obter rendimentos impróprios com a contratação administrativa, cuja qual não se faz simplesmente com a dispensa da licitação, mas sim, tornando-se mais conveniente e seguro para as pessoas envolvidas, organizar um processo licitatório viciado, manipulado e dirigido.

A Lei 8.666/1993 tutela a licitação, no entretanto, assegura também a existência de delitos contra a licitação. Delitos estes que são considerados ofensivos à Administração Pública, pois estão atrelados ao prejuízo das necessidades sociais coletivas, sendo que, o desempenho satisfatório da Administração, “corresponde ao funcionamento dos preceitos constitucionais em sua essencialidade. A probidade constante de seus agentes e a imparcialidade funcional constituem deveres resguardadores da moralidade administrativa” (SEGATO, 2020, p. 14). Neste viés, o §4º do artigo 37 da CF/88, preceitua que:

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

Algumas dessas condutas refletem violações administrativas, indicando o rompimento de regras internas do Governo, enquanto outras condutas são de cunho mais grave, constituindo crime, onde a conduta praticada pelo agente estará sujeito às regras do direito penal.

Para definir um ato criminoso, este deve ser um fato típico, antijurídico e culpável. De acordo com a representatividade dos fatos praticados pelo agente, pressupõe-se fatores objetivos e subjetivos. Tipos objetivos são coisas que foram objetivadas, como a execução ou omissão de ações, resultando, a autoria e causalidade. Quanto aos fatores subjetivos, envolvem a avaliação e análise, bem como demonstrar a culpa e o dolo do agente.

A Lei de Licitações, qual seja a Lei nº 8.666/93, consagra que há apenas hipótese de crimes dolosos no que se refere às licitações, “sejam aqueles passíveis de serem cometidos apenas por quem desejar fazê-los, ou assumir o risco pela prática, e não, como nos crimes culposos, por quem os pudesse praticar em virtude de negligência, imprudência e imperícia” (SEGATO, p. 15, 2020), ou seja, a Lei 8.666/93 define que os crimes de licitação serão, excepcionalmente, dolosos, sendo que, se ocorrido de forma culposa, não há o que se falar em um crime licitatório, uma vez que, não há fraude na licitação sem que o agente tenha a intenção de fraudá-la (GASPARINI, 2012). Às condutas puníveis estão especificadas no Capítulo IV da Lei 8.666/93.

Às sanções contidas no artigo 81, refere-se a penalizar o adjudicatário, de acordo com a lei, quando este se recusa, injustificadamente, a assinar o contrato, aceitar ou retirar os instrumentos jurídicos equivalentes, no âmbito do contrato, no prazo estabelecido. O adjudicatário se exime, assim, de qualquer sanção, se apresentar algum motivo que justifique o impedimento da assinatura. Cabe ressaltar ainda que a adjudicação é o ato pelo qual é atribuído o contrato ao futuro vencedor, ou seja, o vencedor passa a ter uma garantia que veio a ganhar o processo licitatório, bem como a celebração do contrato.

No que diz respeito ao artigo 86, nos diz que nos casos de atraso injustificado na execução do contrato, e o artigo 87, o qual nos fala sobre a inexecução parcial ou total do contrato, em ambos os casos, ficará o contratado sujeito a multa de mora, nos moldes do contrato e do instrumento convocatório, sendo que o artigo 87 ainda prevê a possibilidade da penalidade de advertência. Já o artigo 88, irá tratar de contratos, cujos quais vieram a sofrer condenações definitivas, onde foi praticada fraude fiscal (recolhimento de tributos), prática que lese os objetivos da licitação e a demonstração da falta de idoneidade (aptidão ou capacidade) em virtude dos atos ilícitos praticados. Os artigos 87 e 88, ainda preveem a suspensão temporária da participação em futuras licitações e o impedimento de realizar contratação com a Administração Pública (não terá a declaração de idoneidade para licitar). Neste sentido

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais (grifamos)

O artigo 7 da Lei 10.520/2002, traz às hipóteses de impedimento para contratar e licitar com a Administração Pública, pelo prazo de 5 (cinco) anos, o descredenciamento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores pelo mesmo prazo e a aplicação de multa prevista no edital e contrato.

A fim de determinar às diversas infrações/crimes licitatórios, far-se-á necessário que as autoridades determinem o escopo da investigação, identifiquem o objeto e selecionem às etapas necessárias (por exemplo a solicitação de documentos e/ou informações) para obter as provas exigidas. Vindo a existir, em nosso ordenamento jurídico, às espécies de sanções criminais, às quais passaremos a analisar.

O artigo 89 da Lei 8.666/93, alude o que vem a ser considerado crime contra a dispensa e inexigibilidade licitatória, dentro dos termos da lei ou nos moldes e formalidades exigidas no processo de licitação. Assim sendo, “para a configuração do delito tipificado no artigo 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à administração Pública” (STJ, Recurso em HC n. 108.813 – SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior). A espécie penal elencada tem como objetivo proteger os princípios do procedimento formal, encontrando-se relacionado ao sistema jurídico, o qual rege todas às ações e etapas, com às solicitações estabelecidas e necessárias, visando, assim, atingir o objetivo pretendido. Sendo a penalidade imposta a de detenção de 03 (três) a 05 (cinco) anos e multa.

O artigo 92 da Lei 8.666/93 diz que

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.

Compreende-se como vantagem indevida, neste caso, o ato de o funcionário público, no exercício de sua função, beneficia-se injustamente de certas modificações ou extensões do contrato, deste modo, a vantagem, em geral, tem cunho econômico.

No artigo 90 da lei referida, verificamos que passa a tratar da fraude ou frustração no que tange a competição, cujo principal objetivo é garantir vantagem indevida na vitória de um concorrente sobre os demais. Segundo SEGATO (2020, p. 19), “esse tipo envolve concurso de agentes e dispõe que na modalidade de frustrar, aperfeiçoa-se o tipo através da conduta que impede a disputa do procedimento licitatório. Poderá ainda a conduta envolver um ardil para qual o sujeito impede a eficácia da licitação”. Vale enaltecer que às fraudes, na maioria dos casos, são praticadas por políticos, funcionários públicos ou empresas, onde o sujeito pretende ludibriar outrem, buscando, assim, obter a vantagem indevida através de acordo, como por exemplo, na compra de material de qualidade inferior à estipulada no edital, contratos com empresas de fachada, falsificações, entre outros casos. A pena para este delito é de 02 (dois) a 04 (quatro) anos e multa.

O patrocínio, tanto direto quanto indireto, é o ato de promover o interesse privado em face da Administração Pública, ensejando, desta forma, a celebração de contrato mediante licitação, cuja qual foi invalidada através de decisão do Poder Judiciário. Tal delito está

previsto no artigo 91 da Lei de Licitações, tendo como pena a detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa.

A indagação ao sigilo se caracteriza pela publicação da proposta apresentada pela Administração Pública no procedimento licitatório que se encontra em desfavor do licitante, proporcionando, assim, a indagação, ou seja, a Administração Pública inteira-se de qualquer tipo de informações que sejam consideradas seguras. Diz respeito aos casos onde, por exemplo, são abertos os envelopes que constam às propostas comerciais dos licitantes, de modo que o valor apresentado por cada empresa seja conhecido antes do ato público. A penalidade para este delito encontra-se no artigo 94 da Lei 8.666/93, que corresponde a detenção de 02 (dois) a 03 (três) anos e multa.

Outra pena que poderá ser aplicada, diz respeito elencado no artigo 95 da lei colacionada, onde

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Outra pena que poderá ser aplicada, diz respeito elencado no artigo 95 da lei colacionada, que virá a tratar de quando o afastamento o licitante se dá mediante violência ou grave ameaça, fraude ou o oferecimento de vantagens de qualquer natureza, com a aplicação da pena descrita no texto citado acima. Cabe ressaltar que o artigo 355 do Código Penal, ora revogado, tinha redação semelhante ao artigo 95 da Lei 8.666/93.

Como maneira de salvaguardar o patrimônio da Fazenda Pública, a Lei 8.666/93 arguiu que

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

A fraude, como já visto, poderá ocorrer a partir da alteração de preços, para um preço maior, mercadoria danificada, deteriorada ou mesmo com a alteração na qualidade e/ou quantidade a fim de tornar, de maneira injusta, o contrato mais oneroso do que a proposta apresentada.

Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias (STF, Inq. n. 3331 - MT, Relator Ministro Edson Fachin).

Quaisquer dos atos aqui mencionados ferem o princípio da supremacia do interesse público, tornando-se crime de estelionato licitatório, vindo a ser considerado como o ato de “agir por meio de trapaça, de ilusão, de engano, de artifício ou de ardil na licitação instaurada ou no contrato dela decorrente, para a aquisição ou alienação de bens ou mercadorias, tudo em prejuízo da Fazenda Pública”. (SEGATO, 2020, p. 23)

Neste sentido, a simples existência da licitação, o sistema pelo qual é realizada, apesar de ser formalizado por extensos contratos, não é garantia de que todo o processo ocorra em probidade administrativa, em vez disso, muitas vezes é realmente levada à transparência das artimanhas dos licitantes. Frequentemente, aqueles que almejam aferir proveitos indevidos de uma contratação, via licitação, tendo em vista que é mais segura e conveniente um procedimento viciado a uma simples dispensa licitatória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos relatados, pode-se concluir que o procedimento licitatório é o regime de contratação da Administração Pública, pelo qual são realizados as obras, serviços, compras, arrendamento, concessão e/ou permissão dos serviços públicos, devendo ser obedecido à Constituição seus princípios. Os casos de contratação direta, ou seja, contratações realizadas mediante dispensa ou inexigibilidade da licitação, estão dispostos na Lei nº 8.666/1993, contudo, impõe requisitos e procedimentos para a realização de tal ato.

Ao adentrarmos profundamente na Lei 8.666/93, podemos constatar que às condutas reprováveis serão devidamente punidas (penalizadas), assim, os crimes cometidos em face da licitação serão, somente, cometidos de forma dolosa, haja vista que há intenção do agente em prejudicar o procedimento licitatório, não sendo admitido, portanto, às condutas realizadas que tenham um caráter culposo. Percebe-se, então, que às medidas ressaltadas pela lei referida serão adotadas tanto na conduta do agente público (políticos, servidores, funcionários, entre outros), quanto em face de terceiros, em ambos os casos, desrespeitaram os princípios norteadores da licitação, acarretando, desta forma, prejuízos ao bom funcionamento procedimental, cujo qual deverá ser pautado pela moralidade frente a Administração Pública.

Por fim, verificou-se que a pandemia do novo coronavírus trouxe alterações temporárias no procedimento de dispensa de licitação, a fim de possibilitar a reposição de

insumos de saúde utilizados no enfrentamento ao vírus. Tais alterações flexibilizaram a realização de contratos e compras pela administração pública.

Inicialmente, a flexibilização é vista com bons olhos, tendo em vista o caráter emergencial da situação. Porém, a intenção do presente trabalho é provocar o leitor, no sentido de pensar e analisar se tal flexibilização é realmente benéfica para a administração pública. A provocação deixada se delimita no pensamento de que sem a flexibilização os crimes licitatórios eram realizados com uma certa frequência, será que a flexibilização não abre uma brecha para a facilitação da realização de crimes licitatórios

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal STF - **Inquérito: ED Inq. 3331 MT 2015**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - **Habeas Corpus: RHC 108813 SP 2019/0053007-4**.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014).

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 9. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. Atualizada por Fabrício Motta - São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SEGATO, Laryssa Cardoso. **Crimes Contra as Licitações e Contratos Administrativos**. Anápolis: UniEvangélica. 2020.

SOLON MARQUINHO NOBRE, E. .; COÊLHO AGUIAR, S. **Lei nº 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus**. Revista Controle - Doutrina e Artigos, v. 18, n. 2, p. 77-108, 1 set. 2020.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPÍTULO 12

A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL FRENTE AOS DESAFIOS DO ESTADO SOCIAL NA PANDEMIA PELO COVID-19

Gabriela Amorim Paviani, Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Advogada

RESUMO

Entre os desafios do Estado de Bem-Estar Social, acentuados pela pandemia mundial, causada pelo crescente número de casos de COVID-19, o dever de promover o desenvolvimento social defronte o estado de calamidade pública torna-se de extrema relevância. Assim, para a efetividade dos propósitos do Estado Social é essencial a participação da sociedade civil e do mercado. De tal feita, o presente trabalho, por meio do método lógico-dedutivo, destaca a relevância da atuação das empresas quando recorrem ao marketing social, a fim de estimular novos comportamentos sociais que possam melhorar as relações humanas e promover ações de combate ao estado de pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Estado social; COVID-19; Empresa; Responsabilidade social, Marketing social.

1. INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado pela ascensão do Estado de Bem-Estar social, de cunho assistencialista, a partir da derrocada da visão Liberal, diante das crises econômicas que se perfizeram após o fim da segunda guerra mundial, primordialmente nos Estados Unidos e nos países europeus.

A partir da constatação de tamanhas necessidades, o advento do Estado Social surge com o fito de promover o desenvolvimento social, utilizando-se de ações que promovam o desenvolvimento, por meio da busca de uma melhor qualidade para a vida humana. Entretanto, por mais que se tenha constituído o Estado de viés social, atualmente este vive uma crise drástica derivada da econômica produtiva.

Diante dessa realidade, encontra-se na responsabilidade social empresarial o meio de combate a pandemia provocada pelo COVID-19, doença respiratória causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2), bem como a prevalência do Estado Democrático e Social. A partir do emprego do marketing social, há uma relevante contribuição para mudança de comportamento das pessoas, uma vez que as empresas poderão incentivar, quando recorrem

ao marketing, atos condizentes ao confronto da pandemia, tais quais a utilização de máscaras e evitar ambientes aglomerados.

Tais iniciativas são importantes pois aproximam o interesse privado das empresas ao interesse público do Estado Brasileiro, a exemplo, quando este tem o dever de, nos termos da Constituição: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º); “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (Art. 225); “promoção da integração ao mercado de trabalho” (Art. 203); “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (Art. 5º,XXXII).

Assim, o presente trabalho possui em seu âmago explicitar o movimento da Responsabilidade Social Empresarial de forma integral, e, a partir de sua conceituação, descrever a importância do marketing social para a concretização de mudança, primordialmente quanto a situação pandêmica provocada pela COVID-19.

2. A CRISE DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL E COVID-19

Devido ao término da Segunda Guerra Mundial, a qual perdurou entre os anos de 1939 a 1945, se fez crescer o modelo de Bem-Estar Social em contrapartida do Estado Liberal, haja vista a necessidade de recuperação da economia, diante das grandes crises sociais, derrocadas do declínio do liberalismo nos Estados Unidos e na Europa.

É nesse cenário de carência de reestruturação das infraestruturas que o intervencionismo estatal, a partir de uma ótica protecionista, se faz imprescindível para a reconstrução dos países envolvidos no conflito, promovendo-se políticas e projetos públicos em prol das partes mais fracas das relações sociais, fazendo-se surgir em tal época os intitulados Direitos Sociais, como é o caso do Direito do Trabalho, e normativas de cunho social.

Portanto, resumidamente, o Estado Social, por seus basilar principiológico constitutivo, de sustentáculo filosófico, está associado aos clamores da sociedade, de modo a intervir em amplos setores, sejam culturais, jurídicos ou econômicos, a fim de garantir a prevalência da igualdade material perante a formal a todo e qualquer cidadão.

Nesse sentido, fundamentado nos Direitos Universais do Homem, resultantes da eclosão do Estado Liberal, Canotilho (1999, p. 222) propõe uma equalização dos paradigmas do Estado Social, uma vez que “a radicalização da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade”.

Importante ressaltar que o Estado Social se traduz na união entre os chamados Direitos Fundamentais de primeira geração, tidos como individuais, com os Direitos Fundamentais de segunda geração, de cunho coletivo, não havendo uma diferenciação dimensional do Público para com o Privado. Como bem ressalta Carvalho Neto (1993, p. 8) o “ Estado continua a subsumir toda a dimensão do público, agora imensamente alargada e positivamente valorada, e tem que promover os serviços inerentes aos direitos de 2ª geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas”.

Entretanto, após anos de tentativas de implementação de um estado social forte e garantidor, tal modelo, na atualidade, se vê em declínio, seja diante do enfrentamento entre capital e trabalho, ou da autovalorização do capitalismo exacerbado, a partir da globalização e superprodução do mercado. Diante de tal realidade socio econômica, Thomas Piket passa a afirmar que contemporaneamente “ metade mais pobre da população continua sem posses, mas hoje existe uma classe média patrimonial que detém entre um quarto e um terço da riqueza, e os 10% mais ricos não possuem mais do que dois terços, em vez dos nove décimos de antigamente” (PIKETTY, 2014, p.368).

Portanto, a crise econômica social da hodierna está associada ao conflito entre o capital e os meios de produção, traduzindo-se no trabalho, uma vez que se vive uma crise drástica da econômica produtiva, o que por decorrência eleva o capital especulativo financeiro e o deslocamento do mercado produtivo, levando-se o Estado Social a falência .

O número crescente de casos de COVID-19, doença respiratória causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2) fez com que fosse decretado em 11 de março de 2020 o estado de pandemia pela OMS (Organização Mundial de Saúde), acentuando a crise econômica social. De modo que, é exatamente na união entre o setor público e o setor privado, por meio da concretização da responsabilidade social pelas empresas, que se faz possível o combate com relação a tal crise.

3. REONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL GLOBAL

Estabelecer o que se compreende como Reponsabilidade Social Empresarial não se trata de uma tarefa descomplicada, primordialmente por abranger inúmeros direitos e expectativas de públicos distintos, que vão desde àquele interno aos externos do próprio ambiente da Empresa.

Outro fator que deve ser ponderado, é o fato de que a instituição empresa é um membro importante quando se fala na concretização dos princípios elencados pelo Estado Democrático

de Direito, bem como quanto a superação da atual crise do Estado social, compatibilizando os interesses comuns entre ambas organizações.

