

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB)

REVISTA DO PROGRAMA
DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS



INTERNATIONAL
JOURNAL

DIREITO, MODERNIDADE, COMPLEXIDADE E DESAFIOS DA PANDEMIA DA COVID-19

v.20, nº 45
set. -dez. 2021

CONSULTORA:

Profa. Dra. Alana Ramos Araújo

Expediente

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facies, Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras. QUALIS B1 (Direito).

Endereço: Prim@Facies – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil. Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacies>

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Coordenador do PPGCJ:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa De Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Vice-Coordenadora do PPGCJ:

Profa. Dra. Ana Paula Basso – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editor Gerente da Prim@Facies:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editores de área:

Profa. Dra. Alana Ramos Araujo – UFCG, Campina Grande, Brasil

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Assistentes Editoriais:

Andréa Neiva Coelho – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Ana Cecília Fontenele Zacarias – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Bruna Agra de Medeiros – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Maria Joaquina Cavalcanti – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Tâmisa Rúbia Silva – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Jaime W. Rodrigues Mangueira – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Raphaella Viana Silva Asfora – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Stephany Yohanne Rolim Pereira – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Maria Aurora Medeiros L. Costa – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Capa, design de chamadas e redes sociais:

Matheus Victor Sousa Soares – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Social Media:

Jaqueline Rosário Santana – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Diagramação:

Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editorial:

Profa. Dra. Alana Ramos Araújo – UACS, UFCG, Campina Grande-PB, Brasil

ISSN 1678-2593

Conteúdo licenciado por Creative Commons (Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International – CC BY-NC-ND 4.0)



PRIM@ FACIE

International Journal

Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Direito, Modernidade, Complexidade e Desafios da Pandemia
da Covid-19

Quadrimestral 3: set. - dez., 2021

v. 20, n. 45

Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ

Consultor da Edição – Crise ambiental, direito e desenvolvimento:

Profa. Dra. Alana Ramos Araújo – UACS, UFCG, Brasil

Editor-Gerente:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Coordenador do PPGCJ:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa De Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, Brasil

Catálogo na publicação

P952 Prim@ facie [recurso eletrônico] : International Journal : Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba. – V.1, n. 1 (2002)- . – João Pessoa : PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Editor Gerente: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo.

Editorial: Direito, modernidade, complexidade e desafios da pandemia da Covid-19/ Consultora: Profª. Dra. Alana Ramos Araújo.

Modo de acesso: Internet.

Link: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

Descrição baseada no fascículo: v.20, n. 45 (set./dez. 2021).

ISSN 1678-2593

1. Direito - periódicos. 2. Pandemia de Covid-19. 3. Direitos humanos. 4. Proteção de dados pessoais. 4. Advocacy feministas. 5. Discurso de ódio. 6. Direitos trabalhistas. 7. Crime organizado. 8. Conservadorismo político. I. PPGCJ/UFPB. II. Araújo, Jailton Macena de. III. Araújo, Alana Ramos.

CCJ/UFPB

CDU – 34(05)

Sumário

Editorial, 7

ALANA RAMOS ARAÚJO

ARTIGOS

El Secreto Médico Y La Difusión De Información En Las Redes Sociales En Situación De Pandemia: Un Estudio Comparativo Entre Brasil Y México, 15

JANAÍNA RECKZIEGEL, AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS

Pandemia E Direitos Humanos: A Administração Da Vida E Da Morte No Brasil, 48

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH, ANDRÉ GIOVANE DE CASTRO

A Importância Dos Precedentes Judiciais Em Tempos De Crise: Uma Análise A Partir Da Experiência Da Covid-19 No Brasil, 89

ALEXANDRE DE CASTRO CATHARINA

A Pandemia De Covid-19 E O Direito Dos Educandos À Proteção De Dados Pessoais Em Sala De Aula Virtual, 118

DÂNTON HILÁRIO ZANETTI DE OLIVEIRA, CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS, ALBONI MARISA DUDEQUE PIANOVSKI VIEIRA

Advocacy Em Tempos De Pandemia: Luta Contra A Violência À Mulher Na Perspectiva Dos Direitos Da Personalidade, 142

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA, LORENNNA ROBERTA BARBOSA CASTRO

Discurso De Ódio Na Sociedade Da Informação: Um Abominável Que Corrói O Direito De Imagem Da Pessoa Humana, 186

ANA ELIZABETH CAVALCANTI, PRISCILLA DOS REIS SIQUEIRA

A Lei nº. 13.467/2017 E A Prevalência Do Negociado Sobre O Legislado Face À CRFB/88 E Aos Tratados E Convenções Internacionais: Pode Haver Primazia Da Segurança Do Mercado Sobre A Justiça Social Nas Relações De Trabalho?, 215

SUZY ELIZABETH KOURY

Crime Organizado: Origem, Desenvolvimento, Características E Combate Estatal Deficiente, 240

JOSÉ ANTÔNIO REMÉDIO, WILLIAM DE ALMEIDA VIEIRA

A Imunidade Tributária Das Fundações Privadas E A Possível Violação Dos Princípios Da Moralidade E Da Impessoalidade Pelo Uso De Marcas Comerciais E Nomes Próprios, 268

HUGO THAMIR RODRIGUES, VIVIAN PALUDO

**Sistema Interamericano De Direitos Humanos, Justiça De
Transição E A Problemática Da Investigação Do Período
Entre 1964 E 1985, 291**

AGLAÉ CARNEIRO, FERNANDA RAVAZZANO

**Opinião Pública E História Do Direito: Método, Episódio,
Detalhe, 334**

JUDÁ LEÃO LOBO

RESENHA

**As Ideias Conservadoras: Explicadas A Revolucionários E
Reacionários, 376**

JOSE NORMANDO GONÇALVES MEIRA

Table of Contents

Editorial, 7

ALANA RAMOS ARAÚJO

ARTICLES

The Medical Secret And The Dissemination Of Information In Social Networks In A Situation Of Pandemic: A Comparative Study Between Brazil And Mexico, 15

JANAÍNA RECKZIEGEL, AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS

Pandemic And Human Rights: The Administration Of Life And Death In Brazil, 48

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH, ANDRÉ GIOVANE DE CASTRO

A Importância Dos Precedentes Judiciais Em Tempos De Crise: Uma Análise A Partir Da Experiência Da Covid-19 No Brasil, 89

ALEXANDRE DE CASTRO CATHARINA

The Covid-19 Pandemic And The Right Of Educates To Protect Personal Data In The Virtual Classroom, 118

DÂNTON HILÁRIO ZANETTI DE OLIVEIRA, CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS, ALBONI MARISA DUDEQUE PIANOVSKI VIEIRA

Advocacy In Pandemic Times: Fight Against Violence To Women From The Perspective Of Personality Rights, 142

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA, LORENNA ROBERTA BARBOSA CASTRO

***Hate Speech* In The Information Society: Something Heinous That Erodes The Image Rights Of The Human Person, 186**

ANA ELIZABETH CAVALCANTI, PRISCILLA DOS REIS SIQUEIRA

The Law 13.467/2017 And The Primacy Of The Negotiated Over The Legislated In The Light Of The Brazilian Federal Constitution And The Treaties And Conventions Recognized In The Legal Order: May The Employer's Safety Prevail Over The Fundamental Labor Rights? 215

SUZY ELIZABETH KOURY

Organized Crime: Origin, Development, Characteristics And Deficient State Combat, 240

JOSÉ ANTÔNIO REMÉDIO, WILLIAM DE ALMEIDA VIEIRA

The Tax Immunity Of Private Foundations And The Possible Violation Of The Principles Of Morality And Impersonality By The Use Of Trademarks And Proprietary Names, 268

HUGO THAMIR RODRIGUES, VIVIAN PALUDO

Human Rights' American System, Transitional Justice And The Problem Of Investigation From 1964 To 1985, 291

AGLAÉ CARNEIRO, FERNANDA RAVAZZANO

Public Opinion and Legal History: Method, Episode, Detail, 334

JUDÁ LEÃO LOBO

REVIEW

**As Ideias Conservadoras: Explicadas A Revolucionários E
Reacionários, 376**

JOSE NORMANDO GONÇALVES MEIRA

EDITORIAL

Direito, Modernidade, Complexidade e Desafios da Pandemia da Covid-19

O número 45 da Revista Prim@ Facie, em seu volume 20, vem à público abordar temas de urgência e relevância no contexto do sistema de crises que vivemos atualmente no planeta: tais crises são de natureza sanitária, política, econômica, institucional, jurídica, ética, ecológica, cultural, para citar algumas que perfilham o cenário problemático em que se encontra a família humana em suas relações internacionais, nacionais e locais. Este cenário reflete o modelo de sociedade que vem sendo construído nos últimos três séculos, particularmente no ocidente global, através de mudanças significativas nas relações complexas que se afiguram a partir das interações entre humano, natureza, indivíduo, sociedade, economia, política, direito, cultura, ambiente virtual e era da informação.

Esta complexidade está relacionada direta e visceralmente com a racionalidade jurídica moderna, que foi construída historicamente no esteio do projeto iluminista de emancipação da razão em relação à fé, caracterizado pelo processo de fragmentação e desagregação social, na separação do concreto, que ficou reduzido a assunto privado,

formando-se uma junção de indivíduos indiferentes, aumentando em grau indeterminado a complexidade do sistema social (DE GIORGI, 1998).

Esse processo de fragmentação da razão foi acompanhado pelo projeto liberal das revoluções burguesas norte-americana e francesa, que sedimentavam seu ideal revolucionário nas bases do direito natural da razão universal, erigindo em lei, nomeadamente na Declaração de Independência norte-americana e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, aspirações e interesses que saíram vitoriosos do cenário revolucionário, tais como o direito natural universal à propriedade privada dos meios de produção e à liberdade individual de participação no espaço público (DOUZINAS, 2009; VILLEY, 2007).