O início das discussões quanto ao cumprimento da responsabilidade social pelas empresas deu-se nos Estados Unidos da América, em meados do Século XVI, ligando-se ao que se entendia por poder deste ente, relacionando-se intimamente ao fato de que em nesta época, as dívidas empresariais eram herdadas pelos seus descendentes (KORTEN, 1996, p.70).

Uma das primeiras definições de Responsabilidade Social Empresarial e que ainda se faz empregada até os dias atuais, é definida por Carroll no ano de 1979, sendo aquela entendida por um conjunto de expectativas da sociedade em relação as organizações em um dado lapso temporal, quais sejam: econômicas, legais, éticas e discricionárias (termo que posteriormente fora alterado por filantrópica) (CARROL, 1979, p.500).

Sob uma ótica corporativista, existem duas tipologias de empresa, aquela que enxerga apenas a si mesma, partindo de um plano cartesianista, e, diferentemente, aquela que possui um olhar integral, partindo da premissa de que por ser um corpo integrado a sociedade, essa possui, portanto, uma função enquanto parte daquela (BANNWART, 2017, p.21).

Logo, a responsabilidade social, encarada pelo prisma das ciências sociais é a “responsabilidade daquele que é chamado a responder pelos atos face à sociedade ou a opinião pública” (ASHLEY, 2002, p.6), exatamente por ser uma parte integrante a sociedade. Portanto, a responsabilidade social pode ser encarada por um “termo usado para descrever as obrigações de uma empresa com a sociedade [...] na medida em que ela pode afetar os interesses de outros” (CHURCHILL; PETTER, 2000, p.40).

Impossível dissociar a relação umbilical entre responsabilidade social empresarial e a ética, visto que são os princípios morais que direcionam as tomadas de decisões empresariais e as atividades a serem adotadas, primordialmente porque as empresas possuem uma função a cumprir no organismo social.

Adela Cortina (2008, p.25) argumenta que toda a entidade vinculada a sociedade possui um dever de atuação, visando o bem comum, pressupondo que suas ações possuem uma base moral intrínseca, posto que “na sociedade em que opera um certo grau de consciência moral foi alcançado, o que não significa tanto para os fins que são perseguidos, quanto para os direitos que devem ser respeitados e que não podem ser atropelados com a

desculpa de que eles constituem um obstáculo aos seus fins”.⁸

Corroborar com tal pensamento Cassiano Reimão, ao sintetizar que as relações empresariais não são mais baseadas exclusivamente na razão instrumental, mas agora também em preceitos éticos, de forma que “a ética apresenta-se, deste modo, como um regulador urgente da evolução do mundo e da percepção que os homens possuem da sua construção. É esta a situação em que nos encontramos nos diversos contextos da transformação por que passam as sociedades contemporâneas” (2011, p. 87).

A ética empresarial possui uma função de destaque quando se trata da responsabilidade social empresarial, visto ser o agente disciplinador das tomadas de decisões empresariais, considerando os tempos modernos que vive a humanidade. A ética contemporânea assume diversas proporções, assumindo novos objetos, e por conseguinte, há uma necessidade de readequação dos preceitos éticos tradicionais, posto que os mesmos não dão conta de sustentar as diversas alterações do mundo atual.

A luz das normativas trazidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (BRASIL, 2004, p. 3) “a responsabilidade social é concretizada através da relação ética e transparente das organizações com todas as suas partes interessadas, visando o desenvolvimento sustentável”. Assim, é perceptível, claramente a fundamental atuação ética pelo corpo empresarial para que esse aja com responsabilidade.

Schwartz e Carroll (2003, p.508-510), defendem que a responsabilidade social empresarial é compreendida pela junção de três círculos concêntricos, quais sejam: Exclusivamente Ético (Purely Ethical); Exclusivamente Econômico (Purely Economic); Exclusivamente Legal (Purely Legal), os quais se interseccionam mutuamente. Assim, esclarece-se que o domínio econômico trata de ações que visam gerar impactos financeiros positivos; o legal, refere-se a resoluções aplicadas pelas empresas com relação às normas e princípios legais; e por fim o ético corresponde ao emprego da responsabilidade da empresa diante das expectativas da população em geral e dos stakeholders (público estratégico).

Outro fator que deve ser considerado para a verdadeira adesão da responsabilidade integral das empresas, é a sua atuação sustentável, em prol de um desenvolvimento sadio em todos os seus ramos, econômico, ambiental e social, de modo que “a responsabilidade social das empresas é um meio para alcançar a sustentabilidade empresarial, que pode ser definida

⁸ en la sociedad en la que actúa se ha alcanzado un grado determinado de conciencia moral, que se refiere no tanto a los fines que se persiguen, como los derechos que es preciso respetar y que no puede atropellar con la excusa de que constituyen un obstáculo para sus fines.

com a empresa que orienta a sua gestão para obter resultados positivos em termos econômicos, sociais e ambientais” (BARBIERE e CAJAZEIRAS: 2009, p. 137).

Além disso, quando se fala em responsabilidade social empresarial é indubitável a sua associação para com a cidadania em sem modelo de comportamento organizacional, de modo que a: Cidadania corporativa diz respeito ao relacionamento entre empresas e sociedade – tanto a comunidade local que cerca uma empresa e cujos membros interagem com os funcionários, quanto a comunidade mundial mais ampla, que atinge todas as empresas (MCINTOSH, 2001, p.15).

Portanto, a cidadania corporativa revela-se na contribuição que uma empresa faz na sociedade através do seu *core business*, ou seja: atividades, programas de investimento social, filantropia e seu engajamento em políticas públicas. Essa contribuição é determinada pela maneira como uma empresa gerencia seus impactos econômicos, sociais e ambientais e como a mesma gerencia suas relações com diferentes partes interessadas, em particular, acionistas funcionários, clientes, parceiros de negócios, governos, comunidades e futuros gerações.

4. O MARKETING SOCIAL COMO CONCRETIZAÇÃO DE VALORES

Diante dos problemas advindos da crise do Estado Social, acentuados pela COVID-19, necessário que temas consequentes e afetos a tais empasses sejam discutidos, como por exemplo: problemas ambientais, raciais, supressão de saúde e segurança alimentar, na medida em são de relevante interesse público.

Nesse aspecto, considerando as responsabilidades incumbidas as empresas em face do Estado Democrático e Social, o marketing social se faz de suma importância, posto ser centrado em valores, causas sociais, ambientais, de modo que a empresa contribui para conscientizar a sociedade, além de demonstrar seu engajamento para que o setor privado e o público sejam esferas que se complementam.

Não raras vezes o marketing é descrito apenas a partir de sua função de fornecer e promover objetos/serviços a possíveis clientes, ou seja, englobando somente estratégia de vendas, entretanto, tal ramo também possui a uma vertente social de extrema importância, na medida em que possui uma certa parcela de contribuição para mudança de comportamento das pessoas.

Sob outro ângulo, o marketing também pode ser encarado a partir de um "processo social gerencial por meio do qual indivíduos e grupos obtêm aquilo que desejam e de que necessitam, criando e trocando produtos e valores uns com os outros" (KOTLER,

ARMSTRONG, 1998, p. 3), de modo que tal especialidade possui intrínseca relação histórica e gera influências de comportamento individual aos seres humanos.

Não obstante, o amago do marketing está centrado na promoção de trocas, as quais as organizações sociais, dos mais variados setores, realizam com os seus clientes, ao ponto que tais transações voluntárias objetivam acarretar vantagens a ambos polos. Enfatiza-se que essas negociações não necessariamente precisam ser produtos ou serviços, podendo configurar-se em trocas de atitudes, ideias e ações.

Neste prisma o marketing é “o processo de planejar e de executar a concepção, estabelecimento de preços, promoção e distribuição de idéias, produtos e serviços para criar trocas que satisfaçam metas individuais e organizacionais”(CHURCHILL; PETER, 2000, p. 4).

Após a década de 50, época em que até então o marketing era abalizado por seus operadores como um instrumento de promoção empresarial, considerando-se apenas a finalidade de lucro a partir de vendas e destaque no âmbito concorrencial, incia-se desenvolvimento da chamada "orientação para o consumidor", resultando em uma ampla concepção de marketing (LEWIS; LITTLER, 2001).

É nesse cenário que as empresas começam a repensar em seus modelos de gestão, bem como os valores os quais se reconhecem e as distinguem no amplo modelo competitivo, nascendo-se a ideia de que apenas a oferta de produtos e serviços são insuficientes para solucionar os impasses humanos que geram consequências em toda a sociedade. A alteração basilar é que desde a tal momento passa-se a questionar se as alterações possuem uma base social filantrópica, ou se são resultantes de um planejamento social e ambiental contínuo, com possibilidade de retorno para os seus praticantes (ZENONE, 2006).

Ante a essas alterações, surge no início da década de 70, nos Estados Unidos, o que se entende por marketing social, a partir de uma ótica de contribuição das empresas para com as questões sociais, levando o marketing a assumir um caráter de instrumento de conscientização da população(KOTLER; ZALTMAN, 1971, p.03-12).

Nesse diapasão, Philip Kotler e Eduardo L. Roberto esclarecem que “o termo "marketing social" apareceu pela primeira vez em 1971, para descrever o uso de princípios e técnicas de marketing para a promoção de uma causa, idéia ou comportamento social. Desde então, o termo passou a significar uma tecnologia de administração da mudança social” (KOTLER, ROBERTO, 1992, p. 25).

Portanto, resta claro que o marketing possui uma intrínseca relação para com a capacidade de mudanças no cenário social, ante a sua plena aptidão de transmissão de ideais, tanto que na década de 80, de quando a do início da crise do Estado-Providência, em que houve um agravamento de das desigualdades sociais, e por conseguinte exclusões, identificou-se a importância do agir em conjunto dos 3 polos de uma relação consumerista: as instituições privadas, públicas e o consumidor como um agente de mudanças, capaz de mobilizar a adoção de práticas socialmente corretas e esperadas, e o consumo consciente (BHATTACHARYA & SEN, 2004; PORTILHO, 2005).

É exatamente nessa parte que o marketing social se faz imprescindível, uma vez que se cria estratégias para a popularização da busca de mudanças de comportamento, tais quais aqueles que se inserem nas medidas de combate a pandemia causada pelo COVID-19, ou seja, estimula-se os setores público, privado e consumidores ao acatamento de estratégias conscientes, a partir da aplicação de um planejamento previamente elaborado, o uso de tecnologia das comunicações, bem como a capacidade da própria ciência do marketing.

Desta feita, “as campanhas de mudança social e o marketing social não são simplesmente um conjunto de instrumentos para a consecução de mudança social. Representam uma nova ideologia, ou estado de espírito, cuja assimilação pode preparar o terreno para a mudança social generalizada e mais eficaz” (KOTLER; ROBERTO, 1992, p. 31).

Ao possuir como pilar a legitimidade e propensões das organizações para uma mudança social, Kreitlon (2008) afirma a existência motivacional em três correntes: Business Ethics (Ética Empresarial), em que as empresas são as atrizes principais, devendo-se submeter-se as normas e julgamentos morais como qualquer outra pessoa; Business Society (Mercado e Sociedade), as organizações são instituições sociais, logo, por terem uma relação com sociedade que as legitima, devem-se estar a serviço dela; Social Issues Management (Gestão de Questões Sociais), vertente utilitarista, em que as discussões sociais são apenas parte de uma gestão estratégica das organizações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, vive-se a decadência do Estado de Bem-Estar social, acentuado pela pandemia causada pela COVID-19, o que acarretou em mutações da vida moderna, remodelação do mercado, transferência de produção e crises econômicas. Deste modo, conseqüentemente, o Estado provedor torna-se incapaz de atender a necessidade de toda a

população.

Assim sendo, o desafio atual consiste exatamente em analisar e indicar de que forma é possível promover um outro ambiente econômico, o qual seja de aproximação dos interesses privados com os públicos.

Portanto, é a partir da adesão e verdadeira efetivação dos movimentos da responsabilidade social pelo corpo empresarial, que se faz possível buscar soluções, ou pelo menos uma amenização dos impasses decorrentes da crise do estado social moderno em tempos de COVID-19.

Nesse sentido, também deve ser ponderado que a função social da empresa é de fato concretizada quando a mesma atua com reponsabilidade social, levando em seu interim um agir ético nos negócios a quais faz parte, visando o benefício da comunidade, consumidores, meio ambiente, bem como os trabalhadores.

Um dos caminhos de mudança, de modo a reunir os interesses públicos e privados em prol do bem comum e de combate a pandemia, é a utilização do marketing social como ferramenta de transformação, a partir da divulgação de boas práticas e condutas nas campanhas empresariais.

O marketing social é aqui considerado como uma grande alternativa para a alteração e superação da crise social contemporânea, reunindo os interesses privados e públicos, em prol do benefício dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ARDUINO, Luiz Guilherme de Brito; MORAES; Vânia de. Marketing social x marketing de causa: estudo de caso das campanhas da empresa VIVO. In: **Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XXIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste** – Belo Horizonte - MG – 7 a 9/6/2018

ASHLEY, Patrícia Almeida. **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: 2004.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. et. al. **Reponsabilidade integral, metodologia estratégica para o desenvolvimento pessoal, corporativo e educacional**. Londrina: Midiograf, 2017.

BARBIERI, J. C.; CAJAZEIRA, J. E. R. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso: 21 mai. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Lisboa: Almedina, 1999.

CARROLL, A. Three Dimensional conceptual model of corporate performance. In: **Academy of Management Review**, v. 4, p. 497-505, 1979.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. In: **Revista de Direito Comparado.** Pós-graduação da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mandamentos: Belo Horizonte, v. 3, maio 1993.

CHURCHIL Jr., Gilbert A.; PETER, J. Paul. **Marketing: criando valor para o cliente.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CORTINA, Adela. **Ética de la empresa: Claves para una nueva cultura empresarial.** Madrid: Trotta, 2008.

DOVE. **Projeto #NosMostre.** Disponível em: https://www.dove.com/br/historias-Dove/campanhas/nosmostre.html?gclid=EAIaIQobChMIImQrJng4gIV1o2zCh0WEQo3EAA YASAAEgLBIPD_BwE&gclid=aw.ds. Acesso em 06 jun. 2019;

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/>. Acesso em 06 jun. 2019.

ITAU. **Itaú social.** Disponível em: <https://www.itausocial.org.br/>. Acesso em 06 jun. 2019.

LEWIS, Barbara R; LITTLER, Dale. (Org.) **Dicionário Enciclopédico de Marketing.** São Paulo: Atlas, 2001

KOTLER, Philip. **Administração de marketing: a edição do novo milênio.** São Paulo, Prentice Hall, 2000.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de marketing.** Rio de Janeiro: Prentice Hall, 1993.

KOTLER, Philip; ROBERTO, Eduardo L. **Marketing social: estratégias para alterar o comportamento público.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

KOTLER, P.; ZALTMAN, G. **Social marketing: an approach to planned social change.** Journal of Marketing, v.35, n.3, p.3-12, jul.1971.

KORTEN, David C. **Quando as Corporações Regem o Mundo.** São Paulo: Futura, 1996.

KREITLON, M. P. **O discurso da responsabilidade social empresarial ou a lógica e a retórica da legitimação: Um olhar sobre o campo do petróleo.** Tese de Doutorado. Salvador: UFBA, 2008.

MCINTOSH, Malcolm. **Cidadania Corporativa.** Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

NATURA. **Sustentabilidade**. Disponível em: <https://www.natura.com.br/sustentabilidade>. Acesso: 02 jun. 2019.

REIMÃO, Cassiano. **A Presença Ética nas Empresas**. Lusíada. Economia & Empresa. Lisboa, v. 12, 2001.

SCHWARTZ, Mark S; CARROLL, Archie B. **Corporate social responsibility: a three-domain approach**. Disponível em:

https://www.researchgate.net/profile/Archie_Carroll/publication/261827186_Corporate_Social_Responsibility_A_Three-Domain_Approach/links/54a17ab80cf267bdb902c00f/Corporate-Social-Responsibility-A-Three-Domain-Approach.pdf. Acesso em: 09 jun. 2019.

SEN, S.; BHATTACHARYA, C. B. Does doing good always lead to doing better? Consumer reactions to corporate social responsibility. *Journal of Marketing Research*, v.38, n.2, p.225-243, 2001.

PORTILHO, F. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005
PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

VIVO. **Vivo convida o público a repensar 2018 e refletir sobre padrões e preconceitos**. Disponível em: <<https://www.promoview.com.br/propaganda/vivo-convida-o-publico-a-repensar-2018-e-refletir-sobre-padroes-epreconceitos.html>>. Acesso em: 29 maio 2019.

ZERK, Jennifer A. **Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law**. New York: Cambridge University.

CAPÍTULO 13

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, REGULAÇÃO NO BRASIL E O PROJETO DE LEI 5051/2019

Bruna Lietz, Mestranda em Direito na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul com bolsa CAPES/PROEX. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Uniasselvi. Advogada¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o projeto de lei 5051/2019 que visa estabelecer princípios para o uso da inteligência artificial (IA) no Brasil através de uma análise da ordem constitucional e de conceitos inerentes a ciência da computação. Deste modo questiona-se a necessidade do referido projeto e seu conteúdo material, especialmente considerando que será, caso aprovado, uma restrição de cujo jurídico e não uma recomendação ética como verificada em outros documentos. O questionamento leva a conclusão de que muitas das limitações previstas tem assento constitucional, correspondendo a princípios e direitos fundamentais, sendo ainda a restrições jurídicas ao uso e o desenvolvimento da IA. Ademais, a análise permite concluir que os dispositivos que estabelecem restrições a inteligência artificial necessitam de ponderação junto aos conceitos relacionados a ciência da computação sob pena de impor restrições legais, ainda que de forma indireta, a um valor constitucional que é o desenvolvimento científico e tecnológico.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; Direitos Fundamentais; Regulamentação; Aprendizado da máquina; Algoritmos.