Esse contexto político-econômico do século XVIII também recebeu as influências da Revolução Industrial, que, por meio de novas formas de produzir e alterar a natureza, possibilitou gradativamente o império do espaço científico e tecnológico como saberes preponderantes, privilegiando tais formas de conhecimento em detrimento de outros saberes culturais, que ficaram subordinados e até desapareceram no novo mundo ocidental (LEFF, 2006).

No que diz respeito aos impactos que esse apanágio político, econômico e científico ocasionou na sociedade, verificou-se profunda modificação nos modos de fazer, criar e viver da sociedade, que, marcadamente agrícola, servil e alienada da vida pública, passou a tornar-se proprietária de bens e de serviços, de técnicas avançadas de conhecimento, de representatividade política, o que permitiu nova distribuição espacial e social da riqueza industrial e agrícola, a qual tornou “necessários novos controles sociais [...] estabelecidos pelo poder, pela classe industrial, pela classe dos proprietários [...] a que foi dada uma versão autoritária e estatal” (FOUCAULT, 2013, p. 101).

A partir daí, a *raison d'être* passou a ser a *raison d'état*, a qual, marcada pelo direito posto e legislado, passou a constituir a nova forma de controle social que, portanto, formou o cenário propício para

o direito positivo ganhar espaço público e interferir na vida privada com legitimação social. É assim que se forma no Ocidente a cultura da normatização da vida social: tendo como pano de fundo o discurso retórico da proteção universal de direitos e a ocultação dos reais interesses encobertos pelo véu da normatividade.

Assim, a norma perfaz-se, historicamente, como o instrumento de operacionalização de interesses de grupos econômica e politicamente privilegiados na sociedade, tendo em vista o seu caráter de validade, imperatividade, obrigatoriedade, coerção e punibilidade. Nesse contexto, o direito, enquanto técnica de controle social, constituiu-se como a forma mais eficaz para assegurar os interesses conquistados pelas novas estruturas de poder, pois de que outra forma poderia a burguesia — norte-americana e francesa — assegurar o lugar político e econômico que havia conquistado no contexto revolucionário?

O direito positivo torna-se, então, o mecanismo de garantia dos interesses sociais com meios eficazes para assegurar o cumprimento de suas determinações, subordinando outras formas de controle social. A partir de então, vale a vontade estatal revestida de norma, forjada e tecida no laboratório das instituições legítimas, cabendo ao corpo social cumprir sob pena de sanção.

Contudo, o direito não é o caminho, a verdade e a vida, e “a lei não está na origem e na essência das coisas”¹ (LEFF, 2001, p. 25, tradução minha), não é caminho exclusivo para enfrentamento dos conflitos sociais e busca de soluções para estes. Aliás, notadamente nas questões ambiental, sanitária, digital, política e econômica atuais, o direito, como técnica de controle social, apresenta-se por vezes como gerador e/ou mantenedor de conflitos. Isso, no atual contexto de crise, evidencia algo preocupante e confirma a necessidade de revisão do modelo jurídico moderno como instrumento de resolução do sistema de crises anteriormente mencionado.

1 “La ley no está en el origen y en la esencia de las cosas”.

Ainda, numa visão realista do direito, considera-se que o direito nasce das relações de fato que existem entre as coisas; a fonte daquele está na utilidade social, na necessidade de que certas coisas resultem de determinadas hipóteses, e a probabilidade mais forte de se encontrar o sentido desse objeto da ciência jurídica está nas exigências da vida social, “**cujo papel cabe primordialmente aos juízes**, seja através da atribuição de sentido às normas, nas brechas e lacunas das fontes jurídicas, seja na criação de direito dirigido à utilidade social por meio do processo judicial” (CARDOZO, 2010, p. 81, grifo do autor). Essa é uma perspectiva do direito que o situa, especificamente, como a resultante do processo de criação realizado pelos magistrados nos tribunais.

Ato contínuo, essa visão de direito como sistema de normas que reflete interesses e aspirações sociais e que ganha contornos de concretude por meio da decisão judicial levanta o problema do direito como técnica de dominação. Se ele — o direito — deriva das exigências da vida social e se a vontade do legislador e do juiz devem ser dirigidas pelas necessidades da sociedade, tem-se que levar em consideração que as exigências sociais podem dirigir o processo de criação do direito de forma manipulada, de forma induzida, conforme os interesses predominantes e as forças sociais variadas, e:

Qual destas forças vai dominar em cada caso vai depender, em grande parte, da importância ou do valor comparativo dos interesses sociais que assim serão promovidos ou prejudicados. Um dos interesses sociais mais fundamentais é que a lei deve ser uniforme e imparcial. Não deve haver nada em sua ação que cheire a preconceito, favor ou mesmo capricho ou extravagância arbitrários. A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uma uniformidade de opressão² (CARDOZO, 2010, p. 82, tradução minha).

Nessa vertente, o direito, além de proteger a sociedade do poder arbitrário e de preservá-la da tirania ditatorial, “é também um

2 “Which of these forces shall dominate in any case, must depend largely upon the comparative importance, or value of the social interests that will be there by promoted or impaired [...]. There must be nothing in its action that savors or prejudice or favor or even arbitrary whim of fitfulness [...]. Uniformity ceases to be a good when it becomes uniformity of oppression”.

instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 32), dominação essa entendida no sentido weberiano do termo, que significa “a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis” (WEBER, 1994, p. 33), ou seja, obediência a ordens específicas dentro de determinado grupo de pessoas.

A tese de que o direito é um instrumento manipulável por meio de técnicas e de dominação (FERRAZ JÚNIOR, 2015) assenta-se na concepção da dominação legal, conforme a qual: “o direito pode ser estatuído por meio racional com o intuito de ser respeitado pelos dominados; o direito é um conjunto de regras abstratas normalmente estatuídas com determinadas intenções” (WEBER, 1994, p. 142).

À via do que foi dito, quanto à constituição de regras que revelam – ou ocultam – determinadas intenções, o direito, como instrumento de dominação, fundamenta-se no interesse de manutenção do status quo dos “segmentos hegemônicos da sociedade: ricos, brancos, homens, heterossexuais e outros. Em benefício da ordem social, são mantidas as desigualdades materiais que legitimam o exercício do poder opressor de alguns membros da sociedade sobre outros” (VIANNA, 2008, p. 120). Nesse sentido, o direito reflete as relações econômicas por intermédio das normas abstratas e também do processo criativo judicial, que, por vezes, regulamenta essas relações consolidando o processo de dominação operacionalizado pelo projeto jurídico moderno.

Particularmente, em relação ao direito ambiental, por exemplo, esse processo de dominação dá-se num contexto em que uma mudança paradigmática foi introduzida na relação humano/natureza pela efervescência industrial-revolucionária dos séculos XVIII e XIX, tecnológico-revolucionária dos séculos XIX e XX que influenciaram profundamente a forma de exploração dos recursos da natureza e a

transformação desta para fins de produção e comercialização, acúmulo de riqueza e obtenção de lucro.

Nesse processo, a relação humano/natureza alterou-se significativamente, inaugurando um modelo de racionalidade técnica, científica e tecnológica que impôs a reificação da natureza, de pessoas, de valores, de modos culturais e éticos, em virtude da subordinação da natureza ao *ethos* capitalista de matriz fundamentalmente liberal. Esse modelo civilizatório, para se perdularizar no tempo, contou — e conta ainda — com a legitimação social por meio da legalização de práticas mercadológicas e econômicas que alteraram significativamente o relacionamento da espécie humana com a natureza.

Nesse sentido, as legislações e as decisões judiciais, que são plataformas básicas de operacionalização do direito enquanto técnica de controle social, passaram a internalizar valores e interesses econômicos que representam relações de poder e dominação na sociedade. Isso se verifica por meio do direito positivo, que internaliza na norma interesses privados e elitizados em razão da matriz fortemente privatista e individualista que possui.

Considerando esse pressuposto de direito como instrumento ou técnica de dominação social, política e econômica, institucionalizado por meio da autoridade e do poder do Estado via instâncias jurídicas — norma e decisão judicial —, urge considerar o viés fortemente econômico do direito positivo (ambiental) brasileiro por intermédio da mercantilização dos recursos naturais e da positivação de interesses econômicos na exploração ambiental.

Dadas estas considerações, ressalto que este n. 45, v. 20, quadrimestral 3, set. - dez. 2021, da Revista Prim@ Facie, está comprometido com todos os temas acima abordados, em cuja coletânea se identifica uma espinha dorsal comum à qual se cognominou de “Direito, Modernidade, Complexidade e Desafios da Pandemia da Covid-19”, em cuja edição o público poderá entrar em contato com produções intelectuais qualificadas, advindas de pesquisas realizadas em Programas de Pós-Graduação de várias

Instituições de Ensino Superior do país tendo como recortes temáticos centrais: a sociedade da informação; o problema do direito negociado; o grave contexto de violência praticada pelo crime organizado; as violações de direitos cometidas por agentes econômicos; as agruras do autoritarismo político tristemente empregado como modelo de governo e as muitas violações de direitos humanos que empreendeu em seu momento na ditadura militar brasileira; a importância da opinião pública na história do direito; a relevância dos precedentes judiciais, da administração do binômio vida/morte, da advocacia e da educação no contexto da pandemia da Covid-19 no Brasil.

Deste modo, convido leitoras e leitores a mergulharem na aventura textual-reflexiva que cada um dos trabalhos oferece, generosa e bravamente, ao escrutínio público, parabenizando, desde já, a *Prim@ Facie* pela edição de qualidade, atual e relevante que coloca à disposição do campo científico, jurídico e interdisciplinar.

Boa leitura!