1. INTRODUÇÃO

A computação tem apresentado um crescimento exponencial, sendo interligada a este fator a evolução da inteligência artificial e seu crescente uso em diversas áreas e nos mais diversos lugares. As aplicações tecnológicas modernas atuais vão desde os centros de pesquisa mais desenvolvidos a processos que estão presentes na vida de grande parte dos indivíduos.

A regulamentação da inteligência artificial, em aspectos éticos e jurídicos, tem sido objeto de debate em diversos Países, tendo o Brasil adotado os critérios éticos elaborados pela

¹Trabalho publicado originalmente nos anais do 2º Congresso Internacional Information Society and Law. Após a redação da presente pesquisa, houve a propositura de novos projetos legislativos sobre a temática da regulação da inteligência artificial, a saber, Projeto de Lei 21/2020 e 240/2020. Desde modo, esse artigo aborda somente o projeto de lei 5051/2019, sendo os demais projetos objeto de pesquisas futuras.

OCDE que estabelece valores pelos quais a IA deve desenvolver, além do Conselho Nacional de Justiça estabelecer as diretrizes para o desenvolvimento e uso de IA no Poder Judiciário através da resolução 332/2020. Ainda, recentemente foi proposto o projeto de lei 5051/2019¹⁰ que visa regular esta tecnologia em uma perspectiva jurídica.

Deste modo, o presente trabalho realiza uma análise da regulamentação proposta no projeto legislativo quanto ao seu mérito frente as disposições contidas na Constituição Federal, bem como se as disposições que regulamentam o uso da IA coadunam-se com conceitos da ciência da computação, permitindo um desenvolvimento científico e tecnológico.

Em uma perspectiva inicial tem-se que muitos dos valores e direitos expressos como limitadores do uso e desenvolvimento da inteligência artificial já estão expressos na Constituição Federal constituindo restrições jurídicas, assim como uma regulação infralegal tem o potencial de constituir uma limitação a esta.

O trabalho, nesta perspectiva, tem como objetivo geral analisar o projeto de lei 5051/2019 em uma perspectiva constitucional, sendo objetivos específicos estabelecer algumas premissas quanto a regulação da inteligência artificial, identificar os valores constitucionais inerentes ao projeto e realizar o cotejo entre dispositivos e conceitos da ciência da computação.

Para tanto, inicialmente irá se abordar uma análise da inteligência artificial e do projeto legislativo estabelecendo as distinções entre regulação ética e jurídica para, em momento posterior, trazer valores jurídicos da proposição que também tem cujo constitucional e ético. Realizadas tais considerações, se passará a abordar algumas questões específicas das disposições projetadas, especificamente as questões da transparência, confiabilidade, possibilidade de supervisão humana e auditoria dos sistemas.

A presente pesquisa tem como método de abordagem o indutivo, de procedimento o estruturalista e funcionalista e no interpretativo o sistemático, eis que o direito é compreendido de forma ordenada e hierarquizada, onde os direitos fundamentais apresentam-se como valores superiores. Ademais, a pesquisa tem natureza de trabalho científico original e teórico, cujo objetivo é explicativo e os dados para a realização do trabalho serão obtidos através de pesquisa documental, sendo as os objetos utilizados a bibliográfica.

Assim, diante das premissas metodológicas acima referidas, faz-se a análise do tema, buscando fazer uma análise entre direitos fundamentais, inteligência artificial, regulamentação e o desenvolvimento científico e tecnológico.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A REGULAÇÃO PROPOSTA PELA LEI 5051/2019

2.1. Inteligência artificial, ética e direito

O aumento do volume de dados¹¹, associado ao desenvolvimento dos softwares¹² é trazida por muitos autores como fatores elementares para o desenvolvimento da inteligência artificial, seja ela aquela que já utilizamos diariamente ou da que está sendo desenvolvidas em laboratórios em forma de protótipos e que remodelaram o mundo (Bostrom, 2018, posição 374).

A inteligência artificial (IA) tem recebido pelos pesquisadores diversas definições. Observa Moraes (2020) o surgimento de muitas definições em torno da inteligência artificial, havendo autores e pesquisadores que defendem a ideia de máquinas que agem como pessoas¹³, em contraponto de visão de Luger (2013, p. 01) em que as mesmas agiriam de forma racional. Ainda, outros autores se afiliam a ideia de inteligência artificial como um sistema que pensa seja como pessoas¹⁴ ou racionalmente¹⁵.

Esta perspectiva está pautada na divisão posta por Russell e Norvig (2013) ao organizarem as definições de IA em quatro categorias:

¹¹ Foi elaborada por Turner (2014) uma estimativa de que em 2020 o universo digital chegará a 404 zettabytes, ou seja, 44 trilhões de gigabytes.

¹² Para obter um gráfico logarítmico do crescimento exponencial do poder da computação nos últimos 110 anos consultar Pistono (2017, p. 42). Observa este, ademais, que há uma tendência deste crescimento continuar no futuro, entendendo que tal poderá atingir limites físicos que imporão sua diminuição ou então se atingirá a singularidade tecnológica.

¹³ *A compreensão dos sistemas que agem como pessoas (3) pode ser encontrado, como observa Moraes (2020) em Rich e Knight (1991) cuja definição está “O estudo de como fazer os computadores fazerem coisas que, no momento, as pessoas fazem melhor”.*

¹⁴ A perspectiva da inteligência artificial como um sistema que pensa como pessoas pode ser encontrada em Haugeland, 1985, que traz a ideia de esforços para fazer os computadores pensarem, máquinas como mentes. Conforme observa Moraes (2020) esta concepção de IA torna necessária a compreensão de como as pessoas pensam, questionando se *já há termos científicos para se saber como as pessoas pensam e fazer a máquina imitar isto. Esta definição traz diversos questionamentos, dentre os quais pode-se destacar se a máquina realmente pensa como uma pessoa ou se ela parece com uma pessoa pensante. Esta reflexão é importante atualmente, pois muitos chatbot que utilizam de sistemas de IA dão a impressão de que são uma pessoa que está interagindo com o usuário, quando em verdade é uma máquina. Neste ponto, volta-se ao experimento da sala chinesa.*

¹⁵ A IA como um sistema pensa racionalmente foge da necessidade de compreensão do pensamento e da mente humana, pois utiliza-se a lógica. Conforme Moraes (2020) pode ser encontrado em Winston (1992) que define o estudo da IA como “O estudo de computações que tornam possível perceber, raciocinar e agir”. Nesta perspectiva, o sistema de IA representa coisas dentro da lógica. Observa Moraes (2020) que *a lógica clássica tem alguns problemas e não consegue representar tudo, que demanda a mistura com outros tipos de técnica de IA.*

Pensando como um humano	Pensando racionalmente
<p>“O novo e interessante esforço para fazer os computadores pensarem (...) <i>máquinas como mentes</i>, no sentido total e literal.” (Haugeland, 1985).</p> <p>“[Automatização de] atividades que associamos aos pensamentos humano, atividades como a tomada de decisão, a resolução de problemas, o aprendizado (Bellman, 1978).</p>	<p>“O estudo das faculdades mentais pelo uso de modelos computacionais.” (Charniak e Mc Dermott, 1985)</p> <p>“O estudo das computações que tornam possível perceber, raciocinar e agir.” (Winston, 1992)</p>
Agindo como seres humanos	Agindo racionalmente
<p>“A arte de criar máquinas que executam funções que exigem inteligência quando executadas por pessoas.” (Kurzweil, 1990)</p> <p>“O estudo de como os computadores podem fazer tarefas que hoje são melhor desempenhadas pelas pessoas.” (Rich, 1991)</p>	<p>“Inteligência Computacional é o estudo do projeto de agentes inteligentes.” (Poole <i>et al.</i>, 1998)</p> <p>“AI... está relacionada a um desempenho inteligente de artefatos.” (Nilsson, 1998)</p>

Tabela 1 - Quadro de definições da IA elaborado por (RUSSELL E NORVIG, 2013)

Observam Russell e Norvig (2013) que a inteligência artificial é abordada com diferentes propósitos, diferentes eis que os seus pesquisadores têm objetivos diversos em mente. Em cada uma das quadro estratégias para o estudo da inteligência artificial, conforme os referidos autores, há pessoas diferentes com métodos diferentes. Todavia, cada grupo, com suas particularidades, tem ao mesmo tempo desacreditado e ajudado o outro (RUSSELL & NORVIG, 2013).

Russell e Norvig (2013), dentre as quatro visões da inteligência artificial, adotam uma “[...] visão de que a inteligência está relacionada principalmente a uma ação racional.”. Ao trazer uma perspectiva pautada em agir racionalmente os autores realizam uma abordagem de agente racional, que é “[...] aquele que age para alcançar o melhor resultado ou, quando há incerteza, o melhor resultado esperado.”. A inteligência dos agentes, que são algo que age, são abordadas no sentido de tomarem a melhor ação possível em uma dada situação.

Nesta mesma linha é o conceito de inteligência artificial posto por Luger (2013, p. 01):

A inteligência artificial (IA) pode ser definida como o ramo da ciência da computação que se ocupa da automação do comportamento inteligente. Essa definição é particularmente apropriada a este livro porque enfatiza nossa convicção de que a IA faz parte da ciência da computação e que, desse modo, deve ser baseada em princípios teóricos e aplicados sólidos nesse campo. Esses princípios incluem as estruturas de dados usadas na representação do conhecimento, os algoritmos necessários para aplicar esse conhecimento e as linguagens e técnicas de programação usadas na sua implementação. (LUGER, 2013, p. 01)

A presente pesquisa adota, tendo em consideração as inúmeras compreensões do que é IA, a concepção de um agir racionalmente, tendo por base os conceitos elaborados por Russell e Norvig (2013) e Luger (2013).

Lee (2019, p. 16) traz que a inteligência artificial fez progressos lentos e constantes durante décadas, sendo que recentemente ocorreu uma aceleração de forma a permitir que as conquistas acadêmicas fossem traduzidas em casos de utilidade no mundo real. Ademais, observa Lee (2019, p. 35) que surgimento e a implementação da IA traz desafios aos atuais valores sociais, que podem se enfraquecer em um período de tempo breve.

Diante do aumento de seu uso da IA e dos desafios que são inerentes a esta passou-se a suscitar a necessidade de verificar a conformidade da técnica aos interesses da sociedade e dos seus membros (Mulholland, 2019, p. 08), destacando-se dois sistemas regulatórios: o ético e o jurídico.

O sistema ético, como observa Mulholland (2019, p. 08), “ [...] cria guias deontológicos que serão constituídos como a razão *prima face* e o fundamento para o desenvolvimento da IA [...]” sendo imposta assim uma *soft regulation*, eis que a governança da inteligência artificial será baseada em princípios que são guias de recomendações. Na atualidade há vários guias de recomendações éticas como os elaborados pela União Europeia (EU) (2018a. 2018b) e pela OCDE¹⁶ (2019).

O sistema jurídico cria restrições, por isto considerado como *hard regulation*, uma vez que impõe padrões de coerção para a aplicação da IA (Mulholland, 2019, p. 08). Como observam Novais e Freitas (2018, p. 29) inexistem uma abordagem normativa holística a nível da União Europeia, sendo a questão da inteligência artificial descortinada apenas pequenos afloramentos normativos em textos legais dispersos.

No Brasil há o reconhecimento de diversos direitos fundamentais que são trazidos nas orientações éticas da União Europeia como guias éticos para o desenvolvimento da IA, mas no ordenamento jurídico pátrio configuram também como princípios jurídicos.

Neste contexto, os direitos fundamentais adotados pela ordem jurídica brasileira já constituem preceitos éticos e jurídicos ao desenvolvimento e o uso da inteligência artificial. Não obstante a ideia de uma limitação já posta pela Constituição, tramita no processo legislativo brasileiro projeto de lei 5051/19 que pautado nos preceitos constitucionais, definir

¹⁶ Conforme informação da Reuters (2019) os princípios da OCDE são apoiados pelos 36 membros da Organização para Cooperação Econômica, além de Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Peru e Romênia.

uma regulação infraconstitucional mínima que traga as garantias necessárias para essa transição estabelecendo princípios básicos do uso da Inteligência Artificial.

2.2. O projeto de lei 5051/2019: princípios e diretrizes

O projeto de lei 5051/2019 teve seu trâmite legislativo iniciado no Senado Federal sendo lido em setembro de 2019, atualmente está na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática para a realização de Audiência Pública, com o objetivo de instruir a matéria. O projeto traz uma redação inicial estabelecendo princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil (artigo 1º), bem como define diretrizes para a atuação do Estado (artigo 5º).

Além disto, o projeto, embora esteja dentro da ideia de regulação jurídica (restritiva) traz finalidades para o qual a IA deve ser desenvolvida, assim expondo seu artigo 2º que a “tecnologia desenvolvida para servir as pessoas com a finalidade de melhorar o bem-estar humano em geral”.

No que se refere aos princípios, a lei traz que o uso e desenvolvimento da IA deve observar os valores que, em grande maioria, correspondem a direitos fundamentais adotados pela ordem jurídica, quais sejam: o respeito à dignidade humana (art. 1, III, CF – fundamento Estado brasileiro), à liberdade (art. 5º, caput), à democracia (art. 1, caput, CF), à igualdade (art. 5º, caput), o respeito aos direitos humanos (art. 4, II, CF), à pluralidade (preâmbulo, art. 206, III) e à diversidade (art. 215, §3, V, CF, 216, §1, I), a garantia da proteção da privacidade (art. 5, X, CF) e dos dados pessoais (art. 5, X e XII CF).

Ademais, o texto do projeto traz (artigo 3º) que um dos objetivos de se disciplinar a Inteligência Artificial no Brasil é a promoção e a harmonização da valorização do trabalho humano e do desenvolvimento econômico, valores estes já previstos na ordem jurídica brasileira nos artigos 7, XXVII e 170, caput e VIII, respectivamente.

As sociedades, ainda que não adotem estruturas jurídicas com fins de promover ou inibir as inovações, tem preceitos como os direitos fundamentais estão sendo alterados. Observa Sarlet (2010, p.50) que direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão estão sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade em face das novas formas de agressão a valores tradicionais dentre os quais insere-se questões relativas a tecnologias e avanços científicos.

Assim, diante do uso da inteligência artificial estes direitos fundamentais estão sofrendo alterações, que são em grande parte hermenêuticas, entretanto continuam a constituir limites jurídicos e restrições ao desenvolvimento de tecnologias que lhes violem.

As diretrizes (artigo 5º) são expostas no projeto como uma linha segundo a qual se traça um plano dos entes estatais no desenvolvimento da Inteligência Artificial no Brasil, ou seja, são projetos de normas que irradiaram efeitos sobre os entes públicos.

Assim, define-se que a aplicação da IA no Poder Público deve buscar a qualidade e a eficiência dos serviços oferecidos à população¹⁷, bem como deve este efetivar os valores constitucionais diante do novo contexto através:

- I – a promoção da educação para o desenvolvimento mental, emocional e econômico harmônico com a Inteligência Artificial;
- II – a criação de políticas específicas para proteção e para qualificação dos trabalhadores;
- III – a garantia da adoção gradual da Inteligência Artificial;
- IV – a ação proativa na regulação das aplicações da Inteligência Artificial;

Tais disposições previstas no projeto legislativo correspondem a valores impostos constitucionalmente, não podendo definir uma inovação ao texto constitucional, seja quanto aos princípios adotados as diretrizes expostas. Entretanto, há alguns pontos do projeto legislativo que trazem uma nova perspectiva a ordem jurídica podendo ser destacados dos demais e que serão tratados no próximo capítulo.

2.3. Transparência, confiabilidade, possibilidade de supervisão humana e auditoria dos sistemas

O projeto legislativo em análise expõe em seu artigo 2º, incisos IV e V que a inteligência artificial deverá ter como fundamento a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas. Estas exigências podem ser relacionadas a valores constitucionais como a ideia de juiz natural, a fundamentação das decisões, entre outros.

A definição de regras como estas devem levar em consideração são somente aspectos jurídicos, mas primordialmente deve ter em consideração os conceitos e métodos empregados pela ciência da computação, identificando em que corresponde a IA nas suas diversas formas para posteriormente absorver isto e moldar em uma linguagem jurídica que faça sentido para aqueles que irão lhe executar.

¹⁷ O uso da inteligência artificial no Poder Público é apontado por autores como fator para a qualidade de eficiência dos serviços públicos fornecidos a população. Um exemplo, baseado em evidência, é seu emprego em execuções fiscais como demonstra Fábio Porto (2019). Ainda, a IA é trazida por Ederson Porto (2018) como meio para a eficiência na fiscalização da gestão pública.

Deste modo, ao se regular a IA deve se ter em consideração as atuais capacidades desta, pois impondo a ordem jurídica algo que não possa ser observado pelos cientistas da computação (impossibilidade real) haverá o impedimento do desenvolvimento tecnológico, que também é um valor constitucional.

O projeto de lei 5051/2019 ao exigir que a inteligência artificial seja dotada de transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas, além de se submeter a supervisão humana de forma tão genérica pode levar a uma insegurança que iniba o desenvolvimento, seja em razão destes conceitos, tal como postos, não serem definidos, seja por não definir em que ponto dos sistemas deve haver sua aplicação.

A inteligência artificial como a capacidade da máquina aprender ou compreender as coisas ou de lidar com situações novas ou difíceis possui muitas especificidades, sendo elementar sua observância em uma regulação.

Como expõe Gutierrez (2019, 85) há diferentes sistemas dentro do campo da IA compreendendo de algoritmos que fazem cruzamentos de dados e encontram padrões – *analytics* – até sistemas que aprendem sozinhos – *machine learning*¹⁸. Em ambos um questionamento surge, qual seja, as questões relacionadas aos dados utilizados, eis que tais são elementares para tais sistemas.