Campina Grande, João Pessoa, 25 de outubro de 2021.

ALANA RAMOS ARAUJO

Professora da Unidade Acadêmica de Ciências Sociais (UACS/UFCG)
Doutora em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas (PPGCJ/CCJ/UFPB)
Editora Adjunta da Revista [Prim@ Facie](#)
Vice-Diretora do Instituto o Direito por um Planeta Verde ([IDPV](#))
Grupo de Pesquisa Saberes Ambientais e Culturais - Estudos em Homenagem a
Enrique Leff ([ESAEL](#))

REFERÊNCIAS

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process.**
Louisiana: Quid Pro Law Books, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del derecho y legitimación.**
Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998. (Colección
Teoría Social).

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. Los derechos del ser colectivo y La reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo. *In*: LEFF, Enrique (coord.). **Justiça ambiental**: construcción y defensa de los nuevos derechos ambientales culturales y colectivos em América Latina. México: Programa de las Naciones Unidas para el Meio Ambiente, Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe, 2001. (Serie Foros e debates ambientales).

VIANNA, Túlio Lima. Teoria quântica do direito: o direito como instrumento de dominação e resistência. **Prisma Jurídico - Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal**. Universidade Nove de Julho, Brasil, v. 7, n. 1, p. 109-129, ene./jun., 2008. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/934/93412617008.pdf>. Acesso: 3 ago. 2015.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: UnB, 1994. v. 1.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.61195>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



El Secreto Médico Y La Difusión De Información En Las Redes Sociales En Situación De Pandemia: Un Estudio Comparativo Entre Brasil Y México


Janaína Reckziegel *

Universidade do Oeste de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Chapecó-SC, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-8301-4712>

Amalia Patricia Cobos Campos **

Universidad Autónoma de Chihuahua, Facultad de Derecho, Chihuahua, México.

 <https://orcid.org/0000-0002-1979-3771>

Resumen: Entre los debates de la bioética encontramos la colisión de derechos que se gesta entre el paciente y terceros a la luz de las posibles acotaciones del secreto médico cuando este incide en los derechos de terceros, particularmente en casos que afectan a la sociedad como lo es una pandemia; estas limitaciones al referido derecho, que forma parte del derecho a la intimidad de los pacientes deben ser cuidadosamente ponderadas y clarificadas, lo que a la fecha aún resulta complejo. El presente trabajo de investigación se centra en esas acotaciones su marco legal y los riesgos que representan a la salvaguarda de los derechos humanos enfrentados. Se parte de la hipótesis de que el derecho a la intimidad del paciente puede restringirse en aras de un interés público afectado o cuando resulta evidente la necesidad de informar a sujetos determinados por los riesgos que para su derecho a la salud implica tal secreto, se utilizan la hermenéutica y la epistemología jurídicas para arribar a la comprobación de la hipótesis con las salvedades que el mismo trabajo determina, apoyándonos en una amplia revisión de literatura, la legislación pertinente y la jurisprudencia existente para soportar tales conclusiones, que tienden a resolver los requerimientos de una tutela efectiva del derecho en estudio, con enfoque directo a la creación de políticas públicas eficaces.

Palabras clave: Derecho a la intimidad. Secreto médico. Derecho a la salud.

* Posdoctorado por la Universidad Federal de Santa Catarina – UFSC. Doctora en Derechos fundamentales y nuevos derechos por la Universidad Estácio de Sá – RJ. Maestría en Derecho Público por la Universidad de Caxias do Sul - UCS. E-mail: janaina.reck@gmail.com

** Posdoctorado en la Universidad de Salamanca España, Doctora en Derecho mención cum laude por la Universidad Autónoma de Chihuahua México. Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, México, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México Nivel I. E-mail: pcobos@uach.mx



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.59866>

El Secreto Médico Y La Difusión De Información En Las Redes Sociales En Situación De Pandemia: Un Estudio Comparativo Entre Brasil Y México

Janaína Reckziegel

Amalia Patricia Cobos Campos

1 INTRODUCCIÓN

La colisión de los derechos humanos ha sido una de las preocupaciones fundamentales de los estados contemporáneos y para ello los tribunales constitucionales han buscado los mecanismos idóneos que les permitan tomar la decisión justa en estos enfrentamientos inevitables, así han surgido una serie de corrientes de pensamiento que evalúan esas colisiones entre las que destaca la sustentada por Robert Alexy (1993) con sus tan conocidas leyes de ponderación y la llamada fórmula de peso, que han sido adoptadas por muchos tribunales constitucionales, entre ellos la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (SCJN Amparo Directo en Revisión 2944/2017).

En la actualidad y de manera inesperada, el orbe entero se enfrenta a una pandemia sin precedentes que ha costado hasta la fecha millones de vidas sin que se visualice su fin. Es claro que ante las dimensiones del problema surgen cuestiones que afectan la esfera de los derechos humanos, tales como el de la intimidad, que entre sus ámbitos de tutela encuadra al secreto médico; en vista de ello estimamos que es de importancia analizar hasta que límite se puede quebrantar el secreto médico en situaciones de tan alta gravedad, centrándonos no obstante en dos países Brasil y México, con

realidades diversas frente a la pandemia y con una manera disímil de enfrentar esta jurídica y socialmente, determinando en consecuencia cuáles son los límites de dicho secreto de cara a un interés social prioritario como lo es la salud pública y, en aras de este último hasta dónde puede acotar el estado el derecho de los pacientes a dicho secreto como importante vertiente del derecho a la intimidad y más grave aún la incidencia de los particulares en su vulneración.

El presente trabajo parte de la hipótesis de que el interés público en el caso de emergencias sanitarias no debe prevalecer sin cortapisa alguna frente a su colisión con intereses individuales que tutelan la intimidad de los ciudadanos y en particular el secreto médico cuya divulgación genera injerencias en la intimidad de manera indubitable; para la investigación se utilizan básicamente, desde el punto de vista de la metodología, la hermenéutica y la epistemología jurídicas, mediante la técnica de revisión de literatura especializada en el tema examinado para arribar a la validación de la hipótesis.

2 SECRETO MÉDICO E INTIMIDAD UN ASOMO CONCEPTUAL

Para introducir a la problemática en estudio resulta inexcusable examinar los conceptos que se ven involucrados en la investigación, así en principio definiremos el secreto médico a efecto de determinar sus alcances y su radio de influencia en el derecho a la intimidad de los pacientes para finalmente examinar el interés público y el derecho a la salud de terceros que nos permitirá tener un amplio soporte teórico conceptual que a su vez permita delimitar jurídicamente las obligaciones y los derechos en colisión, ello sin omitir un análisis de los alcances de las redes sociales en las circunstancias planteadas.

En principio resulta pertinente aclarar que existe distinción entre lo secreto y lo íntimo y así lo ha clarificado la doctrina, ya que el primero proviene del latín *secretum* y alude a aquello que se oculta y

resguarda de manera cuidadosa (DICCIONARIO, 2001), de donde Andino López (2014, p. 93) nos dice que podemos desgajar tres elementos la cosa, que el mismo diccionario define como “lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”, en segundo lugar el cuidado que alude a “un mínimo deber de diligencia de sigilo”, y finalmente el ocultamiento o resguardo que implica que deben existir personas que ignoren aquello cuya secrecía se pretende.

En otro orden de ideas lo íntimo alude a “las cosas profundas e interiores del alma humana y, por extensión, a lo cercano” (DIAZ ROJO, 2013, p. 10), como vemos resulta evidente que lo secreto no es necesariamente íntimo y esto último lo determina el sujeto titular del derecho, mientras que el secreto es generalmente responsabilidad de un tercero que ha tenido acceso a determinada información.

El secreto profesional sin duda no está exclusivamente relacionado con la profesión médica, ya que existen diversas profesiones que lo demandan; el mismo en términos generales es pues concebido como un deber que restringe a determinados profesionistas la posibilidad de comunicar lo que en el ejercicio de su profesión conoce de sus clientes o pacientes en grado de confidencialidad, a efecto de tutelar el derecho a la intimidad de estos.

Es en consecuencia también importante establecer que secreto y confidencialidad no son lo mismo toda vez que, el primero alude a aquello que debemos guardar del conocimiento de terceros y la confidencialidad es la acción por medio de la cual se conoce del primero y la calidad que se impone a la información para restringir su difusión.

Torregrosa, Balaguer y Ballesteros (2018) establecen que la confidencialidad demanda una interrelación de cuando menos dos personas en la que una de ellas expresa o manifiesta datos privados a la otra. Y añaden que la perspectiva de confidencialidad nace de la relación especial entre las partes, creada por sus roles respectivos (médico-paciente, abogado-cliente) o por una promesa explícita que entre ellas se realiza.

Una vez aclarados los problemas terminológicos procedemos a definir lo que el secreto médico representa haciendo hincapié en que este no resulta de forma alguna novedoso, toda vez que su existencia se remonta hasta Hipócrates (BARBERO GUTIÉRREZ; CABALLERO; MARTIN CORTECERO, 2019), pero en el contexto moderno Portilla Parra (2019, p. 357) nos dice que podemos considerarlo como una “garantía constitucional de imperioso cumplimiento para el idóneo desarrollo de las ciencias de la salud y para la prevalencia de determinados derechos fundamentales, inherentes a toda persona”.

Como vemos, ha sido largo el camino de esta figura desde sus inicios en que dependía de la voluntad del médico hasta considerarla como una garantía constitucional del paciente y es en esta dimensión donde podemos encontrar una salvaguarda más adecuada de los derechos del paciente, debiendo en consecuencia establecer que el secreto médico es una obligación del profesional de la salud involucrado en el tratamiento del enfermo y el derecho a tutelar es el derecho humano a la intimidad, sin que se circunscriba únicamente al médico tratante, sino que abarca a todo el personal que interviene en la atención de los pacientes.

Asimismo encontramos autores como Fernández Corzas y Velazco-Jiménez (2018, p. 30) quienes consideran la factibilidad de romper el secreto médico en aras del interés de otros pacientes, afirman que “existen casos específicos en los que se justifica romper el Secreto Profesional, ejemplo de ello es cuando es indispensable contar con información para establecer acciones en la atención médica, prevención, diagnóstico, prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o gestión de servicios sanitarios”. Como vemos el dilema se ha plantado anteriormente y la doctrina jurídica parece inclinarse por el rompimiento del secreto al afectar a otros, empero la legislación no ha sido tan proclive a ello, lo cual es entendible por el riesgo que la discrecionalidad implica.

En ese sentido, la pandemia trajo nuevos contornos para los alcances del respeto a la divulgación de información de los pacientes

ya que en diversos países los datos personales fueron recopilados, utilizados y divulgados sin el consentimiento de estos, arguyendo como finalidad el hecho de proteger la salud de la población en general (MODESTO; EHRHARDT JÚNIOR; SILVA, 2020).

Estrechamente relacionados con lo anterior encontramos a los conceptos de interés público y derecho a la salud, el primero de ellos ampliamente discutido por la doctrina jurídica y que en principio atenderemos a lo que es el interés *latu sensu*, considerado por Hernández Martínez (1997, p. 45) como aquella “inclinación volitiva que se establece en virtud del imperativo de satisfacción de una necesidad, respecto de la obtención de un bien o de la realización de una acción protectora de dicho bien que se consideran idóneos para tales efectos”; basados en este concepto debemos examinar lo que se entiende por interés público y sus alcances en la acotación de derechos humanos.

En cuanto al concepto de interés público acudimos a Huerta (2007), quien estima que no se trata de una acepción unívoca, pero desde una perspectiva de orden funcional podemos decir que justifica la intervención del estado en la esfera jurídica de los particulares, intervención que puede revestir según la autora en cita diversas formas de acotación de sus derechos, ya sea mediante permisos, prohibiciones o formas de gestión.

3 LA ACOTACIÓN DE DERECHOS Y SUS LÍMITES

Es evidente que las acotaciones a los derechos humanos no pueden realizarse en forma arbitraria, y tampoco son de índole ilimitado pero, precisamente el punto de discusión lo constituyen los límites que la propia legislación marca al estado y, en el caso que nos ocupa del propio médico tratante y el personal de salud que intervienen, si bien no constituyen un órgano del estado propiamente

dicho, si se encuentran frente a una situación extraordinaria en la que intervienen constantemente e inciden en los alcances de la secrecía.

Esto es así porque como evidencia Luque Núñez (2006, p. 479) cuando “se aboga por la autonomía y la intimidad de las personas, no falta quien argumente que tanta insistencia en el respeto a los derechos humanos, lo único que ha logrado es que la epidemia no se haya podido controlar en forma adecuada. Sin embargo, se sabe que la violación de los derechos humanos tiene un impacto sobre la salud física y mental de las personas”. Como es evidente esta reflexión realizada por el precitado autor en un contexto diferente al analizado, resulta aplicable a las circunstancias actuales dónde se cuestionan las facultades de los estados en la acotación de derechos humanos tan sensibles como la libertad de tránsito, así lo expresa Revenga (2020, p. 50) al afirmar que:

[...]la idea de la gradación de situaciones de excepcionalidad nucleada en torno a la disponibilidad para limitar o suspender derechos ha quedado en entredicho desde el momento en que la menos incisiva de tales situaciones sirvió de cobertura para establecer como regla general el confinamiento domiciliario de toda la ciudadanía. El debate sobre si lo procedente hubiera sido el estado de excepción, en lugar del estado de alarma, ha quedado en todo caso sobrepasado por una situación epidemiológica que persiste y en la que lo que ahora importa es quién puede hacer qué, desde el punto de vista competencial, para hacer frente a la pandemia (REVENGA, 2020, p. 50).

Al respecto, Gómez Córdoba, Arévalo Leal, Bernal Camargo y Rosero de los Ríos (2020) en un trabajo de investigación sobre Colombia, evidencian la problemática de la vulneración de derechos humanos o su acotación y estiman que de todos ellos reviste especial trascendencia “el derecho a la protección de datos personales, debido al tipo de información requerida para la implementación de los sistemas de vigilancia epidemiológica y de control de la diseminación de la enfermedad”, como sabemos una de las vertientes más importantes de tutela de la intimidad lo es sin duda la protección de datos personales, cuando los mismos se exponen sin cuidado afectan indudablemente la intimidad de las personas y ese es un contexto en el que se vive actualmente a nivel mundial y es claro que los países en

estudio Brasil y México han incidido en dichas prácticas de manera cotidiana por la falta de límites claros en las facultades de los estados frente a la pandemia.

La invasión estatal de la esfera privada de los ciudadanos se vio justificada a través de normas generales que le dan la entrada a la acotación indiscriminada de los derechos, así podemos depender verbigracia de la Ley Orgánica nº 3/1986 española, que en su numeral tercero relativo a las Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, contiene a decir del precitado autor “una amplísima habilitación en favor de la autoridad sanitaria dirigida a 'adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible' (REVENGA, 2020, p. 51), así las cosas vemos que en aras del control de la pandemia la autoridad llega al extremo de geolocalizar a las personas consideradas como riesgo para determinar su ubicación, entre otros extremos como los de difundir datos personales de las mismas.

La situación en los países en estudio no es muy disímil a la señalada, en el caos de México, se utilizaron las redes sociales, las páginas web oficiales e incluso a Google, Twitter y Facebook, para buscar un amplio control de las personas en riesgo o riesgos en sí mismas, lo que no facilitó la tutela de la intimidad de dichas personas expuestas en las redes y que llegaron a los extremos de que al ser identificadas por vecinos y conocidos fueron agredidas o segregadas.

Paralelamente a lo anterior se vivió una intensificación de la llamada “violencia digital”, particularmente hacia las mujeres lo que llevó a la promulgación de la popularmente llamada “Ley Olimpia” por orillar a una persona con dicho nombre al suicidio ante la invasión de su intimidad en las redes sociales (GARCÍA, 2020); si bien debemos reconocer que el problema en sí mismo no se debe a la pandemia, puesto que preexiste una investigación de la UNAM (ESTUDIO DE LAS REPRESENTACIONES DE GÉNERO Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS MEDIOS DIGITALES Y DE

ENTRETENIMIENTO, 2018) mediante un convenio de colaboración con instancias estatales en la que se patentizan dichos problemas, también lo es que las agresiones en plataformas y redes se vieron incrementadas grandemente de cara a la pandemia.

Es pertinente aclarar que no se trata realmente de una nueva ley, sino de reformas a dos ordenamientos vigentes en México como lo son la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y el Código Penal Federal (México, SENADO DE LA REPÚBLICA, 2020).

En el contexto planteado encontramos una recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (México, RECOMENDACIÓN N°. 14/2020), en la que se evidencian las situaciones de discriminación por los entes de salud estatales que hemos mencionado y que derivan incluso en la vulneración no solo del derecho a la intimidad de un compañero de trabajo a nivel hospitalario sino también en el detrimento de otros derechos humanos como el de la salud, desafortunadamente la mayoría de los casos no arribaron a dicha comisión y quedaron carentes de tutela alguna ante el desconocimiento y desesperación de los ciudadanos.

Como vemos el problema es en dos vertientes por un lado la invasión imparable del estado so pretexto de controlar la pandemia y por el otro los particulares que ante el encierro domiciliario de los ciudadanos jaquean sus cuentas para obtener material íntimo y utilizarlo con fines delictivos o cuando menos para invadir y vulnerar su derecho a la intimidad.

En la actual situación de pandemia, se manejan cifras y diagramas ante las redes sociales, pero resulta inconcuso que los nombres de los pacientes son utilizados en muchos casos en ellas y no sólo en los organismos de salud que requieren la información, dada la cantidad de ésta que es vertida a través de las redes sociales, la anonimidad de los pacientes resulta difícil de guardar y pareciera que el derecho a la intimidad de los mismos se diluye ante la histeria

colectiva de la pandemia y el acoso realizado a los médicos tratantes y más aún personal administrativo, técnicos, enfermeras, etc.

4 LA PANDEMIA Y SUS REPERCUSIONES EN EL SECRETO MÉDICO

Cabe igualmente examinar los conceptos que se vinculan al problema en estudio partiendo de lo que se puede considerar como una emergencia de salud pública de importancia internacional, terminología utilizada por la Organización Mundial de la Salud¹.

Podemos considerar que la emergencia debe ser considerada como tal, cuando tiene la connotación de extraordinaria, en oposición a cuestiones que de manera cotidiana afectan a la salud pública, pero además constituye un riesgo para esta última, derivado de la facilidad con que la enfermedad en cuestión se extiende y que en un momento dado puede requerir la coordinación internacional, no es realmente un concepto sino más bien una enumeración de características que creemos no permiten una claridad de identificación.

Es evidente que la actual pandemia del COVID 19 reúne todas estas características dados los alcances y facilidad de su propagación que ha obligado a los países a establecer medidas de control inusitadas. Para mayor claridad es pertinente establecer el concepto de pandemia, la cual no resulta sencillo ya que según Villarreal Lizárraga (2019) los existentes adolecen de vaguedad, pero el autor en cita concluye que un concepto adecuado debería contener varios elementos que parten del hecho de que es uno entre muchos de los sucesos que son enmarcables bajo la figura jurídica de emergencia de salud pública de importancia internacional a que se refiere el reglamento anteriormente invocado,

¹ Para determinar dicho concepto acudimos al Reglamento Sanitario Internacional. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Reglamento Sanitario Internacional, Ginebra 2005, que entró en vigor el 11 de julio de 2016, p. 7. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246186/9789243580494-spa.pdf;jsessionid=C_4EoEB68164D23B8E79D7B5E28EoD01E?sequence=1. Consultada el 1 de mayo de 2020.

asimismo, es precedida de una epidemia y siempre se refiere a enfermedades transmisibles

En consecuencia, podemos decir que una pandemia es una emergencia de salud pública derivada de una enfermedad trasmisible de manera acelerada y cuyos efectos tienen trascendencia mundial; por ende sus notas distintivas son su transmisibilidad y afectación mundial.