A suficiência dos dados e sua confiabilidade irão refletir na confiabilidade da própria IA (Silva, 2019, p. 42), especialmente em modelos de aprendizagem automática onde a máquina é submetida a um treinamento com um conjunto de dados suficientes para que ele aprenda para depois ser utilizado. Assim, ao se colocar uma restrição a sistemas de IA pela confiabilidade deve se ter em consideração que tais sofrem influxos de outros elementos, pois caso contrário a proteção que se busca realizar será ineficiente.

Ainda dentro da ideia de *machine learning* diversas as formas de aprendizado (Gutierrez, 2019, 86) podendo tais serem supervisionados por serem humanos, hipótese em que os critérios de correlação iniciais são parametrizados por humanos, e não supervisionados, onde se dispensa a calibragem inicial e o sistema criam padrões de correlação próprios alheios ao raciocínio humano.

¹⁸ No âmbito do direito tributário os entes estatais fazem uso da inteligência artificial, tanto em sua função de análise de dados, quanto de aprendizado da máquina. Neste sentido são os programas utilizados pela União Federal através de Procuradoria da Fazenda Nacional e da Receita Federal do Brasil, denominados, respectivamente como PGFN Analytics (PGFN, 2019) e o SISAM (Receita Federal, 2019).

Ao se definir a possibilidade de somente haver sistemas supervisionados, sem definir o que se entende pelo conceito de supervisionado, pode-se acarretar na inutilização prática das potencialidades positivas que os sistemas não supervisionados. Entre esses pontos, inserem-se a analisar um ambiente dinâmico e a extração de correlações e padrões – que não são identificáveis por humanos. Ademais, o mesmo pode ocorrer no aprendizado contínuo - *Lifelong Learning Algorithm (LLA)* ou *Lifelong Machine Learning (LMC)* – que pode ser realizado por algoritmo de aprendizado incremental, por um retreinamento manual ou então por um retreinamento automático.

A transparência dos algoritmos, por sua vez, demanda uma reflexão, pois a pura exposição algorítmica, ou seja, a disponibilidade do código-fonte ou auditorias irrefletidas podem gerar uma ilusão de clareza como aponta Peixoto e Silva (2019, p.73). Nem todos os modelos de IA permitem verificar com as decisões foram tomadas.

Há modelos matematicamente bem simples e de fácil compreensão de como as suas saídas são geradas, entretanto, como observa Silva (2019, 46-48) “os melhores modelos, do ponto de vista da assertividade, possuem estruturas numéricas muito complexas, o que dificulta a compreensão de como as respostas são geradas em sua saída”.

Assim, modelos com alta interpretabilidade (árvores de decisão, algoritmos de regressão e regras de classificações) apresenta baixa acurácia ao passo que os algoritmos de baixa interpretabilidade (Redes neurais artificiais, *ensemble methods* e *support vector machine*) detém uma alta acurácia.

Deste modo, as disposições do projeto legislativo a priori restringiriam à inteligência artificial quanto ausente transparência, confiabilidade, possibilidade de supervisão humana e possibilidade de auditoria merecem ser estudadas diante das peculiaridades dos sistemas, estabelecendo limites claros e específicos, não somente para que haja uma proibição sem levar em consideração as especificidades, mas para que a decisão quanto aos limites de uso e os riscos aceitáveis seja tomada de forma reflexiva.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada no presente trabalho demonstra que a inteligência artificial tem sido aplicada em diversos aspectos na atualidade, alterando institutos e fatos que embasam as normas jurídicas. Alguns valores éticos já foram traçados com vista a estabelecer fundamentos para o desenvolvimento desta tecnologia, sendo que muitos destes, os atos, também são jurídicos tornando a necessidade de seu estudo.

A exame do projeto legislativo 5151/2019 confirma a hipótese aventada no sentido grande parte da regulação pretendida já está expressa na Constituição por constituírem valores e direitos fundamentais incorporados a nossa ordem jurídica. Ademais, as demais exigências pretendidas encontram fundamento em valores constitucionais, entretanto na forma como posta tem o potencial de violar a inovação e o desenvolvimento científico, que também são valores consagrados pelo texto constitucional.

A análise da proposição legislativa, em conjunto com as normas constitucionais e considerando dados à inteligência artificial pela ciência da computação, permite concluir que hoje já existem limitações ao seu uso e desenvolvimento, notadamente pelos direitos fundamentais. Ademais, uma regulamentação infraconstitucional que não observe a cientificidade própria da computação tem o potencial de impedir o desenvolvimento desta tecnologia, inclusive nos pontos que são positivos.

O debate em torno dos riscos aceitáveis tem de ter assento material na ordem constitucional e deve ser atribuída a uma ampla discussão social. Ademais, não se deve desconsiderar o caráter global desta tecnologia que demanda soluções a ser formuladas através do diálogo entre diversos Países, seja para o aprendizado com experiências estrangeiras ou para a formação de uma regulação internacional da mesma.

REFERÊNCIAS

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**. Barueri: Darkside Editora, 2018. (*E-book*)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 jul. 2019.

BRASIL. **Inteligência Artificial e Regulação de algoritmos – Diálogos União Europeia – Brasil**. Disponível em: <https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/inovacao/paginas/politicasDigitais/assuntosCiberneticos/Inteligencia-Artificial-e-Regulacao-de-Algoritmos.pdf>. Acesso em 27 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 27 jul. 2019.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidência de accountability. *In*: MULHOLLAND, Caitlin. FRAZÃO, Ana. (Coord.). **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos.** Tradução: Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LUGER, George F. **Inteligência Artificial.** Tradução Daniel Vieira; 6 ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

MORAES, Sílvia Maria Wanderley. **Curso inteligência artificial e automação digital.** Porto Alegre: PUCRS, 2020. Slides. Disponível em: <https://online.pucrs.br/extensao/inteligencia-artificial-e-automatizacao-digital>. Acesso em: 11 ago. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin. FRAZÃO, Ana. (Coord.). **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOVAIS, Paulo. FREITAS, Pedro Miguel. **Inteligência Artificial e Regulação de algoritmos.** Disponível em: <https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/inovacao/paginas/politicasDigitais/assuntosCiberneticos/Inteligencia-Artificial-e-Regulacao-de-Algoritmos.pdf>. Acesso em 27 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. **Recommendation of the Council on Artificial Intelligence.** Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 17 out. 2019.

PGFN. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – **PGFN em números, edição 2019.** Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf. Acesso em 16 set. 2019.

PISTONO, Federico. **Os robôs são roubar seu trabalho, mas tudo bem: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz.** São Paulo: Portfolio-Penguin, 2017.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito.** Curitiba: Alteridade editora, 2019.

PORTO, Éderson Garin. A busca pela eficiência na fiscalização da gestão pública: a utilização de inteligência artificial para aperfeiçoamento do controle das finanças públicas. In: **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios.** V. 1, n.2, 2017, p. 4-31.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do tribunal de justiça do Rio de Janeiro. In: **Direito em Movimento,** Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019.

RECEITA FEDERAL. **Sistema de Seleção Aduaneira por Aprendizado de Máquina.** Disponível em: [www.brasildigital.gov.br > lumis > portal > file > fileDownload](http://www.brasildigital.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload). Acesso em 16 set. 2019.

REUTERS. **OECD members, including U.S., back guiding principles to make AI safer.** Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-oecd-technology/oecd-members-including-u-s-back-guiding-principles-to-make-ai-safer-idUSKCN1SS1V5>. Acesso em 17 out. 2019.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SENADO FEDERAL. **Tramitação legislativa - Projeto de Lei nº 5051 de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em 17 out. 2019.

SILVA, Nilton Correa. Inteligência artificial. *In*: MULHOLLAND, Caitlin. FRAZÃO, Ana. (Coord.). **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XapH3-hKg2w>. Acesso em 18 out. 2019.

TURNER, Vernon. **The Digital Universe of Opportunities: Rich Data and the Increasing Value of the Internet of Things - Executive Summary**. Disponível em: <https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/executive-summary.htm>. Acesso em 18 set. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Orientações éticas para uma IA de confiança**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em 27 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta ética da União Europeia para o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente**. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Acesso em 17 out. 2019.

CAPÍTULO 14

TECNOLOGIA DIGITAL NA PRÁTICA DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA

Fábio Eduardo de Freitas Barbosa, Graduando em Direito, Administrador de Empresas, Especialista em Qualidade e Produtividade, MBA em Sistemas de Gestão Ambiental e Mestre em Tecnologia

RESUMO

Em momentos de crise instalada governos, empresas e pessoas são impactadas. Nesse momento desperta a necessidade de encontrar alternativas que auxiliem na superação da crise. Exemplo desse fato foi o advento da pandemia causada pela COVID-19, quando muitas das dificuldades foram, pelo menos, amenizadas com a utilização de tecnologias digitais, pois permitiram que algumas atividades fossem continuadas. Os negócios jurídicos também foram afetados pela pandemia e atenções foram voltadas para as tecnologias digitais que além de auxiliar na gestão e na operação das atividades dos advogados, abriram novas possibilidades de atuação para esses profissionais. Outro aspecto importante nesse contexto diz respeito às competências necessárias aos advogados que cada vez mais, estarão interagindo com as tecnologias digitais.

PALAVRAS-CHAVE: tecnologia digital e direito; tecnologia digital e advocacia; advogados e tecnologia, novas competências dos advogados, impacto da tecnologia digital no direito.

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho inicia-se com a apresentação sucinta dos impactos da pandemia causada pela COVID-19 nos países, nos negócios e nas pessoas. Como principais efeitos advindos da pandemia tem-se o elevadíssimo número de pessoas mortas e a retração econômica mundial. Assim, diante da crise instalada, faz-se necessário buscar formas para superá-la e, nesse contexto, a tecnologia surge como alternativa para auxiliar no enfrentamento aos desafios econômicos vivenciados por organizações de todos os portes e segmentos, incluindo as do segmento jurídico.

Diversas tecnologias, inclusive aquelas que se utilizam da inteligência artificial, permitem que os negócios adquiram mais eficiência, o que, de certa forma, está em consonância com os anseios dos clientes que vêm buscando melhores relações entre custo e benefício na contratação de serviços jurídicos. Além disso, as inovações tecnológicas geram diversos impactos na sociedade, pois criam, muitas vezes, novas formas de relacionamentos com clientes, novos negócios, remodelagem de produtos e serviços, entre outros. Essas modificações sociais podem causar problemas jurídicos e, portanto, abrir oportunidades para

os negócios advocatícios. Por outro lado, a tecnologia carrega consigo desafios aos advogados, pois ao mesmo tempo em que ela permite que as operações jurídicas sejam mais eficientes, tende a modificar a forma dos advogados trabalharem.

Assim, surgem as reflexões acerca de como os profissionais podem enfrentar essa situação.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo entender em que medida a tecnologia e os artefatos tecnológicos¹⁹ destinados às atividades advocatícias operacionais, influenciam a advocacia brasileira e, também, o modo de trabalhar dos profissionais advogados. Para atingir esses objetivos, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de trabalhos acadêmicos e artigos que possuam alguma sinergia com o tema em estudo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A crise mundial gerada pela pandemia

A pandemia vem causando impactos significativos nos países, nas estruturas governamentais, nas empresas e nas famílias. Enfim, toda a população foi atingida de alguma forma pela pandemia gerada pela COVID-19.

De acordo com o relatório da World Health Organization (2020, p. 1), publicado em 16 de agosto de 2020, o número de mortes causadas pelo COVID-19 no mundo foi de 761.779 e o número total de pessoas contaminadas por esse vírus foi de 21.294.845, ou seja, 3,58% das pessoas que foram infectadas pela COVID-19 vieram a óbito.

Segundo o relatório da World Health Organization (2020, p. 6), a taxa de mortalidade no Brasil, que é 3,3%, inferior à média mundial (3,6%) e, também a de muitos países da Europa como Alemanha (4,1%), Suécia (7,1%), Espanha (8,3%), Reino Unido (13,1%), Itália (14,0%) e França (15,0%). Mas, nesse tipo de ranking não há ganhadores.

Além disso, o problema gerado por essa pandemia possui outras dimensões: a econômica é uma delas. Segundo projeções do World Bank (2020b, p. 1-2), a economia do Brasil deverá encolher em 8% no ano de 2020 em virtude do bloqueio total (os chamados *lockdowns*), queda dos investimentos, distúrbios na cadeia de suprimento e preços globais de produtos primários mais baixos.

¹⁹ Os artefatos tecnológicos são estruturas baseadas em programação, banco de dados, algoritmos, inteligência artificial, dentre outros recursos que têm por objetivo otimizar a realização das atividades advocatícias operacionais. Podem ser plataformas, softwares, aplicativos, etc. Ao longo desse trabalho foi utilizada a expressão tecnologia digital com o mesmo sentido de artefato tecnológico.

No âmbito mundial, segundo estudos e previsões do World Bank (2020a, p. 1-3), a economia global sofrerá retração de 5,2% em 2020. Se isso ocorrer, será a recessão de maior profundidade desde a Segunda Guerra Mundial e também, contará com o envolvimento do maior número de economias desde 1870 a experimentarem declínio dos seus produtos internos *per capita*.

Diante da extensão e gravidade da crise gerada pela COVID-19, os países e as empresas precisaram reagir para fazer frente ao problema instaurado. Uma das providências adotadas para conter a proliferação do vírus foi o estabelecimento do distanciamento social. Assim sendo, muitos estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços tiveram suas atividades interrompidas e outras, procuraram alternativas para continuarem suas operações, mesmo que de forma restrita.

Com a crise estabelecida, a criatividade se fez necessária e foi impulsionada, em muitos casos, pela necessidade de sobrevivência das empresas e das pessoas. A ela se juntou um fator preponderante, a tecnologia, que fez a diferença ao permitir que empresas continuassem com suas atividades, mesmo que de modo parcial. Os serviços de entrega em domicílio foram ampliados, instituições de ensino passaram a ministrar aulas à distância, consultas médicas e psicológicas foram viabilizadas pelo uso dos recursos tecnológicos, empresas de consultoria e auditoria continuaram a realizar as suas atividades, porém, na modalidade não presencial. No meio jurídico, as audiências passaram a ser realizadas por meio de aplicativos e de forma remota, assim como as reuniões entre advogados e seus clientes. Apesar de ter havido um decréscimo na execução das atividades profissionais, muitas continuaram em marcha, mas com formato diferente daquele que havia antes do início da pandemia.

Com os efeitos da pandemia pessoas e organizações perceberam e aprenderam que existem tecnologias que estão disponíveis e possuem potencial para auxiliar na reestruturação de suas vidas e de seus negócios. Essa constatação também é verdadeira para o mundo jurídico e, em especial, para as empresas de advocacia, pois existem diversas tecnologias para as mais variadas aplicações no negócio jurídico e que estão ao alcance de muitos.

2.2. A Tecnologia Digital e o Direito

A sociedade global passou por inúmeras transformações ao longo de sua história e em, praticamente, todas as áreas do conhecimento humano. Essas transformações ou mudanças

vêm ocorrendo com velocidade cada vez maior e são impulsionadas e aceleradas, preponderantemente, por um fator: o aprimoramento tecnológico contínuo.

Vasconcelos e Ferreira (2004, *apud* BARBOSA, 2006, p. 47) conceituam tecnologia a partir da etimologia da palavra. A primeira parte dela vem do grego “*techne*” cujo significado é o processo para fazer alguma coisa e, assim sendo, pode-se entender que tecnologia é o conhecimento empregado para se fazer alguma coisa.

Para Zawislak (1994, *apud* por BARBOSA, 2006, p. 47) “tecnologia é a aplicação de conhecimentos científicos e de habilidades na solução e previsão de problemas de forma a garantir um modo melhor de fazer as coisas”.

Portanto, pode-se afirmar que tecnologia, de certo modo, é o resultado de um conhecimento sistematizado que é materializado em recursos técnicos (máquinas, equipamentos, sistemas computacionais, etc.) e em conhecimento e habilidades humanas, (pessoas capazes de dominar os procedimentos e operar os recursos técnicos). Ou seja, a tecnologia não se resume às máquinas e aos equipamentos, diz respeito também, aos conhecimentos necessários para operar e modificar o padrão de funcionamento dos mesmos. (BARBOSA, 2006, p. 46-49).

A tecnologia ao mesmo tempo em que é desenvolvida pelas pessoas, serve para atender às suas necessidades que passam por transformações com o passar do tempo. Nesse sentido, a tecnologia, que serve às pessoas, precisa estar em sintonia com essas alterações e, também passa por modificações continuamente.

Um tipo de tecnologia específico, a digital, ganhou espaço ao superar a tecnologia analógica e permitiu avanços significativos na indústria, na economia, na área da comunicação e na sociedade em geral. As tecnologias digitais expandiram as formas de armazenamento de dados, assim como permitiram a difusão da informação. Além disso, essas tecnologias permitiram aumentar a segurança de grupos de dados fundamentais, bem como suportar a geração de outras tecnologias. (GUIDOTTI, 2018, p. 12-23).

A evolução tecnológica digital tem sido objeto de muitos estudos e debates. Schwab (2016, p. 5-15), disserta sobre a quarta revolução industrial que é definida pelo autor, como sendo um movimento que, impulsionado pelas grandes inovações tecnológicas, impactam de modo muito significativo na forma de vida no planeta. Além disso, afirma o autor, que a velocidade com que essas inovações estão acontecendo, está mais acelerada do que nunca. Exemplos dessas inovações são as plataformas Airbnb e Uber, a internet das coisas e para as

coisas, a inteligência artificial (como o programa Siri da Apple), carros autônomos, *blockchain*²⁰, *chatbot*²¹, biotecnologia, entre outras, que revolucionaram e/ou estão revolucionando diversos segmentos de mercado e a quem dele participa, mesmo que indiretamente.