El llamado COVID-19 que provoca la enfermedad que lleva su nombre y que se conoce como el síndrome respiratorio agudo grave coronavirus 2 (SARS-CoV-2)² es una pandemia que a 4 de junio de 2021 ha provocado ya 3,7 millones de muertes³ en el mundo, de las cuales corresponden a México 228.362⁴ y a Brasil 469.784, número que desafortunadamente se siguen incrementando ya que existen rebrotes a nivel mundial y el control efectivo del virus parece lejano.

Ante este panorama es evidente que el Covid-19 está causando millones de muertes, produciendo consecuencia substanciales y grandes repercusiones de orden social y económico en todos los países del mundo, especialmente en aquellos que de antemano ya sufren desventajas en estos órdenes, evidenciando que estaremos frente a una tragedia sin precedentes en caso de que no sean adoptadas medidas concretas particularmente por los gobiernos (STURZA, SIPPERT, 2020).

5 INSTRUMENTOS LEGALES Y CRITERIOS JUDICIALES QUE TUTELAN LA INTIMIDAD Y EL SECRETO MÉDICO

Es evidente que desde una perspectiva constitucional se tutela al derecho a la intimidad aunque no necesariamente de manera

² Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1095779/numero-de-muertes-causadas-por-el-coronavirus-de-wuhan-por-pais/> consultada el 18 de marzo de 2021.

³ Ídem.

⁴ Ídem.

expresa, tal es el caso verbigracia de la tutela implícita que la Constitución Mexicana realiza como claramente lo ha determinado la suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer que:

DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. CONSTITUYEN DERECHOS HUMANOS QUE SE PROTEGEN A TRAVÉS DEL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL.

Si conforme a las características que conforman a los derechos humanos, éstos no recaen sobre cosas materiales, sino que otorgan acción para lograr que el Estado respete los derechos garantizados, y se consideran esenciales e inherentes al ser humano y derivados de su propia naturaleza, resulta lógico que los atributos de la personalidad se enlacen directamente con tales derechos, pues los mencionados atributos tienen una coincidencia con las libertades protegidas por los derechos del hombre como son los concernientes al honor, a la intimidad y a la propia imagen que constituyen derechos subjetivos del ser humano, en tanto que son inseparables de su titular, quien nace con ellos, y el Estado debe reconocerlos. Como no recaen sobre bienes materiales, sino sobre la personalidad de los individuos, son generales porque corresponden a todos los seres humanos, y no pueden considerarse renunciables, transmisibles o prescriptibles, porque son inherentes a la persona misma, es decir, son intrínsecos al sujeto quien no puede vivir sin ellos. Ahora, del contenido expreso del artículo 10. constitucional se advierte que nuestro país actualmente adopta una protección amplia de los derechos humanos, mediante el reconocimiento claro del principio *pro personae*, como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas, aunado a que también precisa de manera clara la obligación de observar los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano al momento de aplicar e interpretar las normas jurídicas en las que se vea involucrado este tipo de derechos, como son los señalados atributos de la personalidad conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en casos en los que se involucra la posible afectación por daño moral de un atributo de la personalidad -en su vertiente del derecho al honor- debe aplicarse la tutela y protección consagrada en los principios reconocidos al efecto en nuestra Carta Magna, con independencia de que no exista una referencia expresa en el texto constitucional hacia la salvaguarda concreta del citado atributo, pues la obligación de protección deriva de disposiciones contenidas en dos tipos de ordenamientos superiores - Constitución y tratados internacionales- con los que cuenta el Estado Mexicano (MÉXICO, 2012).

De dicha tesis podemos concluir que para el máximo tribunal mexicano no resulta necesario plasmar el catálogo expreso de los derechos humanos pues su reconocimiento global por el artículo

primero constitucional dota a los operadores judiciales de elementos suficientes para su tutela, siendo factible reconocer que la constitución prevé algunos mecanismos de tutela de este derecho, como lo son la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los datos personales.

Por lo que atañe a la constitución brasileña, encontramos una tutela expresa al derecho en cuestión, en su artículo quinto que en su párrafo décimo determina “10. Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación” (BRASIL, 1988).

Luego entonces, encontramos una tutela diferenciada en estos países del derecho a la intimidad, por lo que al secreto médico atañe, analizaremos igualmente como se salvaguarda en ambos.

En México, al igual que ocurre con la constitución encuentra una regulación implícita al salvaguardar en diversos ordenamientos la obligación de secrecía, así encontramos en el Código Penal Federal el numeral 210 que alude a la revelación de secretos y que es del siguiente tenor:

Artículo 210.- Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto (MÉXICO, 1931).

En consecuencia este numeral abarca indudablemente al secreto médico y se ve reforzado por el diverso precepto 211 del mismo ordenamiento que incrementa la sanción cuando se trata de profesionales que por razón de esta deben guardar el secreto la que será de pena privativa de libertad de uno a cinco años y una sanción pecuniaria muy precaria de cincuenta a quinientos pesos, pero aunada a la suspensión del ejercicio de la profesión de dos meses a un año.

Sumado a los anteriores inconcuso que existe legislación de carácter administrativo que sanciona a quienes forman parte de la función pública por incurrir en faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones, pero sin especial incidencia en el derecho que nos ocupa.

La Ley General de Salud (MÉXICO, 1984) determina el derecho del paciente a la confidencialidad de sus datos, lo cual establece en el numeral 77 bis 37 fracción décima; asimismo, el artículo 103 bis 3 alude a la confidencialidad de los datos genéticos y en otras normas del mismo ordenamiento alude a dicha confidencialidad en relación con cuestiones relativas a donación de órganos, células, troncales y psiquiatría.

En otro orden de ideas desde la perspectiva de los derechos del paciente en México se sustenta en la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, en la que específicamente se establece el derecho del paciente a que el médico guarde la confidencialidad y así se desprende con meridiana claridad de su artículo octavo que a la letra dice:

8. Derecho al secreto

Toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico tratamiento de un paciente y toda otra información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte. Excepcionalmente, los descendientes pueden tener derecho al acceso de la información que los prevenga de los riesgos de salud. La información confidencial sólo se puede dar a conocer si el paciente da su consentimiento explícito o si la ley prevé expresamente eso. Se puede entregar información a otro personal de salud que presta atención, sólo en base estrictamente de «necesidad de conocer», a menos que el paciente dé un consentimiento explícito. Toda información identificable del paciente debe ser protegida. La protección de la información debe ser apropiada a la manera del almacenamiento. Las sustancias humanas que puedan proporcionar información identificable también deben protegerse del mismo modo (DECLARACIÓN DE LISBOA, 2005).

Si bien es cierto que tales declaraciones como su nombre lo indica carecen de fuerza vinculatoria, el estado mexicano los ha adoptado y son respetados bajo dicho esquema y reforzados por la legislación de protección de datos, en el caso de México aludiríamos a la Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados (MÉXICO, 2017), la cual define como datos sensibles en su artículo tercero fracción décima a los que

[...] se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa

más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, [...], resaltando la salud e información genética para lo que nos atañe, toda vez que dicha información (MÉXICO, 2017).

Pero es esta misma normatividad la que determina en su artículo sexto en que supuestos puede limitarse el derecho a la protección de datos, ello en los términos del numeral sexto que a la letra dice:

Artículo 6. [...] El derecho a la protección de los datos personales **solamente se limitará por razones de seguridad nacional**, en términos de la ley en la materia, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros (MÉXICO, 2017).

Es en consecuencia dispersa la legislación que protege el derecho en cuestión y ello no abona definitivamente en su tutela y, permite mucha discrecionalidad en la misma, empero la redacción de los preceptos que anteceden deja en claro que no es factible limitar cuando menos en lo que a sus datos sensibles se requiere la autodeterminación del titular de los derechos por causas que no sea la seguridad nacional.

La pregunta obligada sería si la pandemia a que nos enfrentamos afecta la seguridad nacional y permite su acotación por los entes del estado, no existe un consenso doctrinario al efecto, puesto que el propio término dada su vaguedad permite diversos enfoques como sería la problemática frente a otros estados y no necesariamente de cara a los derechos de sus ciudadanos en materia interna, visión que ha ido evolucionando de tal forma que como afirma Rodríguez Sánchez Lara (2020, p. 16) han modificado:

[l]as visiones estatocéntricas clásicas o “militaristas” han evolucionado, transformándose en concepciones más antropocéntricas, en donde el objeto referente de protección deja de ser exclusivamente el gobierno o el territorio y el espectro de protección se amplía hacia las personas y hacia otros ámbitos de la vida humana (RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, 2020, p. 16)

Y es precisamente en esta última concepción que aplica en la posible restricción del secreto médico de cara a la pandemia.

Por lo que a la legislación brasileña compete, como ya se dijo la carta fundamental protege de manera expresa la intimidad y en cuanto al secreto médico, podemos aludir al ordenamiento procesal penal que en su artículo 207 prohíbe declarar a quienes están sujetos al secreto profesional no haciendo mención expresa del secreto médico u otros profesionales (MÉXICO, 1941), por lo que el precepto da amplitud a todas aquellas profesiones que estén sujetas al secreto.

En cuanto al alcance del texto constitucional en materia de acotación de derechos, Vieriay Ribero (2021) afirman que una apertura semántica de los términos “orden público” y “calamidades” y “alteración grave de repercusión nacional”, permite a su juicio que los regímenes de excepción contemplados en la Constitución Federal de 1988 alcancen las emergencias sanitarias, especialmente las pandemias.

El código penal al igual que su homónimo mexicano, establece el ilícito de violación del secreto profesional en su numeral 154 que a la letra dice:

Art. 154. - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa⁵ (BRASIL, 1940).

En relación con la regulación brasileña Figueiredo (2020, p. 52) nos dice que:

A Constituição brasileira dispõe de inúmeras normas de abertura ao direito internacional humanitário. Veja-se por exemplo, o artigo 4º, IX, 5º §§, 2º e 3º, 6º, 7º XXII, 196 a 200, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, esses últimos alusivos ao direito à saúde. Paralelamente temos um complexo e intrincado sistema de distribuição de competências na área da saúde. Ressalte-se que, de maneira geral o Brasil sofreu influências na matéria

⁵ Art. 154. - Revelar a alguien, sin causa justa, secreto, que tiene conocimiento debido a su función, ministerio, oficio o profesión, y cuya revelación puede causar daño a otros: Pena - detención, de 3 (tres) meses a 1 (un) año, o multa.

das Constituições da Alemanha, Espanha, Portugal, além naturalmente da Constituição norte-americana, desde a República (FIGUEIREDO, 2020, p. 52).⁶

En el ordenamiento brasileño encontramos algunos puntos de diferencia con el mexicano, ya que este último habla del perjuicio que se cause con la revelación del secreto y, el brasileño alude a daño, lo que implica que en ambos ordenamientos no basta la revelación sino que debe existir una lesión a la esfera jurídica, pero el mexicano a diferencia del brasileño habla de ausencia del consentimiento del interesado, y ambos aluden a la ausencia de causa justa, lo que nos lleva a concluir que no existe una sanción a la divulgación del secreto sino a sus consecuencia y que aun en el caso de causar daño o perjuicio puede haber un eximente.

Por lo que respecta a la Ley General de Protección de Datos de Brasil (BRASIL, 2018). La ley la misma de reciente entrada en vigor regula el tratamiento de datos en materia de salud considerándolos datos personales.

La Jurisprudencia del Tribunal Superior brasileño establece asimismo bajo el rubro ADMINISTRATIVO - EL SECRETO PROFESIONAL, lo siguiente:

1. Es deber del profesional conservar la intimidad de su cliente imponiéndose silencio acerca de informaciones que le hubieron llegado por fuerza de la profesión.
2. El sigilo profesional sufre excepciones, como las previstas para el profesional médico, en el Código de Ética Médica (Art. 102).
3. Hipótesis de los autos en que la demanda de la Justicia no motiva quiebra de sigilo profesional, porque demanda la historia clínica para conocer la internación de un paciente y del período (CFM, 2002).

Resulta relevante hacer mención a la decisión resolutoria del Colegio Médico de dicho país con respecto al sigilo y la historia clínica

⁶ La Constitución brasileña tiene numerosas normas de apertura al derecho internacional humanitario. Véase, por ejemplo, el Artículo 4, IX, 5 § § 2 y 3, 6, 7^o XXII, 196 a 200, toda la Constitución de la República Federativa del Brasil, esta última alusiva al derecho a la salud. Al mismo tiempo, contamos con un complejo e intrincado sistema de distribución de competencias en el área de salud. Cabe destacar que, en general, Brasil ha sufrido influencias en la materia de las Constituciones de Alemania, España, Portugal, además de la Constitución de los Estados Unidos, a partir de la República.

donde determinan que “el sigilo médico se instituye en el favor del paciente, y que se encuentra garantizada en el artículo 5º, inciso X, de la Constitución Federal” (CFM, 2002).

Cabe pues refrendar la consagración de la tutela pero la misma es dispersa y adolece de vaguedad por lo que obstaculiza la posibilidad de una tutela cabal frente a la pandemia.

Resulta pertinente expresar en este apartado la conclusión emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos (2019) en el sentido de que

Las medidas y los poderes extraordinarios se definen estrictamente como regímenes de excepción de las constituciones nacionales y los ordenamientos jurídicos, aceptados por las leyes internacionales y regionales de derechos humanos (incluido el Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 2019).

Es dable concluir que en este supuesto y acorde a dicho criterio, la normatividad interna autoriza a los estados a suspender sus obligaciones de salvaguardar ciertos derechos únicamente bajo circunstancias extraordinarias y de forma acotada. Empero debemos agregar que en algunos estados, como los materia de nuestro estudio no se invocaron estas circunstancias y por ende no es factible aplicar medidas de tal índole que afecten derechos fundamentales, cuestión que de hecho está ocurriendo.

6 LA VULNERACIÓN DEL SECRETO MÉDICO Y SUS CONSECUENCIAS

Si bien es cierto que como se ha plasmado en el presente trabajo la obligación de guardar la secrecía está plasmada en la legislación como ocurre en muchas otras áreas de los derechos humanos la realidad de *facto* es muy distinta al *iure* establecido, así encontramos

con inusitada frecuencia la vulneración de dicho secreto por parte de los profesionales de la medicina que se dan esencialmente en cuatro vertientes:

- cuando piensan que lo hacen por el bienestar del paciente y comparten la información confidencial a su cargo con los parientes cercanos sin el consentimiento del titular del derecho;
- se refiere a información compartida con los empleadores, profesores u otras autoridades académicas, particularmente en casos de maltrato familiar u otras situaciones en las que de manera evidente se violenta la intimidad del paciente;
- una tercera vertiente la constituye la información compartida a medios de comunicación respecto de personas con alta proyección pública, ya sea por el ámbito político, deportivo o artístico, en este sentido ha habido casos de gran proyección jurídica al ser llevados a los tribunales constitucionales,
- Finalmente una última vertiente la representa el examen de casos para uso académico en el que no siempre se realiza la anonimización de los datos que permitan identificar al paciente quebrantando su intimidad en forma por demás injustificada.

Torregrosa, Balaguer y Ballesteros (2018, p. 10) resumen la gravedad del problema estableciendo que:

Entre las situaciones en las que se suele vulnerar el secreto, hay algunas más graves por la sensibilidad de los datos, por el tipo de diagnósticos o de su contexto. En esta situación cabe mencionar los casos de enfermedades terminales, las enfermedades de transmisión sexual, las alteraciones psíquicas o de personalidad, lo referente a fertilidad y sexualidad, así como las situaciones de consumo indebido de alcohol o drogas. Otra situación que agrega sensibilidad y por lo tanto otorga mayor importancia al secreto se relaciona con la etapa de vida de las personas como ocurre en la adolescencia (TORREGROSA, BALAGUER Y BALLESTEROS, 2018, p. 10).

Como vemos en el diario transcurrir de la vida existe una amplia gama de situaciones de vulneración al secreto médico las cuales parecen realizarse sin consecuencia alguna pese a la tipificación como delito existente en los dos países en estudio, por lo que la tutela a la fecha no ha sido eficaz.

Frente a la emergencia sanitaria que se vive, los derechos en estudio parecen minimizarse y los medios de comunicación pero muy en particular las redes sociales comunican sin pudor algunos nombres y ubicación de pacientes en clara violación a sus derechos al secreto médico e intimidad pero además con consecuencias hacia su entorno social por rechazo y discriminación.

En este sentido cabe analizar si el simple hecho de la pandemia restringe el secreto médico y el derecho a la intimidad de los pacientes, para ello debemos examinar varios supuestos, acorde incluso a las propias etapas de la pandemia; en principio cuando los primeros casos fueron detectados se requería no solo establecer con claridad la identidad del portador sino de todas las personas que habían entrado en contacto con él, y la información fluía no sólo entre autoridades de salud sino también de otros órdenes del gobierno y de país a país.

Así vemos como la Secretaría de Salud del Gobierno de México y la Comisión Nacional de Bioética, emiten un pronunciamiento al que intitula “La bioética ante la pandemia de COVID-19” (MÉXICO, 2020), en el cual reconoce las limitantes que ante una situación como la actual se presentan y que hacen compleja la tutela de las personas en este aspecto tan trascendente como lo es la bioética; ello, derivado de cuestiones tales como la toma urgente de decisiones, la propia incertidumbre de los científicos ante lo desconocido y frente a ciudadanos cuya cotidianeidad está rodeada de temor, inseguridad y suspicacia; todo lo cual requiere en consecuencia, el establecimiento de criterios puntuales que permitan a las propias autoridades priorizar su actuación dando acceso a la atención a quienes más la necesiten y exhortando a la solidaridad.

Empero, aspectos de la bioética tan sensibles como el secreto médico se ven indefectiblemente lesionados, así vemos en el día a día de las redes sociales, fotografías, nombres, datos personales, ubicación de enfermos y fallecidos sin que exista control alguno al respecto particularmente en Twitter y Facebook que son los más socorridos, no obstante operan igualmente un sinnúmero de *youtubers* como se les

conoce coloquialmente que igualmente reflejan este tipo de información.

El secreto médico y el derecho a la intimidad no deben verse afectados por la pandemia; la anonimización de los pacientes es esencial incluso para evitar situaciones de discriminación y agresiones que se han dado en varios países y así lo han entendido los servicios de salud en el mundo entero al intentar el control de los datos relativos a los enfermos de COVID19, pero sus esfuerzos se han enfocado particularmente a derechos como el de no discriminación y protección de datos, que si bien se relacionan estrechamente no incluyen a los examinados en el presente trabajo y por consecuencia se logra una tutela sesgada e incompleta.