Essa transformação tecnológica digital, evidentemente, também tem gerado impacto no Direito, especialmente, nos últimos anos. Esses impactos podem ser de duas naturezas, sendo que a primeira delas é derivada das ações dos diversos agentes sociais, no que diz respeito à tecnologia, pois ao interagirem com outros agentes geram modificações nas relações e/ou nos negócios e, conseqüentemente, nos aspectos sociais e jurídicos. Isso abre um amplo espectro de oportunidades para a atuação dos profissionais da advocacia, pois ocasionam novas situações e problemas jurídicos. (FONSECA, 2019, p. 78-82). Por exemplo, no caso de um acidente envolvendo um carro autônomo, qual será o nível de responsabilização que caberá ao proprietário do veículo? E ao fabricante?

Outro exemplo de impacto e/ou oportunidade para a atuação advocatícia veio em forma de lei: a LGPD. No dia 14 de agosto de 2018 foi publicada a Lei nº 13.709, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Assim sendo, de acordo com Fonseca (2019, p. 74) faz-se necessário que os profissionais da advocacia interajam e conheçam as novas tecnologias, pois elas não são aplicadas somente na esfera jurídica, mas produzem efeitos em toda a sociedade.

O outro tipo de impacto que a tecnologia produz no Direito é aquele gerado em função do desenvolvimento de novas tecnologias digitais que são voltadas diretamente para a utilização nas atividades jurídicas profissionais, ou seja, para a gestão e a operação dos

²⁰ Blockchain é um tipo de Base de Dados Distribuída que guarda um registro de transações permanentemente e à prova de violação. A base de dados blockchain consiste em dois tipos de registros: transações individuais e blocos. Um bloco é a parte concreta da blockchain onde são registrados algumas ou todas as transações mais recentes e uma vez concluído é guardado na blockchain como base de dados permanente. Toda vez que um bloco é concluído um novo é gerado. Existe um número incontável de blocos na blockchain que são ligados uns aos outros - como uma cadeia - onde cada bloco contém uma referência para o bloco anterior. (WIKIPÉDIA, 2020a)

²¹ O termo Chatterbot que é mais conhecido por Chatbot, surgiu da junção das palavras chatter (a pessoa que conversa) e da palavra bot (abreviatura de robot), ou seja, um robô (em forma de software) que conversa com as pessoas. O Chatbot é um programa de computador que tenta simular um ser humano na conversação com as pessoas. O objetivo é responder as perguntas de tal forma que as pessoas tenham a impressão de estar conversando com outra pessoa e não com um programa de computador. Após o envio de perguntas em linguagem natural, o programa consulta uma base de conhecimento e em seguida fornece uma resposta que tenta imitar o comportamento humano). (WIKIPÉDIA, 2020b)

trabalhos advocatícios. Esse tipo de tecnologia e os seus impactos no mundo da advocacia é o foco do presente trabalho.

Novos tempos, novas tecnologias e novas possibilidades de atuações jurídicas.

2.3. As Tecnologias Digitais para o Direito

Oliveira (2019, p. 30) afirma que a incorporação de novas tecnologias digitais vem ocorrendo há tempos em atividades relacionadas com os segmentos da aviação, medicina, mercado financeiro e administração de empresas, diferentemente do que se observa em relação à advocacia que somente recentemente, passou a se preocupar com a inserção de inovações tecnológicas em suas atividades com o intuito de torná-las mais produtivas, quantitativa e qualitativamente.

As características principais dos trabalhos advocatícios estão relacionadas com a elaboração de teses e de argumentações, tendo por referência a aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Nesse sentido, constitui-se como tarefa importante, pesquisar e identificar as legislações, os casos e os precedentes que sejam relevantes ao caso em análise para que se possa prever com algum nível de segurança, quais seriam as argumentações jurídicas com maior probabilidade de êxito. (ANDRADE; ROSA; PINTO, 2020, p. 3-6).

Cientes dessa realidade as empresas tecnológicas voltadas para o setor jurídico, as chamadas *lawtechs*²², vêm pesquisando, desenvolvendo e aprimorando soluções que contribuam para a otimização da utilização do tempo, padronização de procedimentos, pesquisas e assertividade do trabalho jurídico. (ANDRADE; ROSA; PINTO, 2020, p. 3-6).

Susskind (2013, p. 40-49, apud Sperandio, 2018, p. 37-43) enumera 13 recursos tecnológicos digitais que podem ser considerados inovadores para o direito. São eles: (i) sistemas de automação de documentos jurídicos; (ii) conectividade (internet, smartphones, tablets, etc.); (iii) *marketplaces* jurídicos, ou seja, plataformas que intermedeiam a contratação de advogados; (iv) ensino jurídico pela tecnologia (*e-learning*); (v) aconselhamento jurídico à distância; (vi) disponibilização de materiais jurídicos e modelos gratuitamente, de forma *open-source*; (vii) redes sociais colaborativas privadas; (viii) sistemas de gerenciamento de projetos e fluxo de trabalho; (ix) conhecimentos jurídicos-legais já incorporados a objetos e sistemas; (x) sistemas de resolução de disputas *on-line*; (xi) sistemas de busca inteligente de

²² Lawtech é o termo que define empresas, geralmente startups, que desenvolvem tecnologias de aplicação na área jurídica.

conteúdos jurídicos; (xii) *big data*; e (xiii) resolução de problemas baseada em inteligência artificial.

O fato é que já estão disponíveis várias tecnologias digitais para a área jurídica e que podem ser divididas, quanto à sua aplicação na advocacia, da seguinte forma:

- Tecnologias de gestão – são os softwares que automatizam atividades organizacionais ou administrativas, tais como: cadastrar clientes, emitir faturas e notas fiscais, controlar as horas trabalhadas, controlar as agendas de compromissos, gerenciar os indicadores de desempenho, fazer a gestão financeira, entre outras. Muitos desses *softwares* dispensam a necessidade de que o escritório de advocacia possua grande infraestrutura tecnológica própria, pois podem ser armazenados em servidores terceirizados que ficam “em nuvem” e podem ser acessados via web, portanto, de qualquer lugar que possua acesso à internet.
- Tecnologias para comunicação – esse tipo de tecnologia permite que os advogados estabeleçam contatos com seus clientes, sem que haja a necessidade do contato físico. Isso permite mais agilidade no trato com o cliente, além de proporcionar expressiva redução de custos, pois diminui os gastos com viagens e/ou deslocamentos. A tecnologia *chatbot* pode, por exemplo, informar ao cliente sobre o andamento do seu processo, bem como fornecer outras orientações básicas, sem, no entanto, prestar consultoria jurídica.
- Tecnologias operacionais – *softwares* que são utilizados para auxiliar na execução das atividades jurídicas. Como exemplo tem-se os softwares que geram documentos a partir de um conjunto de informações fornecidas pelo usuário. Esse tipo de software é uma espécie simplificada de automação de atividade jurídica. Existem outros algoritmos mais sofisticados, pois se utilizam da inteligência artificial (IA)²³ para pesquisar, analisar dados e apresentar respostas ao usuário. Essas ferramentas têm a capacidade de “aprender” a partir das interações e, portanto, têm a potencialidade de auto aprimoramento. Já existem diversos softwares baseados em IA para aplicações jurídicas, tais como pesquisa legal, análise de dados e geração de previsões. Essas ferramentas são capazes, por exemplo, de analisar todas as

²³ Os debates envolvendo a inteligência artificial e as suas possibilidades de utilização têm ganhado destaque nos últimos anos, e ao contrário do que o senso comum pode ser levado a crer, a IA é um tema pesquisado há muito tempo: desde a década de 50. (OLIVEIRA, 2019, p.18). De acordo com (Russell e Norvig citados por Oliveira, 2019, p.18-20) a IA está relacionada com a automação de atividades consideradas inteligentes. Existem alguns conceitos de IA que consideram outras abordagens, tais como performance, efetividade no alcance de resultados, entre outras. Há outra vertente que conceitua a IA tendo como referencial as atividades realizadas por pessoas. De acordo com Wildisen citado por Sperandio p. 19, “IA é a teoria e o desenvolvimento de sistemas de computadores que vão executar tarefas que normalmente requerem inteligência humana, o que é normalmente referido como computação cognitiva”.

decisões em uma determinada esfera, bem como os resultados das últimas decisões do juiz para casos semelhantes e, a partir das especificidades de um caso, fornecer uma previsão de resultados prováveis. (DAVIS, 2020, p. 4-6).

O uso da inteligência artificial para as pesquisas de dados de interesse jurídico, como por exemplo, jurisprudências, identificando as tendências decisórias dos tribunais, deve potencializar a atividade de pesquisa jurídica tornando-a mais eficiente, pois o tempo gasto por esse tipo de tecnologia para realizar essas atividades é menor do que o tempo gasto pelas pessoas para fazer a mesma pesquisa. (ANDRADE; ROSA; PINTO; 2020, p. 3-6).

Também se enquadram nessa categoria os softwares que automatizam a produção de contratos e petições, analisam os riscos em volumes massivos de documentos e, também, existem os aplicativos empregados para solucionar problemas jurídicos. (CEPI, 2018a, p. 11-28).

Para os autores Andrade, Rosa, Pinto (2020, p. 10-14) os avanços tecnológicos na área jurídica têm o potencial de elevar o Direito a um novo patamar de desempenho, pois podem auxiliar no enfrentamento a antigos problemas característicos, tais como lentidão e elevados custos.

Sperandio (2018, p. 34-35) corrobora com essa constatação, ao afirmar que os avanços tecnológicos recentes e, em especial, aqueles que se utilizam de inteligência artificial, indicam que a máquina será capaz, em breve, de resolver problemas por si só e, portanto, será factível a aplicação dessa tecnologia para solucionar problemas jurídicos.

Fato é que essas tecnologias digitais já estão disponíveis e que, em função disso, estão transformando de modo intenso e significativo a forma de trabalhar das empresas advocatícias, pois as empresas tomadoras de serviços jurídicos estão modificando suas exigências e expectativas, em busca de melhorar a relação custo x benefício.

De acordo com Davis (2020, p. 5-8) existem estimativas de que as empresas norte-americanas reduzirão significativamente as despesas com contratação de empresas jurídicas tradicionais e também, com as suas estruturas jurídicas internas. Por outro lado, haverá aumento nas despesas com a contratação de tecnologias jurídicas (e também de empresas jurídicas que delas se utilizam), sobretudo, as baseadas em inteligência artificial. O incremento nesse tipo de despesa será de sete vezes, saindo de 12 bilhões de dólares em 2017 até atingir, em 2027, 85 bilhões de dólares. Ou seja, o mercado tradicional onde estão inseridas a maioria das empresas jurídicas com pouca ou nenhuma utilização de recursos

tecnológicos digitais, está sendo substituído por um novo tipo de perfil, que é composto por empresas jurídicas que operam suportadas por ferramentas informatizadas, sobretudo, pela inteligência artificial.

Diante das evidentes transformações que as inovações tecnológicas estão gerando no segmento jurídico e, conseqüentemente, no modo operativo e gerencial das empresas advocatícias certamente haverá impactos significativos na forma de trabalhar dos advogados, que precisarão adquirir novas competências: as tecnológicas.

2.4. As Tecnologias digitais e os advogados

As empresas advocatícias já possuem à sua disposição um conjunto significativo de tecnologias digitais para serem empregadas em atividades de gestão, de comunicação e interação com clientes e também para auxiliar na execução das atividades operacionais jurídicas mais efetivas.

De acordo com a pesquisa realizada pelo CEPI (2018a, p. 30), 65% dos advogados entrevistados entendem que a tecnologia está gerando impacto nas atividades jurídicas. Esse entendimento e percepção de que a tecnologia é importante para as empresas advocatícias estão sendo transformadas em ações efetivas. Sperandio (2018, p. 67-73) apresenta em seu trabalho relatos sobre as ações implementadas (ou em curso de implementação) por algumas empresas advocatícias brasileiras.

Uma dessas empresas definiu o segmento de *startups* como sendo um dos nichos de mercado a serem explorados. Apesar da estrutura organizacional “enxuta”, esse tipo de empresa tem demandas parecidas com as de uma empresa tradicional, pois necessita, segundo o executivo da empresa advocatícia, de uma assessoria integrada que vai desde a definição do tipo de sociedade a ser constituída, passando pelas possibilidades de obtenção de investimentos, forma de contratação dos colaboradores, proteção à propriedade intelectual, até à estruturação tributária. Apesar disso, a capacidade de pagamento dessas empresas é pequena. Portanto, para atender às *startups*, faz-se necessário substituir a tradicional forma de cobrança em função das horas trabalhadas por outra mais adequada. Nesse sentido, a IA tem papel fundamental no que diz respeito ao aumento da eficiência dos serviços advocatícios, possibilitando, dessa maneira, obter uma forma mais equilibrada de cobrança pelos serviços e que atenda aos interesses das empresas advocatícias e das *startups*.

Outra empresa estudada por Sperandio (2018, p. 74-78) já foi considerada como uma das maiores empresas de advocacia do Brasil. Essa empresa possuía, na data em que foi

realizada a pesquisa, automatização de muitas tarefas cotidianas, embora não utilizasse os recursos de inteligência artificial. Reconhecendo a importância da tecnologia digital para a advocacia, os sócios criaram uma empresa com o intuito de desenvolver soluções tecnológicas avançadas para o segmento jurídico. De acordo Sperandio (2018, p. 75), a inovação, nessa empresa, “veio na forma de automação, transferindo das mãos dos advogados para os robôs as funções burocráticas e operacionais, dentre elas: pesquisa de processo em tribunais, *download* de petições, checagem de prazos e cálculos de custas”.

Embora esses exemplos ilustrem ações efetivas no sentido de incorporar inovações tecnológicas a serviço das empresas advocatícias, essa parece não ser a realidade global, pois de acordo com a pesquisa do CEPI (2018a, p. 27-28) a tecnologia para a geração automática de documentos (gera documentos a partir de um conjunto de informações fornecidas pelo usuário) que é uma espécie simplificada de automação de atividade jurídica, não é utilizada por 74% dos entrevistados. Ainda de acordo com o CEPI (2018a, p. 11) grande parte dos usuários de tecnologias jurídicas se limitam a utilizar softwares para auxiliar na execução das tarefas administrativas, financeiras e cadastro de clientes.

Portanto, a maior parte dos escritórios de advocacia ainda não utilizam as tecnologias de modo robusto, principalmente aquelas que são baseadas em inteligência artificial existentes para a operação das atividades jurídicas (CEPI, 2018a, p. 11-13). Essa constatação contrapõe-se à percepção generalizada das empresas de advocacia (65%) de que o uso das tecnologias já está impactando nas atividades jurídicas. (CEPI, 2018a, p. 30). Os profissionais da advocacia entendem que a tecnologia é importante e que está impactando no negócio jurídico, mas tal compreensão não tem impulsionado a execução de ações concretas no sentido de incorporar as tecnologias jurídicas aos seus negócios.

Para Sperandio (2018, p. 33) “aparentemente há consenso entre os especialistas sobre o fato de que a IA se tornou uma das tecnologias mais importantes na prática do direito, apesar de muitos profissionais da área jurídica não terem sequer uma ideia do que ela significa.” O tempo não está a favor da espera, pois a mudança já está em curso. Susskind (2015, p. 66-70, apud Sperandio, 2018, p. 35) prevê que o mundo da advocacia deverá mudar radicalmente em duas décadas. Parte dessas mudanças impactará na oferta dos serviços jurídicos e na forma de trabalhar dos advogados.

Segundo Sperandio (2018, p. 53) um “estudo realizado pela consultoria Deloitte aponta que 39% dos empregos na área jurídica dos Estados Unidos podem vir a ser

automatizados em longo prazo”. O autor continua expondo dados sobre a conformação dos empregos jurídicos: “um estudo efetuado pelo grupo de consultoria legal Altman Weil¹⁶¹ aponta que 47% dos advogados americanos acreditam que as funções paralegais e 35% do papel desempenhado por advogados em primeiro ano de prática podem ser substituídos por alguma ferramenta de automação”.

Sperandio (2018, p. 51) apresenta outros dados que reforçam a tese de que os empregos dos advogados, de alguma forma e com alguma intensidade, serão afetados. Segundo ele, estima-se que com a utilização de softwares inteligentes pode-se reduzir o tempo gasto por um advogado para redigir um documento entre 80 e 95%.

Para Fonseca (2019, p. 89-91), cabe aos profissionais do direito perceberem que as mudanças provocadas pelas inovações tecnológicas delineiam um contexto com novas relações e possibilidades. Isso se faz necessário para que haja a compreensão da conformação da profissão do advogado que precisa estar em conformidade com essa nova realidade.

Além de promover mudanças sociais, o surgimento exponencial de novas tecnologias digitais também tem sido responsável por modificar a prática jurídica por meio da introdução no mercado de um novo ferramental para a profissão. Diariamente desenvolvem-se novas soluções aplicáveis ao direito que se tornam importantes aliadas dos profissionais da área. Para Andrade, Rosa, Pinto (2020, p. 14-18) as profissões jurídicas já estão vivendo em um contexto de contínuas inovações tecnológicas, o que exige desses profissionais, constante atualização e aprendizado sobre as novas ferramentas, plataformas e softwares disponíveis para a área jurídica.

Outro desafio para os advogados consiste no despertar para a necessidade que se faz presente e para efetivamente adotarem as novas tecnologias. Tal feito certamente não é fácil, pois o profissional do direito, tradicionalmente, não é formado para conhecer e utilizar as ferramentas tecnológicas disponíveis. (ANDRADE; ROSA; PINTO, 2020, p. 16-18).

Susskind (2013, p. 3 apud Sperandio, 2018, p. 35-36) alerta para o fato de que é fundamental que os advogados adotem das novas ferramentas tecnológicas, pois a partir delas poderão ser geradas inovações, permitindo o desempenho de tarefas que antes não eram possíveis de serem executadas. Diante desses fatos e dados, pode-se dizer que o futuro da advocacia (ou do advogado do futuro) exigirá dos profissionais, competências além daquelas adquiridas nos cursos tradicionais de direito.