Resulta esencial fortalecer la salvaguarda de los derechos en cuestión aún ante situaciones de emergencia internacional que no deben ser óbice para tal protección, aunque debiendo reconocerse que se dificulta y parece que el estado se torna incapaz de controlar a los medios de información y muy en particular a las redes sociales, puesto que el control horizontal de los derechos parece ser aún una cuenta pendiente en los países en estudio, particularmente en México; debiendo concluir que la emergencia de salud pública no justifica la restricción o acotamiento de los derechos a la intimidad y al secreto médico.

Estas afectaciones se ven claramente reflejadas en el ámbito de la protección de datos personales a que ya aludimos en párrafos anteriores y que a decir de Pinar Mañas (2020) debemos,

[...] insistir en que la declaración del estado de alarma no permite limitar derechos y libertades más allá de lo que dispone el citado artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981. Es más, en ningún caso pueden suspenderse derechos, sino tan sólo adoptar medidas que, con la imitación señalada, condicionen su ejercicio. Así debe interpretarse el artículo 55.1 de la Constitución que tan sólo permite suspender derechos cuando se declare el estado de excepción o de sitio, pero no el de alarma (PINAR MAÑAS, 2020).

Como resulta sencillo advertir lo que marca la pauta entre una situación jurídica y otra es que los estados ante la emergencia sanitaria adoptaron la figura de estado de alarma en algunos casos y en otros simplemente se ajustaron a la primera denominación dándole el trato de emergencia. Empero, de una u otra forma no parece justificarse la desprotección que priva en relación con los datos personales que *de facto* se ha venido desarrollando en aras de controlar la pandemia, situación ideal que parece bastante lejana en el panorama mundial actual.

Acces Now organización no gubernamental cuyo objetivo central es la lucha por la tutela de los derechos humanos en la era digital, realizó una investigación al respecto, plasmando sus conclusiones en el documento intitulado *Recomendaciones para la protección de la privacidad y los datos en la lucha contra el COVID-19* (2020) y afirma que:

El uso de la información de salud (que comprende el tipo de sangre, las condiciones médicas preexistentes, la información sobre el género y los registros de temperatura corporal, entre otros datos) se encuentra, por lo general, estrictamente limitado. No obstante, en una crisis de la salud pública, el dilema no es si los gobiernos pueden usar los datos de salud para ayudar a combatir la crisis, sino cómo deben hacerlo para garantizar la dignidad y la privacidad individual en la mayor medida posible (ACCES NOW, 2020).

De lo anterior se evidencia la causa por la que los estados no se han planteado si se requiere o no acotar los derechos en análisis, sino que simplemente lo han hecho, lo que no implica *per se* una legitimación para ello, por el contrario pareciera haberse dejado de lado la responsabilidad del personal sanitario en la protección de dicha información en aras de identificar a quienes se considera portadores activos del virus y la implementación de su inmediata segregación.

En el caso de Brasil Juan Manuel Harán (2020) afirma que las vulneraciones derivaron en graves al exponerse en Internet:

Información personal de al menos 16 millones de brasileños diagnosticados como positivos o sospechosos de COVID-19 quedaron expuestos en Internet durante aproximadamente un mes. La filtración se produjo luego de que un funcionario

del Hospital Albert Einstein de San Pablo subiera a GitHub un documento que contenía nombres de usuarios y contraseñas para acceder a una base de datos de personas que fueron testeadas, diagnosticadas y en algunos casos internadas por coronavirus, y que forma parte de un proyecto con el Ministerio de Salud (del que forma parte el hospital) llamado PROADI-SUS, el cual tiene como objetivo realizar análisis predictivos sobre la pandemia (HARAN, 2020).

Es evidente que en este contexto existió una seria violación del secreto médico y el derecho a la intimidad de los pacientes en cuestión sin que se haya resarcido a las víctimas en forma alguna toda vez que la institución responsable se limitó a cerrar el acceso y considerarlo como un error.

Concomitantemente se presentaron situaciones como el enfrentamiento de la Fiscalía con el propio gobierno de Brasil ante la exigencia del primero de información sobre datos consolidados de la pandemia.(ROMERO, 2020).

En México lo que privó fue una cascada de desinformación que presentó serios problemas al Gobierno Federal para hacer llegar información verídica y eficaz a los ciudadanos creándose páginas

Las aplicaciones que determinan la ubicación de las personas son actualmente muy usuales y como afirma Serale (2020) se requiere indiscutiblemente:

Generar una estrategia que regule el ciclo de vida de los datos y su uso es esencial. En América Latina y el Caribe hasta el momento sólo Uruguay cuenta con una estrategia integral para gestionar los datos de gobierno. La agenda, llamada Datos 360, tiene el objetivo de fomentar una visión holística de los datos y los considera activo para el diseño de políticas públicas y el impulso de la transformación digital. Otros países empiezan a caminar en la misma dirección. Recientemente, Reino Unido lanzó el proceso de consulta de su Estrategia Nacional de Datos y a nivel subnacional la Ciudad de México durante el mes de agosto lanzó a consulta su política de gestión de datos (SERALE, 2020).

7 REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Podría parecer prematuro emitir opiniones en cuanto a los efectos generados en el ámbito de la privacidad de los ciudadanos ante la pandemia y sus medidas restrictivas o combativas, empero, podemos obtener algunas conclusiones que ayuden a ampliar el panorama y visualizar posibles soluciones al mismo.

Así podemos discernir que el secreto médico puede conceptualizarse como la obligación jurídica que tiene en profesional de la salud respecto de los pacientes de salvaguardar la información que tiene bajo su disponibilidad relativa al ámbito de la salud de estos.

Es asimismo pertinente determinar que confidencialidad y secreto no son sinónimos y que el primero es la categoría que se asigna a la información y el segundo atañe a la conducta del profesional de la salud en sentido amplio, ante ello la obligación del personal sanitario en esta contingencia se constriñe a la confidencialidad.

La emergencia de salud pública de importancia internacional acorde a la definición que la propia Organización Mundial de la Salud nos proporciona, que si bien solo enumera características de la misma, nos permite concluir que esta concierne indefectiblemente al interés público. En lo que al derecho a la intimidad atañe, los datos relativos a la salud indudablemente forman parte del ámbito de este derecho y esto se ve refrendado en las interpretaciones jurisprudenciales y la propia legislación de protección de datos.

En el estudio comparado de Brasil y México podemos determinar que en el primero existe protección expresa al derecho a la intimidad no así en el segundo mencionado, sin embargo en lo que se refiere a la legislación secundaria existe similitud en la protección de los datos y la salvaguarda del secreto médico.

Las afectaciones de la secrecía se han dado de manera pública y evidente ante la pandemia que afecta al orbe entero y a la que los países en estudio no son ajenos y, si bien es cierto que la anonimización de los datos es lo deseable esta no ha sido sencilla y han existido

vulneraciones a través de las redes sociales y los medios de comunicación considerados como tradicionales.

La dificultad de control de estos medios estriba en la ausencia de una salvaguarda horizontal de estos derechos en análisis toda vez que los datos trascienden en muchas ocasiones sin que existe acto volitivo alguno del personal de salud a cargo, pero que ante su omisión o descuido son extraídos por personas sin ética que la difunden masivamente en redes sociales y medios masivos de comunicación.

Frente a lo anterior, resulta esencial fortalecer la salvaguarda de los derechos en cuestión aún ante situaciones de emergencia internacional que no deben ser óbice para tal protección, aunque debiendo reconocerse que se dificulta y parece que el estado se torna incapaz de controlar a los medios de información y muy en particular a las redes sociales, puesto que el control horizontal de los derechos parece ser aún una cuenta pendiente en los países en estudio particularmente en México; debiendo concluir que la emergencia de salud pública no justifica la restricción o acotamiento de los derechos a la intimidad y al secreto médico y su deber de anonimización no debe dejarse de lado frente a un interés público mal entendido.

En vista de ello no sería desatinado empezar a construir guías como se ha visto verbigracia en la ciudad de México con el documento intitulado Datos personales y transparencia proactiva COVID-19, <https://www.infocdmx.org.mx/covid19/proteccion/> cuyo contenido es inminentemente práctico pero que no se enfoca esencialmente a la tutela de los derechos en cuestión sino más bien se trata de un mecanismo de información cuyo utilidad es valiosa pro no para los fines perseguidos en el presente trabajo.

Otros esfuerzos pudieran darse en una efectiva aplicación de medidas como la que se realizó en el caso de INAI⁷ en México con la creación de una plataforma digital en la que busca tutelar los derechos de los ciudadanos <https://micrositios.inai.org.mx/covid-19/>

⁷ Acrónimo del INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

desafortunadamente la página solo se creó y no aportó apoyo alguno real, pues los documentos en ella agregados no abonan realmente a la tutela del derecho.

Se han organizado en materia jurídica múltiples *webinars* por ejemplo la Universidad Iberoamericana de la ciudad de México realizó el intitulado *El derecho a la privacidad y el derecho a la información en el contexto de la pandemia*⁸, o el llamado Webinar COVID-19 en Brasil⁹, se trata propiamente de análisis compartidos entre expertos que abonan a la reflexión jurídica pero no inciden en la tutela del derecho como pudiera pretenderse.

En Brasil se emitió la llamada “guía de las guías de COVID-19” (Pellanda, 2021), que contiene 70 recomendaciones relativas a las políticas de emergencia en materia de salud sustentadas en los derechos humanos.

Es evidente que los esfuerzos de tutela son dispersos y descoordinados por lo que sería deseable unificar las diversas instancias en aras de una efectiva tutela de los derechos en estudio enfocándose directamente a su tutela mediante políticas públicas eficaces.