De acordo com o CEPI (2018b, p. 33-36) as transformações em curso na área jurídica, tendem a gerar impactos nas atividades profissionais dos operadores do direito que podem ser divididos em três grupos: (1) surgimento de novas funções com a exigência de novas competências (por exemplo profissionais que possuam a especialização jurídica e que, também, possuam noções de programação de dados informáticos); (2) novas competências para o desempenho de antigas funções (o domínio de vocabulário tecnológico básico por advogados); e (3) maior ênfase em competências e especializações que já se apresentavam como importantes e que se tornaram essenciais (capacidade de trabalho em grupo e de resolução de problemas complexos a partir de perspectivas interdisciplinares).

As habilidades e conhecimentos jurídicos tradicionais continuam importantes para os profissionais da advocacia, mas, agora elas se apresentam revestidas de novos contornos. A esses conhecimentos devem ser somadas outras, oriundas de áreas distintas do direito, no sentido de moldar o profissional da advocacia para poder realizar com excelência as atividades jurídicas conformadas pela nova realidade, impulsionada, principalmente, pelos avanços tecnológicos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos momentos de crise instalada, como ficou evidente no caso recente da pandemia causada pela COVID-19, governos, empresas e pessoas são impactados e há, conseqüentemente, o comprometimento no alcance de seus objetivos, o que implica na necessidade de tomar atitudes que revertam ou pelo menos relativizem os impactos da crise. Dentre as possibilidades existentes para auxiliar nesse enfrentamento, destaca-se a tecnologia digital como importante fator propulsor de inovações em diversos segmentos da sociedade.

A tecnologia digital vem evoluindo com rapidez em todos os segmentos e áreas do conhecimento humano, inclusive na área jurídica. Esse é um caminho sem volta. Dados de pesquisas apontam que os clientes das empresas advocatícias têm imposto ao segmento jurídico o que elas já fazem há muito tempo com outros tipos de prestadores de serviços, que é buscar uma melhor relação entre o custo e o benefício na contratação de serviços jurídicos. Tal prática comercial não implica em contratar por menor valor e, em contrapartida, abrir mão da qualidade na prestação dos serviços advocatícios.

Os clientes estão em busca de eficiência porque sabem que isso é possível. Com a utilização de tecnologias inteligentes, por exemplo, é possível redigir documentos jurídicos com redução significativa do tempo gasto por um advogado.

É fato que as empresas norte-americanas têm diminuído os valores gastos com a contratação de empresas advocatícias tradicionais e com suas estruturas jurídicas internas. Por outro lado, haverá aumento nas despesas com a contratação de tecnologias jurídicas digitais (e também de empresas jurídicas que delas se utilizam).

A utilização das inovações tecnológicas nas empresas advocatícias atende aos anseios daqueles que buscam a eficiência e o aumento da produtividade, mas, ao mesmo tempo gera certo desconforto para alguns advogados. Parte significativa deles afirmam que consideram a tecnologia importante para a área jurídica. Apesar disso o que se percebe de fato, é que poucos estão incorporando inovações tecnológicas nas suas atividades. Há, portanto, um distanciamento entre o discurso e a ação.

Se, por um lado, a tecnologia digital afeta diretamente a execução do negócio jurídico, por outro, abre um amplo espectro de oportunidades para a atuação dos profissionais da advocacia, pois as inovações tecnológicas ao serem empregadas na sociedade, ocasionam novas situações e problemas jurídicos.

Desse modo, o profissional da área jurídica precisa estar preparado para empregar as tecnologias em seus negócios, auxiliando a gestão e, também, a operação das questões jurídicas. Precisa, também, possuir os conhecimentos para atender as demandas da sociedade que certamente virão, em função do emprego das novas tecnologias.

Portanto, tem-se que os avanços tecnológicos estão mudando a forma de se realizar as atividades jurídicas e tudo indica que essas mudanças serão ainda maiores. Basta observar o que acontece em outras áreas: atividades (e às vezes profissões) são substituídas pelas máquinas e outros aparatos tecnológicos, mas, em contrapartida, geram novas atividades.

A profissão de advogado está em modificação com velocidade acelerada. Tal fato demanda que esses profissionais adquiram novas competências e novos conhecimentos que vão além do que se aprende, tradicionalmente, nos cursos de direito. Nesse sentido as transformações na área jurídica podem ser divididas em três grupos: (1) surgimento de novas funções com a exigência de novas competências (por exemplo profissionais que possuam a especialização jurídica e que, também, possuam noções de programação); (2) novas competências para o desempenho de antigas funções (o domínio de vocabulário tecnológico

básico por advogados); e (3) maior ênfase em competências e especializações que já se apresentavam como importantes e que se tornaram essenciais (capacidade de trabalho em grupo e de resolução de problemas complexos a partir de perspectivas interdisciplinares).

Evidentemente que as habilidades e conhecimentos jurídicos tradicionais continuam importantes para os profissionais da advocacia, mas agora elas se apresentam revestidas de novos contornos. A esses conhecimentos devem ser somados outros, oriundos de áreas distintas do direito, no sentido de moldar o profissional da advocacia para poder realizar com excelência as atividades jurídicas conformadas pela nova realidade, impulsionada principalmente pelos avanços tecnológicos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Legal tech: analytics, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020, e1951. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/legal-tech-analytics-inteligencia-artificial-novas-perspectivas-para-prat>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

BARBOSA, Fábio Eduardo de Freitas. **Competências em gestão estratégica, tecnológica e empreendedora de pequenas e médias empresas paranaenses: uma avaliação**. 2006, 179 f. Dissertação (Mestrado em Tecnologia), Programa de Pós-Graduação em Tecnologia, Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

BLOCKCHAIN. In: WIKIPEDIA. 2020a. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Blockchain>. Acesso em 17 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 18 de agosto de 2020.

CEPI, Centro Pesquisa e Inovação. **Sumário executivo da pesquisa quantitativa “Tecnologia, profissões e ensino jurídico”**. São Paulo: GV, 2018a. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28628/Sum%25c3%25a1rio%2520Executivo%2520da%2520Pesquisa%2520Quantitativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 de agosto de 2020.

CEPI, Centro Pesquisa e Inovação. **Sumário executivo da pesquisa qualitativa “Tecnologia, profissões e ensino jurídico”**. São Paulo: GV, 2018b. Disponível em https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/cepi_futuro_profissoes_juridicas_quali_v5.pdf. Acesso em 13 de agosto de 2020.

CHATTERBOT. In: WIKIPEDIA. 2020b. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Chatterbot>. Acesso em 17 de agosto de 2020.

DAVIS, Anthony E. **The Future of Law Firms (and Lawyers) in the Age of Artificial Intelligence**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 16, n. 1, 2020. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/future-law-firms-and-lawyers-age-artificial-intelligence>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

FONSECA, Victor Cabral. **Desenvolvimento tecnológico e ensino jurídico: novos paradigmas e desafios para a formação do profissional do Direito**. 2019, 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento), Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27142/VICTOR%20-%20FINAL%20-%20MESTRADO%20-%20digital%20-%20AJUSTADO.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 09 de agosto de 2020.

GEWEHR, Diógenes. **Tecnologias digitais de informação e comunicação (TDICs) na escola e em ambientes não escolares**. 2016, 136 f. Dissertação (Mestrado em Ensino), Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu*, Centro Universitário Univates, Lajeado, 2016. Disponível em <https://www.univates.br/bdu/handle/10737/1576>. Acesso em 14 de agosto de 2020.

GUIDOTTI, C.M.P.M. V. **Tecnologias digitais na prática pedagógica**. Porto Alegre: SAGAH Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595028128/>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

KISTNER, Alan Iago; BUSNELLO, Saul José. **Modernização da advocacia: a flexibilização do advogado contemporâneo e a importância das implicações da lei n. 8.906/94 na preservação do pensamento crítico**. Revista do Cejur/ TJSC: Prestação Jurisdicional. Florianópolis, v. 7, n. 1, p.159-177, Janeiro/Dezembro, 2019. Disponível em <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/326>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

OLIVEIRA, Ítalo José da Silva. **Direito, lógica e inteligência artificial: por quê, como e em que medida automatizar a solução judicial de conflitos no Brasil**. 2019, 108 f. Tese (Doutorado em Direito Computacional), Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/35348>. Acesso em 14 de agosto de 2020.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 1ª Edição. São Paulo: Edipro, 2016.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. **Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica**. 2018, 108 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23977/Dissertação%20Henrique%20Sperandio%20%20May%202018.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 14 de agosto de 2020.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013.

VASCONCELOS, M. C., FERREIRA, M. A. T. **O desafio da gestão do conhecimento tecnológico nas empresas.** Portal Kmol, 2004. Artigo disponível em <http://www.kmol.online.pt/artigos/200406/vas04_p.html> acesso em 03/01/2005.

WILDISEN, Greg. **Is artificial intelligence the key to unlocking innovation in your law firm?** Legal Week, 12 Nov. 2015. Não paginado. Disponível em: <<http://www.legalweek.com/sites/legalweek/2015/11/12/is-artificial-intelligence-the-key-to-unlocking-innovation-in-your-law-firm/>>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19): Situation Report – 209.** 16/Agosto/2020. Disponível em https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200816-covid-19-sitrep-209.pdf?sfvrsn=5dde1ca2_2. Acesso em 17 de agosto de 2020.

WORLD BANK. **O COVID-19 Lança a Economia Mundial na Pior Recessão desde a Segunda Guerra Mundial.** Junho/2020a. Disponível em <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>. Acesso em 17 de agosto de 2020.

WORLD BANK. **Perspectivas econômicas mundiais: América Latina e Caribe.** Junho/2020b. Disponível em <http://pubdocs.worldbank.org/en/609221588788227652/Global-Economic-Prospects-June-2020-Regional-Overview-LAC-PT.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2020.

ZAWISLAK, P. A. **A relação entre conhecimento e desenvolvimento: essência do progresso técnico.** Porto Alegre: Departamento de Economia/UFRGS, nº 2, 1994.

CAPÍTULO 15

ADVOGAR PARA EMPRESAS COLABORATIVAS: AS FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO E A SUSTENTABILIDADE DA ADVOCACIA

Kassira Miranda Bomfim, Advogada sistêmica colaborativa, membro da Comissão de Mediação e Conciliação da OAB, consultora e instrutora do Sebrae na área de Legislação Aplicada às Pequenas Empresas, Mediação e Arbitragem

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a importância dos instrumentos da mediação integrarem a atuação do advogado, como forma de adaptar, atualizar e dar sustentabilidade a advocacia, diante da expansão e tendência de aceleração da economia colaborativa, considerando que esta revoluciona o modelo mental da economia tradicional e do direito. Para tanto, foi feita pesquisa básica, exploratória, bibliográfica e qualitativa, por meio de método dedutivo. E, a partir daí, o trabalho apresenta informações sobre o crescimento da economia colaborativa e a tendência da mesma ser catalisada pela pandemia, considerando que esta intensificou a percepção do sistêmico e da necessidade de estruturar-se a sociedade de forma colaborativa. O desenvolvimento do tema é feito com apresentação de definição, características e categorias da economia colaborativa, assim como das diferenças e dos aspectos transgressores desta em relação à economia tradicional, ressaltando como o elemento colaboração desafia as suas premissas básicas de escassez e competição, notadamente em períodos de crise. O texto aborda que a mediação - método auto compositivo de resolução de conflitos - é estruturada na colaboração consciente, estando, portanto, sintonizada com o novo modelo da economia. O trabalho aponta que o modelo mental da economia colaborativa modifica a forma como enxergamos o direito e seus institutos; e como o advogado precisa ter ou desenvolver a capacidade de enxergar e atuar na rede distribuída, em um novo modelo mental, do litigioso/competitivo para o consensual/colaborativo. E conclui a exploração do tema alertando que se faz necessária uma percepção sistêmica da realidade, mais especificamente da economia e do direito, de maneira a contribuir na preparação do advogado para atender às novas demandas de negócios estruturados de formas sem referenciais jurídicos anteriores e de empresas colaborativas, inserindo e adaptando a advocacia no cenário da economia colaborativa mundial; assim como evidenciando a importância de, através das ferramentas da mediação, adotar-se um novo modelo mental para o exercício do direito, capaz de promover a adequação, ampliação e sustentabilidade da advocacia.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia; Mediação; Sustentabilidade; Pandemia; Empresa Colaborativa.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, uma forma de organização econômica chamada economia colaborativa tem atraído a atenção do mundo dos negócios. Este tema entrou em pauta após a forte recessão econômica de 2008, na qual uma boa parte da população teve que restringir seu

consumo e tem crescido significativamente, com projeções de expansão que tem deixado atentos os economistas, influenciado a cadeia de produção e mobilizado investidores. Segundo a revista Forbes: 3,5 bilhões de dólares foi o valor que a economia colaborativa movimentou em 2013; que cresceu velozmente para 15 bilhões, em 2014; já representando, em 2019, um valor de mercado de dezenas de bilhões de dólares na economia mundial. E, conforme Pedroza (2019), projeções da PwC (PricewaterhouseCoopers) – uma das maiores prestadoras de serviços profissionais do mundo –, a economia compartilhada deverá movimentar até 335 bilhões de dólares, em 2025. Em face da importância de tais transformações no contexto mundial e dos seus reflexos no direito, faz-se necessário analisar o exercício da advocacia para a economia colaborativa.

Inicialmente, apresentaremos definições, características e categorias da economia colaborativa, assim como as diferenças e aspectos transgressores desta em relação à economia tradicional, e de como o elemento colaboração desafia as premissas básicas desta.

Em seguida, fazemos uma relação histórica da percepção e integração da teoria sistêmica à estrutura de pensamento da sociedade e do quanto, diante da crise gerada pela Covid-19, é possível vislumbrar uma tendência significativa da economia colaborativa expandir-se de forma mais rápida do que o previsto anteriormente. Isto porque, conforme será apresentado, a pandemia intensificou a percepção do sistêmico e, por consequência, da necessidade de estruturar-se a sociedade de forma colaborativa, tendo, assim, o condão de catalisar referida economia.

Demonstraremos que a mediação - método auto compositivo de resolução de conflitos, por meio de técnicas de comunicação - é estruturada na colaboração e a importância disto para a sustentabilidade da advocacia, que se torna mais adequada para assessoria de negócios colaborativos, em face do atual contexto. E, com este mister, destacamos o quanto as ferramentas de mediação agregam valor à advocacia, ampliam as suas ferramentas de atuação e inserem o referido exercício profissional numa rede social colaborativa.

Por outro viés, para além dos indicadores econômicos, neste artigo, verificar-se-á: que o modelo mental da Economia Colaborativa modifica a forma como enxergamos o Direito, desde os seus mais básicos institutos, como a propriedade e o contrato, até estruturas de negócios sem referenciais jurídicos anteriores; e como o advogado precisa ter ou desenvolver a capacidade de enxergar e atuar na rede distribuída, em um novo modelo mental da advocacia, do litigioso/competitivo para o consensual/colaborativo, demonstrando a potência

da colaboração para solucionar questões econômicas e jurídicas, notadamente em períodos de crise.

Esperamos que este artigo desperte e inspire para a necessidade de uma percepção sistêmica da realidade, mais especificamente da economia e do direito, de maneira a contribuir: para inserir e adaptar a advocacia no cenário da economia colaborativa mundial; assim como para, através das ferramentas da mediação, a adequação, ampliação e sustentabilidade da advocacia.

2. EMPRESAS COLABORATIVAS – NOVO MODELO MENTAL DA ECONOMIA

Há muitas expressões referindo-se a novos modelos econômicos, gerando negócios com benefícios ambientais e sociais, dentre elas, como exemplos: economia colaborativa, economia compartilhada, economia circular, economia Donut, economia criativa, economia ecológica. Tais modelos redefinem o conceito de desenvolvimento, incluindo elementos qualitativos nele, a partir de uma visão sistêmica, ao tempo em que repensam a forma de produção e consumo tradicionais, objetivando torná-la mais social e ambientalmente sustentável. A semelhança dos questionamentos feitos à economia tradicional e de propósitos comuns, levam a que tais modelos sejam considerados por muitos como sinônimos, mas, apesar das intersecções entre eles e de algumas vezes, até mesmo serem conteúdo/categoria um do outro, entendemos que não se confundem, ainda que se diferenciem apenas pela forma de evidenciar determinado aspecto e estruturar-se a partir deste. Por esta razão, propositadamente, o presente artigo utiliza a expressão economia colaborativa, entendendo que se trata da abordagem mais ampla e, ao mesmo tempo, que evidencia os elementos colaboração e funcionamento em rede distribuída, em volta dos quais se desenvolve este trabalho.

Por outro lado, há muitas tentativas de definição de empresas colaborativas, envolvendo diversos aspectos de um novo modelo econômico proposto, o que demonstra que são conceitos em elaboração, em face de experiências novas. Mas já é possível identificar aquilo que está no coração da economia colaborativa: a possibilidade de prosperar em rede, a sustentabilidade pela colaboração e ainda a perspectiva de evoluir exponencialmente em face da conexão com o infinito campo das possibilidades da rede distribuída -.

Neste sentido, o ensinamento de Haddad (2015), formada em administração de empresas pela FGV e com mestrado em Sustentabilidade pela University College London:

... É a não hierarquia e a horizontalidade são o pressuposto para que qualquer organização colaborativa se constitua. Economia colaborativa é basicamente isso, uma rede de pessoas conectadas para fazer coisas e resolver problemas de forma independente das instituições.

(...)

A economia colaborativa pode ser só um arcabouço de outras coisas, mas tem, sim, um aspecto muito transgressor e revolucionário que desafia duas premissas básicas da economia. Uma é a escassez, só precisa ser gerido o que é escasso, e só tem valor econômico o que é escasso. Então a gente gera escassez artificial para criar valor econômico, ou seja, cria escassez na tentativa de administrar a escassez, o que não faz muito sentido. E a outra premissa é a do Homo economicus, segundo a qual a gente é competitivo e precisa criar um sistema que transforme competição em mais bem-estar social, na história de que, quanto mais autointeressado e competitivo a gente for, mais vai gerar produtos e serviços que são bons para a sociedade.

(...)

Desafiar a premissa da escassez e da competição não é pouco. Como falar de abundância em um cenário no qual os recursos estão se exaurindo? É uma mudança de ótica. A matéria é escassa, mas a capacidade de transformação é infinita. A gente é única espécie que pensa de forma linear, mas a resposta está na capacidade contínua de transformação. E esta só acontece quando a gente inova. E a gente só inova quando as pessoas colaboram.

Seguindo o texto acima, o elemento colaboração revoluciona duas premissas básicas da Economia tradicional, que estuda como a sociedade administra os seus recursos escassos e é baseada na escassez e na competição. Ao passo que, para a Economia Colaborativa: a) a matéria é escassa, mas a capacidade de transformação dela é infinita se as pessoas forem colaborativas, se criarem intersecções de usos e funções e, assim, conectarem-se ao infinito campo de possibilidades da rede distribuída; e b) a colaboração e/ou compartilhamento faz com que se migre da ideia de escassez de bens para a de abundância, pois, ao atuar em rede, faz o ganho do outro ser o seu ganho, fazendo transitar da competição para a colaboração. É a ideia da sustentabilidade do negócio baseada no pensamento sistêmico e colaborativo, com uma visão mais ampla, que prevê o funcionamento do todo, quem faz parte, quem fornece, quem recebe, qual o contexto.

Além disso, é a colaboração que vai determinar uma outra característica da economia colaborativa, que é a organização de controle distribuída em rede, diferente das centralizadas ou descentralizadas, as quais mantem um sistema hierárquico, competitivo e excludente. Na rede distribuída, característica da economia colaborativa, todos estão conectados e ninguém está acima dos outros. Assim, desestimula-se, ou inviabiliza-se, a concorrência, pois, para um ganhar, o outro não precisa perder, mas, ao contrário, o ganho de um significa ganho para toda a rede. Desta forma, em face da configuração e da dinâmica colaborativa das conexões, as pessoas juntam-se para resolver problemas e criar coisas novas em que toda a cadeia produtiva ganha, gerando resultados exponenciais e abundância.

A economia colaborativa traz outra estrutura. Nela, todos são agentes transformadores, livremente conectados e colaborativamente ativos. Isso pode ser aplicado desde à estrutura do negócio, até à da hierarquia interna das empresas. Cooperar com o outro não significa escolher o bem alheio em detrimento do meu, não é filantropia, mas não há competição, pois o seu ganho significa um ganho para o outro e, muitas vezes, colaborar com o outro é a única forma de materializar algo na nuvem de possibilidades do campo, a exemplo da Wikipédia, na qual cada pessoa é produtora e consumidora; contribui e é beneficiada.

Há uma ideia preliminar de economia colaborativa, que possui formas de distribuição e remuneração diferentes, que se desdobram, segundo a classificação trazida por Haddad (2016, p. 27-28), em três principais categorias, tais como:

a) Sistema de compartilhamento de bens produtivos (produto e serviço), que é baseado nos conceitos de compartilhamento de recursos e na valorização da experiência do uso em detrimento da posse de bens, dos quais são exemplos: **AirBnb**, -“peer-to-peer” e **Muber**.

b) Redistribuição de produtos, modelo de consumo colaborativo estruturado em produtos que são usados ou semi-novos, cujos donos fazem a recirculação de bens, querem repassar via vendas ou trocas para alguém, do que são exemplos: **eBay**, **MercadoLivre** e **Enjoei**.

c) Estilos de vida colaborativos, seja aumentando a utilização de bens duráveis ou realizando troca de serviços. Essa categoria, consiste no modelo de troca de bens mais intangíveis, como tempo e habilidades. Para funcionar, é necessário conectar pessoas com interesses similares que queiram trocar aprendizados. Via plataformas como o **Bilive**, essa troca fica muito mais fácil de acontecer. Há muita gente que troca via Skype e similares também.

Mas estas são apenas algumas categorias e o enfoque deste artigo não está restrito a elas. A ideia de economia colaborativa é bem mais ampla. Para cada tipo de negócio, existe como se inserir na economia colaborativa, inserindo itens colaborativos nele.

Às vezes, é algo que já se faz intuitivamente, mas trazer à tona, evidenciar e comunicar as características colaborativas de um empreendimento faz como que as pessoas conectem-se a partir disto. É algo que pode fazer parte do planejamento estratégico da empresa, inserindo itens colaborativos no negócio, identificando interesses e pontos de ganhanha, estabelecendo um propósito transformador que engaje e una as pessoas. Enfim, é um

negócio pensado para ser colaborativo como estratégia de sustentabilidade, longevidade e de agregação de valor ao produto/serviço. E isto significa pensar no negócio em toda a sua amplitude, identificar o que nele representa ou pode vir a representar um modelo de economia colaborativa, e estruturá-lo e/ou geri-lo a partir destes elementos.

Já há muitos exemplos de empresas movidas por tais princípios e que buscam estruturar o seu negócio e criar condições favoráveis para a colaboração, especialmente no Vale do Silício, o maior polo de tecnologia, empreendedorismo e inovação do mundo, que reúne empresas com grande potencial de crescimento e lucratividade. No Brasil, tem-se avançado também. E, segundo publicação de Teixeira (2018), na FIA – Fundação Instituto de Administração -, em acordo com um estudo de 2016, promovido pela IE Business School, o Brasil é o líder da América Latina, em iniciativas de economia colaborativa, que poderá representar, em um futuro próximo, cerca de 30% do PIB brasileiro no setor de serviços. E o Sebrae, por seu turno, tem gerado produtos e instrumentos para ajudar a estruturar diferentes tipos de negócios colaborativos.

A economia colaborativa tem envolvido milhões de pessoas. E, onde há muita gente, há muito dinheiro. Mais importante que isso, muitos dos seus produtos e serviços empoderam cidadãos comuns, seja permitindo que suas habilidades sejam valorizadas ou garantindo renda extra. Ademais, conforme já mencionado, este recente modelo econômico significa uma importante transformação de paradigmas e traz em suas bases, princípios capazes de conduzir a comunidade mundial para uma forma de organização socioeconômica mais colaborativa, a dizer, mais empática, pacífica, ecológica e, principalmente, sustentável.

3. A PANDEMIA INTENSIFICOU NA HUMANIDADE A PERCEPÇÃO DO SISTÊMICO E ISTO TENDE A FOMENTAR UMA SOCIEDADE ESTRUTURADA DE FORMA MAIS COLABORATIVA

A teoria científica sistêmica vem sendo elaborada há, aproximadamente, um século, se considerarmos como marco a primeira estruturação de uma teoria da mecânica quântica, com início das descobertas de 1905, mas com estruturação epistemológica apenas no Congresso de Copenhague em 1927. A partir dela, passamos pela psicologia Gestalt, a Teoria Geral dos Sistemas na Biologia e a elaboração da Cibernética na Matemática (1940), a Teoria da Comunicação, o Organicismos e a concepção de ecossistemas também da Biologia.

Enfim, foi uma grande construção teórica até o presente momento. Este pensamento sistêmico já estava aí e vinha gradativamente sendo percebido e integrando à estrutura de

pensamentos da sociedade. A tecnologia da internet e as telecomunicações foram importantes para ampliar, nas pessoas, a percepção de sistêmico e são os principais aliados da economia colaborativa. Mas, neste momento, a pandemia traz não mais uma concepção de sistêmico, vai além e intensifica o sentir sistêmico na sociedade, catalisando as transformações necessárias na estrutura interna das pessoas, ao tempo em que “mexe no DNA da estrutura social e econômica” e ensina, a um só tempo que:

I – Não é possível pensar-se isoladamente, pois o que acontece em um canto do planeta está conectado com o que ocorre nos demais lugares, portanto, é preciso resolver o problema de todos, uma vez que aquilo que acontece com uma pessoa pode afetar em breve todos os outros seres. Intensifica, assim, a percepção de que: a) os problemas, tensões e conflitos e os seus efeitos são sistêmicos, o que significa interdependentes, não podendo, portanto, serem devidamente percebidos com uma visão estreita e fragmentada; e b) por outro lado, um ato compassivo ou construtivo, seja trabalhando em hospitais, obedecendo à quarentena ou descobrindo a vacina imunizadora do vírus, tem o potencial de ajudar a todos.

II – Para encontrar soluções, é preciso enxergar o todo e como funciona o sistema integralmente, ter uma visão completa da totalidade e do seu funcionamento, como, por exemplo, da disponibilidade de leitos e equipamentos hospitalares em relação ao total da população. Ou seja, compreender como atender o interesse de manutenção da saúde de cada um, a partir da percepção do funcionamento do sistema, da análise das ondas de contaminação, como se movimenta a doença no conjunto da sociedade, com flexibilidade no olhar diante de uma realidade com referenciais fluidos;

III – Há uma íntima conexão: da questão ecológica (vida selvagem e meio ambiente) com a saúde física; da saúde com trabalho e economia; da economia com o psicológico; da arte com a saúde mental; da justiça social (ex: saneamento básico e favelas) com a expansão da contaminação; do Estado como ente regulador do todo e do SUS com a sustentabilidade da vida no país. Enfim, o cotidiano de uma pandemia, como a da Covid-19, evidencia a relação entre disciplinas diferentes e a necessidade de pensá-las conjuntamente, na perspectiva de uma visão interdisciplinar, transdisciplinar e integrada dos eventos para percepção de algo oculto no todo;

IV - Há uma ênfase na interligação e interdependência, no aspecto relacional entre as partes da sociedade, corroborando a visão de que a forma de conexão dos componentes é importante para a sustentabilidade do todo e o sucesso na solução das questões. Como os

diversos setores e partes da sociedade interagem, como as pessoas relacionam-se importa para definir procedimentos; e

V – A percepção de que há algo oculto, presente no fenômeno, resultante da interação que forma o todo, presente no funcionamento da sociedade. Verifica-se, a título de exemplo da crise pandêmica vivida especificamente no Brasil, que o racismo e toda forma de preconceito alimentam o fascismo, que destrói a democracia, que atinge a todos e torna ainda mais difícil atravessar momentos difíceis que demandam um funcionamento social mais equilibrado, não segregado e conjunto. Há, portanto, algo oculto que resulta da interação de todas as questões e princípios sociais, de forma que não dá para se pensar em privilégios e exclusões sem pensar nos seus efeitos na rede, sem que de tais fenômenos resulte um desequilíbrio social, pois isto gera e alimenta um fator de segregação e destruição oculto. Esta crise mostra que todos são agentes transformadores, portanto, todos devem assumir responsabilidades, pois as ações de cada um influenciam no todo, e, desta forma, protege-se o futuro de mais ameaças desse tipo.

Todos precisam ganhar, este é o ponto! Mas, agora, não mais como uma ideologia e altruísmo, mas como uma necessidade, uma questão de sustentabilidade do sistema e dos negócios. Pensar em uma economia estruturada de forma colaborativa é a forma de garantir a sustentabilidade do negócio, uma nova forma de estruturar a sociedade, de promover a transformação fundamental, na qual toda a cadeia produtiva ou muitos, a maior quantidade de pessoas possível, ganhem e tenham interesse em trabalhar para manter o sistema.

Por outro lado, assim como a grande crise econômica mundial em 2008 e de forma mais intensa, a pandemia da Covid-19 está fazendo as pessoas perceberem que é preciso mudar, necessário repensar o consumo desenfreado vigente, buscar alternativas para cortar gastos e encontrar formas de gerar receitas extras. A questão de saúde somada à questão financeira e às demandas ambientais, ao crescimento das redes sociais e à necessidade de mudança, tende a fazer a economia colaborativa expandir.

Portanto, a necessidade de estruturar sistemas colaborativos não está adstrita à economia e/ou ao direito, mas pertence a algo maior, do qual todos fazem parte, a advocacia faz parte. Percebe-se através deste pensamento que não é apenas a priorização da lide judicial competitiva que é insustentável neste momento, é todo o sistema, baseado na economia tradicional com seus pressupostos da competição e da escassez, do qual o Direito é parte.

Sobre a necessidade premente de mudança de paradigma do Direito, Capra e Mattei (2018, p. 28-29) expressão o seguinte pensamento:

... No coração dessa mudança de paradigmas, de uma visão de mundo mecanicista para uma concepção holística e ecológica, encontramos uma profunda mudança de metáfora: da visão de mundo como uma máquina, passa-se a entendê-lo com uma rede. As redes são, sem dúvida, padrões de relações; por conseguinte, compreender a vida em termo de redes requer a capacidade de pensar em termos de relações e padrões. Na ciência, essa nova maneira de pensar é conhecida como “pensamento sistêmico”. Também nos demos conta de que a natureza sustenta a vida por meio de um conjunto de princípios ecológicos que são generativos, e não extrativistas. Uma mudança correspondente de paradigma ainda não se verificou nem na teoria do direito nem no entendimento público dessa disciplina. Em nossos dias, essa mudança é uma necessidade premente, uma vez que os maiores problemas atuais são de natureza sistêmica – todos interconectados e interdependentes -, e nossa crise global é ecológica no sentido mais amplo do termo.

O que está em jogo é a adaptabilidade da advocacia ao pensamento sistêmico e ao funcionamento social em redes colaborativas de interações! E, seguindo a ideia da frase atribuída a Charles de Darwin, segundo a qual “As espécies que sobrevivem não são as espécies mais fortes, nem as mais inteligentes, e sim aquelas que se adaptam melhor às mudanças”, pode-se afirmar que a advocacia que sobreviverá será aquela que se adapte melhor às mudanças. Para tanto, avançando um pouco mais, verificar-se-á a relevância dos instrumentos da Mediação, que traz a colaboração na sua essência, integrarem a atuação do advogado no cenário da economia colaborativa, como uma importante forma de sustentabilidade da advocacia.

4. A MEDIAÇÃO É ESTRUTURADA NA COLABORAÇÃO E DÁ SUSTENTABILIDADE À ADVOCACIA.

A mediação é um método auto compositivo com a finalidade de resolução de conflitos, por meio de técnicas que facilitam a comunicação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreenderem suas posições e a encontrarem soluções nas quais se compatibilizem interesses e necessidades, o que é feito com o auxílio de um terceiro neutro ao conflito, que, conforme for a espécie de mediação, dentro de uma perspectiva flexível, irá facilitar a comunicação entre os envolvidos e/ou interferir na construção da solução de um acordo.

A mediação tem como um dos seus princípios e, ao mesmo tempo, uma das suas finalidades, a busca do consenso, que é inerente à sua própria natureza. Mais que isto, poder-se-ia dizer que é a principal delas, a razão pela qual a mediação foi estruturada.

O consenso caracteriza-se pela: a) Não adversariedade e não competitividade entre as partes, que atuam juntas, engajadas de forma colaborativa, para a realização dos interesses reais e comuns entre si, bem como para a obtenção de ganhos mútuos; e b) Autodeterminação

e autonomia em relação à tomada de decisões sobre as questões que envolvem o conflito, pois significa ter condições de escolha consciente do que é melhor para si. Ou seja, a mediação estrutura-se em torno do consenso, que caracteriza pela colaboração consciente.

O consenso ocorre, portanto, a partir da transformação das relações e promoção do diálogo entre as pessoas, o que é alcançado utilizando-se técnicas de negociação e comunicação que as habilite a melhor compreenderem suas posições e a encontrarem soluções, nas quais se compatibilizem interesses e necessidades, bem como se estimule a colaboração recíproca, a despolarização das partes e o diálogo construtivo, levando, assim, à satisfação de todos os envolvidos.

E, para melhor compreensão, chama atenção que a busca do consenso não é igual à realização do acordo, podendo este acontecer com ou sem consenso, pois este pressupõe o atendimento dos interesses de ambas as partes e a autonomia destas em relação às decisões sobre as questões que envolvem o conflito, sendo, então, a mediação um método auto compositivo, que resulta em contratações conscientes. Portanto, o mero acordo pode ser celebrado sem o consenso, de forma impositiva e não colaborativa, irresponsável, sem autonomia e sem consciência sobre a tomada de decisão, a qualquer custo, o que não se coaduna com a mediação e nem é a finalidade desta.

De outra forma, a lide judicial, para a qual o advogado vem sendo prioritariamente preparado durante a sua formação, é estruturada na competição, baseada em posições, onde só um ganha e impera o pensamento de dualidade cartesiana, mecanicista, pensamento linear, que não se coaduna com o pensar sistêmico e colaborativo. Por suas próprias características, este modelo mental da advocacia é inadequado para a assessoria de negócios colaborativos; e, em face da atual realidade do funcionamento do Poder Judiciário e da sociedade, se não for devidamente adaptado, mostra-se insustentável a médio ou curto prazo.

Por outro lado, a mediação debruça-se sobre o conflito para entendê-lo, havendo, inclusive, teorias do conflito que aprofundam a compreensão sobre este aspecto, identificando os reais interesses em questão e buscando encontrar opções de ganha-ganha, assim como identificando pontos de potencial conflito, de maneira a poder agir-se preventivamente ou solucionar os que já tenham se manifestado.

Ao passo que a advocacia exercitada até então, baseada na Teoria Geral do Processo, foi orientada a buscar muito mais o interesse processual e a observar prioritariamente o binômio interesse-necessidade, interesse-adequação/utilidade como condições processuais da

ação, bem como a analisar a causa de pedir próxima e remota como elementos da ação, portanto, também numa perspectiva formal e processual. Assim, estas questões sempre foram mantidas no plano abstrato, do formal, processual. E, para satisfazer a formalidade legal, o advogado foi direcionado a encaixar os casos práticos trazidos para a sua responsabilidade, no que seria interesse jurídico, necessidade, utilidade e causa de pedir meramente processuais, o que, não obstante a sua importância técnica e na composição de princípios constitucionais de ordem processual, ao longo do tempo, teve como consequência, a construção de um modelo mental da advocacia, que retirou a atenção profissional, dos reais interesses, necessidade, utilidades e motivações das questões. Contudo, neste momento de transição do modelo mental da Economia, diante de uma sociedade complexa e na perspectiva sistêmica, tal tratamento das lides e demandas trazidas para a assessoria jurídica, não é suficiente para solucionar os conflitos, identificar e realizar os interesses das pessoas, e nem para estruturar empresas e negócios colaborativos.

Neste ponto, é importante lembrar que o exercício da advocacia, conforme o art. 1º do nosso Estatuto da Advocacia, envolve não apenas a atividade de postulação em Juízo, mas também as de consultoria, assessoria e direção/gestão jurídicas. E, recentemente, o Conselho Federal da OAB publicou o provimento 196/20, no qual reconhece, expressamente, a atividade de advogados que atuam como conciliadores, mediadores, árbitros ou pareceristas.

Observa que, apesar do advogado poder atuar como mediador, ele não precisa exercer esta função para atuar profissionalmente de forma colaborativa. Neste sentido, este artigo visa destacar a importância das ferramentas da mediação, fazerem parte da atuação do advogado, integrarem a sua prática, em toda e qualquer atuação sua, no sentido de agregar valor ao seu exercício profissional, adequando e dando sustentabilidade à advocacia.

A mediação coloca uma lupa sobre os interesses e causas/motivações das pessoas, que muitas vezes são diversos de interesses jurídicos, apenas tendo reflexos nos direitos das partes. Então, a mediação traz ferramentas de comunicação capazes de criar uma dinâmica colaborativa entre as pessoas e de permitir ao advogado identificar os reais interesses e motivações em jogo e, a partir daí, prestar uma melhor assessoria jurídica, aquela que vá ao encontro da realização dos interesses e da efetiva solução do conflito. Portanto, a mediação agrega valor à advocacia, amplia as suas ferramentas de atuação e insere o referido exercício profissional numa rede social colaborativa!

Aprender a migrar de posições e competição para gerar opções de ganhos mútuos é possível através das ferramentas da negociação, que embasam a mediação. Na advocacia tradicional, tem-se um modelo mental formado por partes, posições e competição, com ganho unilateral. Necessário se faz aprender estratégias de comunicação construtivas e colaborativas. E, com isto, ver-se ampliar o espaço de atuação da advocacia para métodos mais adequados de solução de conflitos, tais como negociação, mediação e conciliação.

Por outro viés, o advogado precisa desenvolver a capacidade de identificar interesses, necessidades, utilidade e causa de pedir substanciais do conflito para solucioná-lo ou para, antes disso, evitá-los. E, neste sentido, desenvolver a habilidade de assessorar juridicamente empresas e negócios colaborativos, propiciando o encontro de interesses e a identificação dos pontos de ganha-ganha, criando soluções jurídicas transformadoras que engajem e unam as pessoas.

Muito do que foi dito até aqui já é feito intuitivamente, mas a mediação fornece ferramentas para aprimorar e direcionar melhor esta atuação do advogado, capaz de modificar o modelo mental da advocacia para atualizar e adequar o exercício profissional, à nova realidade, o que agrega muito valor ao serviço jurídico e torna a advocacia sustentável.

5. ADVOGAR PARA EMPRESAS COLABORATIVAS – NOVO MODELO MENTAL DO DIREITO

Conforme apresentado, os negócios colaborativos revolucionam o modelo mental da economia e há real perspectiva de ampliação. Estar-se diante de algo novo, sem estruturas prontas e referenciais anteriores, que modifica a forma como se enxerga a propriedade, os contratos, a gestão estratégica das empresas e os lucros. Portanto, o advogado precisará ter capacidade de construir soluções jurídicas colaborativas junto com as pessoas, assumir o desafio de modificar o modelo mental da advocacia, do litigioso/competitivo para o consensual/colaborativo, tanto para assessorar aqueles negócios que já estão funcionando estruturados neste novo modelo econômico, quanto para criar e fomentar novos.

E a contribuição do advogado na formação de sistemas empresariais colaborativos já está acontecendo, conforme notícia Raworth (2019, pág. 206):

Companhias possuídas por empregados e cooperativas possuídas por seus membros são há muito a pedra angular da concepção de empresas distributivas, nascida do movimento cooperativo que decolou na Inglaterra em meados do século XIX, oferecendo a seus membros melhores salários, maior segurança de emprego e algo a dizer na gestão do negócio. (...)

Outras novas concepções de negócio estão agora se juntando a esse modelo há muito estabelecido para criar um verdadeiro ecossistema de empresas. Isso vem

acontecendo, em boa parte, graças a empresários e advogados inovadores que estão unindo forças para redigir novos tipos de estatutos de negócios e contratos de sociedade, que são efetivamente como um manual do usuário da empresa, estabelecendo seus objetivos, estrutura e direitos e deveres do empregado ou membro. Basta reprojeter isso para reprojeter o DNA de um negócio. Das empresas sem fins lucrativos às de interesse comunitário, o experimento de remodelação de baixo para cima vem originando uma rede de empresas alternativas que opera lado a lado com as corporações tradicionais no velho estilo. “O que está em curso é uma revolução da propriedade”, afirma Todd Johnson, um dos inovadores advogados americanos que vêm reescrevendo os estatutos das empresas. “Trata-se de ampliar o poder econômico de alguns poucos para muitos e de mudar a mentalidade de indiferença social para benefício social.”

O advogado precisará ser capaz de contribuir juridicamente estruturando redes distribuídas, descobrindo pontos-chaves que tornem os negócios colaborativos e percebendo os aspectos de potencial conflito, elaborando contratos que funcionem como conectores de cadeias produtivas colaborativas, ajudando a criar dinâmicas colaborativas de funcionamento dos negócios.

Na linha do entendimento do acadêmico, sociólogo, filósofo e jurista italiano Giorgi (2013), o sistema moderno transfere toda a sua potência comunicativa (complexidade) para o sistema contratual, visto o contrato como: mecanismo de redução da complexidade, criada também pela potencialização da comunicação; e estrutura semântica que tornam possível a comunicação entre os sistemas e os subsistemas (ex: políticos, econômicos e jurídicos) e torna a sociedade capaz de produzir decisões sobre problemas e riscos, que as velhas categorias jurídicas não dão conta de resolver. E diz, ainda, que o contrato tem a função de sincronização de vontades, excluindo e incluindo, diferenciando e igualando, uma forma de resolver problemas condensando-os semanticamente, reduzindo a sua complexidade e atendendo os interesses dos envolvidos da melhor e mais legítima forma possível.

E, para isto, para enxergar e atuar na rede distribuída, o advogado precisará: (a) exercitar visão sistêmica e colaborativa; (b) interagir com os diversos setores e atores da empresa, como contabilidade, produção, pessoal e até mesmo fazer parte da equipe de elaboração da gestão estratégica da empresa; e (c) integrar à sua atuação, ferramentas de comunicação que o auxiliem a identificar interesses e pontos de ganha-ganha, inserindo itens colaborativos nos negócios, para ajudar a criar estruturas jurídicas em que toda a cadeia produtiva ganhe.

Além de tais elementos, o advogado precisará desenvolver mais do que nunca, competência jurídica, técnica e normativa, especialmente considerando que a economia colaborativa altera as referências de propriedade, dos contratos, da gestão estratégica das empresas e dos lucros, assim como, dentre outras, de relações trabalhistas, consumeristas e

tributária. Desta forma, as ferramentas da mediação agregam valor à advocacia e são fundamentais para inserir o advogado no cenário da economia colaborativa, correspondendo ao aprimoramento do que esta articulista chama de “dimensão comunicativa do Direito”. Contudo, não são suficientes e não dispensam o desenvolvimento da competência do advogado em relação ao direito material e não deixa de ser importante a dimensão normativa do Direito, mas, ao contrário, também em relação ao Direito Positivo, a expansão dos negócios colaborativos o desafia a aperfeiçoar-se de modo a ter condição de oferecer soluções jurídicas criativas, inovadoras e seguras diante: de radicais alterações de paradigmas de institutos jurídicos que são sua “matéria-prima”; e de estruturas de negócios disruptivos.

Na prática, haverá hipóteses em que a proposta de valor do negócio a ser assessorado será inovadora e o elemento de colaboração é o próprio produto ou serviço, capaz de escalar todo o negócio, materializando a colaboração e impactando positivamente toda a rede, fazendo com que exista muito mais gente torcendo para que der certo e participando, tornando a cadeia sustentável a longo prazo, mas, ainda assim, o negócio permanece juridicamente estruturado num modelo tradicional, no qual o advogado terá que atuar pensando sistemicamente e de forma colaborativa para ajudar a estruturar o negócio em rede colaborativa e trabalhando na elaboração de contratos que, numa perspectiva avançada de governança corporativa da rede distribuída e não apenas de uma determinada empresa, funcionem como conectores de toda a cadeia de produção e fornecimento, gerindo-os através de uma série de composição para que a rede funcione toda integrada, fluida e sustentável de uma ponta à outra, protegendo toda a rede, conectando as diversas capacidades, relacionando direitos e obrigações em prol de um objetivo maior de todos, seja ele um produto ou um serviço.

É possível, ainda, encontrar-se empreendimentos colaborativos em que não há um modelo colaborativo que encaixa pessoas dentro e que podem ser estruturados por institutos jurídicos bastante simples, como um contrato de locação em ambientes compartilhados de criação e produção por usuários, fabricantes e empreendedores relacionados a determinada atividade, os quais oferecem oportunidade de interação orgânica e já é o elemento colaborativo, capaz de potencializar e facilitar a colaboração e troca entre os usuários, gerando excelentes conexões entre projetos e benefícios para todos os que fazem parte. Nestas situações, o advogado irá colaborar na identificação de negócios complementares e propondo soluções jurídicas para o atuar conjunto que melhore o funcionamento da rede, integrando-os aos instrumentos jurídicos de estruturação e gestão do empreendimento, de modo a formar a

rede que crie um ecossistema em condições de fazer surgir e expandir organicamente a economia colaborativa.

Contudo, há muitos tipos de empresas que estão surgindo que, para estruturar o seu elemento colaborativo, demandará construções jurídicas novas e criativas, ainda que manifestada na forma de institutos jurídicos tradicionais, como troca, aluguel, doação, empréstimo ou outra negociação semelhante, mas adaptados a uma proposta revolucionária, sem referenciais jurídicos, passíveis de questionamento sobre a sua validade e legalidade, não havendo limite para o modelo de negócio compartilhado. O advogado, nestes casos, precisará ter, ainda mais, profundo conhecimento jurídico para ser capaz de inovar com segurança, dando suporte a negócios que revolucionam a ordem estabelecida até então pelo Direito.

Portanto, estar-se diante de um grande desafio de modificação do modelo mental do advogado, que exigirá a associação de habilidades comunicativas próprias das ferramentas de mediação, a uma necessária competência no plano dos institutos jurídicos e normativo, capaz, assim, de extrair do ordenamento jurídico as soluções colaborativas necessárias da forma mais segura possível.

A respeito da segurança jurídica dos negócios colaborativos, cabe a alerta de que, apesar de todos os benefícios e da expectativa real de expansão, há riscos de se aderir à economia colaborativa e algumas empresas aprisionadas ao tempo podem sofrer para se adaptar à nova realidade ou sucumbir diante dela. Isto porque, como visto, trata-se de um rompimento total com a lógica do mundo dos negócios, que visa o lucro antes de qualquer outra coisa e significa também um rompimento com a lógica jurídica tradicional. Portanto, aderir à economia colaborativa exigirá uma adequação dos institutos e instrumento jurídicos às novas diretrizes, o que é um grande desafio profissional a ser assumido pelos advogados.

Por maior que seja tal desafio para a advocacia, encará-lo é inevitável, pois há uma mudança cultural em curso, da qual o advogado faz parte e precisa adequar-se, sob pena: I - da advocacia ter uma existência esquizofrênica, ao oferecer soluções lineares e competitivas para questões que estão em rede distribuída, com reflexos em vários pontos, o que exigirá soluções competentes e seguras, a partir de uma visão sistêmica, criativa, transformadora e inovadora, só alcançadas com a colaboração dos envolvidos; e II - do advogado que não acompanhar esta tendência tornar-se a segunda opção ou, quem sabe, os serviços ofertados tornarem-se irrelevantes, por não atenderem de forma adequada as demandas em relação à solução dos conflitos.

6. CONCLUSÃO

Como visto, tanto a economia global de nossos dias como a ordem jurídica nela inscrita são manifestamente insustentáveis. Surge, então, uma nova ordem baseada na colaboração sistêmica entre os seres, compartilhamento de bens e recursos comuns, no engajamento cívico e na participação, que é crucialmente necessária neste momento e que poderá permitir à humanidade encontrar uma melhor versão de si mesma.

A economia colaborativa é um movimento de concretização de uma nova percepção de mundo. Ela representa o entendimento de que, diante de problemas sociais e ambientais que se agravam cada vez mais, a colaboração deve substituir a competição, o compartilhamento gera abundância e deve substituir o acúmulo, que pressupõe a escassez. Trata-se, assim, de **uma força que impacta a forma como a sociedade vive e, principalmente, faz negócio e, conseqüentemente, advoga.**

Os princípios da mediação significam, assim, uma modificação no modelo mental da advocacia e as ferramentas da mediação fornecem as condições necessárias para a adaptação da profissão à novo modelo mental da economia, tornando a advocacia sustentável.

Por outro lado, estar-se, neste momento, na perspectiva de um exercício da advocacia que ganha autonomia em relação ao Estado, no que se refere ao campo de resolução de conflitos não está restrito ao Judiciário; que tem o potencial de colaborar para o desenvolvimento da capacidade autocompositiva da sociedade (logo, para a paz) e integrar a rede de colaboração sistêmica, ganhando, assim, relevância em uma sociedade complexa e caracterizada pelo indeterminismo. Elastece-se e potencializa-se o espaço de atuação do advogado, num cenário de complexidade no qual as velhas categorias jurídicas não dão conta de resolver!

A atuação do advogado, integrada pelo aprimoramento de técnicas de comunicação trazidas pela mediação, consegue extrair do sistema jurídico algo que o direito positivo sozinho e o Judiciário não podem oferecer. É o que se pode chamar de expansão da dimensão comunicativa do direito, a merecer da advocacia uma mudança de cultura. E este é um modelo mental para a advocacia capaz de protagonizar um diálogo transdisciplinar na solução de conflitos, capaz de identificar as reais necessidades das pessoas em conflito e de estruturar negócios colaborativos. Com a Mediação, os advogados são condutores da lei no caminho entre a sua abstração e a sua concretude, de forma sem igual na história, legitimando da

melhor forma possível a aplicação da norma. A mediação, portanto, expande, e melhora, o espaço da advocacia.

Desta forma, o advogado precisa: aprimorar a dimensão comunicativa do direito, apressando-se para não perder o lugar de vanguarda no mundo, para não ter que conviver com paradigmas ultrapassados até que a compreensão da nova realidade venha; e esforçar-se para fornecer bases atualizadas de sustentação para o direito e para as demais ciências que lidam com o conflito, sendo protagonista de uma nova forma de lidar com os conflitos e interesses, assim como contribuindo para uma organização socioeconômica mais colaborativa, a dizer, mais empática, pacífica, ecológica e, principalmente, sustentável.

REFERÊNCIAS

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** 1ª edição. São Paulo: Cultrix, 2018. 304 p.

HADDAD, Camila. **Economia Colaborativa: novas formas de nos organizar em sociedade.** São Paulo: Descola, 2016. 53 p. Disponível em: <https://descola.org/assistir/economia-colaborativa>. Acesso em: 17 maio 2020.

HADDAD, Camila. **Mudar o mundo sem tomar o poder.** 2015. Disponível em: <https://pagina22.com.br/2015/06/03/mudar-o-mundo-sem-tomar-o-poder/>. Acesso em: 05 maio 2020.

GIORGI, Rafaelle de. A função do Direito Contratual na Sociedade Contemporânea. In: Seminário A função do Direito Contratual na Sociedade Contemporânea, Nov. 2013. Fundação Faculdade de Direito e Università Del Salento - <https://www.mpba.mp.br/noticia/28477>

PEDROZA, Leonardo. **Economia compartilhada e a mudança no consumo.** 2019. Disponível em: https://diariodocomercio.com.br/opiniao/___trashed-39/. Acesso em: 25 set. 2020.

RAWORTH, Kate. **Economia Donut: uma alternativa ao crescimento a qualquer custo.** Rio de Janeiro: Zahar, 2019. 367 p. Edição Digital.

TEIXEIRA, Júlio César. **Economia Colaborativa: tudo o que você precisa saber.** Tudo o que você precisa saber. 2018. Publicado pela FIA – Fundação Instituto de Administração. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/economia-colaborativa/#>. Acesso em: 27 jun. 2020.

SOBRE OS ORGANIZADORES

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES



MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ



SOBRE OS ORGANIZADORES

ANDRIELE BRASIL



LORENA PINTO GONÇALVES



SOBRE OS ORGANIZADORES

VINICIUS DE SOUZA DA SILVA



www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES
MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ
ANDRIELE BRASIL
LORENA PINTO GONÇALVES
VINICIUS DE SOUZA DA SILVA
ORGANIZADORES

CALAMIDADE PÚBLICA:

REPENSANDO O DIREITO
EM TEMPOS DE CRISE



2021

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES
MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ
ANDRIELE BRASIL
LORENA PINTO GONÇALVES
VINICIUS DE SOUZA DA SILVA
ORGANIZADORES

CALAMIDADE PÚBLICA:

REPENSANDO O DIREITO
EM TEMPOS DE CRISE



2021