Data de Submissão: 22/06/2021

Data de Aprovação: 19/10/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araujo

Assistente Editorial: Bruna Agra de Medeiros

⁸ Véase al respecto: <https://ibero.mx/prensa/covid-19-exacerbo-uso-de-datos-personales-en-aplicaciones-experto>

⁹ Véase al respecto: <https://www.cnrsrio.org/es/%C3%A9v%C3%A8nement/bresil-webinar-covid-19-au-bresil/>

REFERENCIAS

ACCESS NOW, **Recomendaciones para la protección de la privacidad y los datos en la lucha contra el COVID-19**, marzo 2020, Disponible en:

<https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2020/04/Recomendaciones-para-la-proteccio%CC%81n-de-la-privacidad-y-los-datos-en-la-lucha-contra-el-COVID-19.pdf> . Consultada el: 19 de marzo de 2021.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ANDINO LÓPEZ, José Antonio, **El secreto profesional del abogado en el proceso civil**, J.M. BOSCH Ed., Barcelona España, 2014.

AZPURUA, Ana Helena, FIGUROA, Javier y VERDE Amaya. **Mapa actualizado del coronavirus: cifras de casos confirmados y fallecidos**. Disponible en:

<https://www.univision.com/noticias/salud/mapa-actualizado-del-coronavirus-cifras-de-casos-confirmados-y-fallecidos>. Consultada el: 19 de marzo de 2021.

BARBERO GUTIÉRREZ, Javier; SÁNCHEZ CABALLERO, Marina; MARTÍN CORTECERO, Jesús María. Secreto profesional y riesgo vital para un tercero identificado: metodología de análisis ético en torno a un caso. **Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría**. Madrid: v. 33, n. 119, pp. 555-573, 2019.

Disponible en:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265028372007>. Consultado el: 21 de febrero de 2020 entre muchos otros.

BRASIL. **Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988**. Disponible en:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf> . Consultada el: 19 de marzo de 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Ley n. 2.848 de 07.12.1940 reformado por la Ley nº 9.777 en 26/12/98. Disponible en:

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4177/pen_brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultada el: 19 de marzo de 2021.

BRASIL. **Ley General de Protección de Datos de Brasil**. Diario Oficial de Union. Disponible en:

https://www.machadomeyer.com.br/images/publicacoes/PDFs/Ley_Protecao_d_e_Dados_ebook_18.pdf. Consultada el: 25 de febrero de 2021.

BECA, Juan Pablo. **Confidencialidad y secreto médico**. Facultad de Medicina, Clínica Alemana/Universidad del Desarrollo/Centro de Bioética, Abril de 2011. Disponible en: https://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/06/CONFIDENCIALIDAD_Y_SECRETO_MEDICO.pdf. Consultada el 19 de marzo de 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolución CFM n. 1638/2002**. Define los registros médicos y hace obligatorio crear el Comité de Revisión de Registros Médicos en las instituciones de salud. Disponible en: portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm. Consultada el: 19 de marzo de 2021.

DECLARACIÓN DE LISBOA de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente. **Asociación Médica Mundial**, 2005. Disponible en: <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>. Consultada el: 28 de abril de 2021.

DÍAZ ROJO, Antonio. El contenido del derecho a la intimidad, Cuestiones Constitucionales, **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**: Ciudad de México, n. 29, pp. 45-81, 2013. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6033/7974>. Consultada el: 18 de febrero de 2021.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª Ed., **Real Academia Española**: Madrid, 2001.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights**, 2019. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf. Consultada el: 20 de marzo de 2021.

FERNÁNDEZ CORZAS, P. y VELASCO-JIMÉNEZ, M. T., **La ética en la atención del paciente en situación con VIH**, Memorias del XX Concurso Lasallista de Investigación, desarrollo e innovación CLIDi 2018. Disponible en: <http://www.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD59383.pdf>. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). **Seguridad pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo**, México, UNAM, 2003

FIGUEIREDO, Marcelo, **La pandemia y las restricciones legales a la libertad una visión preliminar**, en: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (Coord.) **Emergencia sanitaria por COVID-19**, México UNAM, 2020, pp. 50-59.

GARCÍA, Ana Karen, **Ley Olimpia contra la violencia digital: cualidades, alcances y contrastes**, *El economista*, 15 de noviembre de 2020. Disponible: <https://www.economista.com.mx/politica/Ley-Olimpia-contra-la-violencia-digital-cualidades-alcances-y-contrastes-20201115-0003.html>. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

GOBIERNO DE LA CIUDAD DE MÉXICO, **Datos personales y transparencia proactiva COVID-19**, Disponible en: <https://www.infocdmx.org.mx/covid19/proteccion/>. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

GÓMEZ-CÓRDOBA, Ana; ARÉVALO-LEAL, Sinay; BERNAL-CAMARGO, Diana y ROSERO DE LOS RÍOS, Daniela. El derecho a la protección de datos personales, tecnologías digitales y pandemia por COVID-19 en Colombia. **Rev. Bioética y Derecho [online]**, No. 50, pp. 271-294, 2020. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-5887202000300017&lng=es&nrm=iso. Epub 23-Nov-2020. ISSN 1886-5887. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

HERÁN, Juan Manuel, **Brasil: datos de 16 millones de pacientes de COVID-19 quedaron expuestos en internet**, 27 de Noviembre 2020, Welivesecurity. Disponible en: <https://www.welivesecurity.com/la-es/2020/11/27/brasil-datos-millones-pacientes-covid-19-expuestos-internet/> Consultada el: 19 de marzo de 2021.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. **Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos**. UNAM. Ciudad de México, 1997.

HUERTA, Carla. El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional. In: **Seguridad pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo**. México: p. 131-156, 2007.

LUQUE NÚÑEZ, Ricardo, Derecho a la intimidad Fundamento preventivo en la epidemia global de SIDA, en: VIVEROS, Mara (Ed.), **Saberes, culturas y derechos sexuales en Colombia**, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (Clam), Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006, p. 473-496.

MÉXICO. **La bioética ante la pandemia del COVID-19** [Pronunciamento]. Secretaría de Salud/Comisión Nacional de Bioética. México, 12 de marzo de 2020. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/544215/Pronunciamento_Bioetica_ante_la_pandemia_del_COVID_19.pdf. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

MÉXICO, COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, **Recomendación No. 14/2020** Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la protección de la salud de las personas trabajadoras en el sector salud en el contexto del COVID-19, así como del derecho a la privacidad, en agravio de V1, QV Y V2, por personal del Hospital General “Aguiles Calles Ramírez” del ISSSTE. Ciudad de México, 23 de junio de 2020. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-06/REC_2020_014.pdf, Consultada el: 18 de marzo de 2021.

MÉXICO. Décima Época, Registro: 2003844, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Común Tesis: I.50.C.4 K (10a.), Página: 1258; Amparo directo 35/2011. German Pérez Fernández del Castillo. 27 de octubre de 2011 y Amparo directo 4/2012. German Pérez Fernández del Castillo. 31 de mayo de 2012, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2003844&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=0>. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 2944/2017, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2018-06/1S-070318-AZLL-2944.pdf. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

MÉXICO. **Código Penal Federal**. Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931. Última reforma publicada DOF 24-01-2020. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_240120.pdf. Consultada el: 28 de abril de 2020.

MÉXICO. **Ley General de Salud**. Diario Oficial de la Federación, 7 de febrero de 1984. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_240120.pdf. Consultada el: 28 de abril de 2020.

MÉXICO. **Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados**. Diario Oficial de la Federación, 26 de enero de 2017. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>. Consultada el: 17 de marzo de 2021.

MÉXICO. **Código de Procedimiento Penal**. Decreto Ley No. 3,689 de 3 de octubre de 1941. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4161>. Consultada el 18 de marzo de 2021.

MODESTO, Jessica Andrade; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque. Privacidade E Tratamento De Dados Pessoais No Combate À Covid-19. **Prima Facie**, v. 19, n. 42, p. 250–284, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2020v19n42.53259. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/53259>. Acesso em: 9 set. 2021.

PELLANDA, Andressa (Coord.) **Guia dos guias COVID-19. Educação e proteção 70 recomendações para políticas emergenciais e cenário em 2021**. Campaña Nacional por el derecho a la educación. Febrero de 2021. Disponible en: <https://media.campanha.org.br/acervo/documentos/Pautas Politicas Emergencia Covid-19 GuiaDosGuias FINAL 2020 02 03 2.pdf> consultada el 20 de marzo de 2021.

PINAR MAÑAS José Luis. **La protección de datos durante la crisis del coronavirus**. Consejo General, 2020. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-proteccion-de-datos-durante-la-crisis-del-coronavirus/>. Consultada el: 20 de marzo de 2021.

PORTILLA PARRA, Sebastián. **El secreto profesional médico y las personas con discapacidad, en el ordenamiento jurídico colombiano**. *Revista Estudios Socio Jurídicos*. Bogotá: v. 21, n. 2, 2019. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074014/html/index.html>. Consultada el: 20 de marzo de 2021.

REVANGA, Miguel, **Revista Catalana de Dret Públic**, núm. especial COVID-19, 2020, pp. 125-136. Disponible en: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.io.2020.3521/especialCOVID-revenga-es.pdf>. Consultada el: 18 de marzo de 2021.

RODRÍGUEZ, Gerardo Sánchez Lara. Ensayo Antiguas y Nuevas Amenazas a la Seguridad de América Latina. **Revista Bien Común**. Ciudad do México: pp. 15-18, 2020. Disponible en: <https://www.casede.org/BibliotecaCasede/seguridadal.pdf>. Consultada el: 20 de marzo de 2021.

ROMERO, Mar, 7 de junio de 2020, **La Fiscalía de Brasil exige al Gobierno que explique la omisión de datos sobre el Covid-19**. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20200607-fiscalia-brasil-gobierno-explicaci%C3%B3n-omisi%C3%B3n-datos-covid19>. Consultada el: 20 de marzo de 2021.

SERALE, Florencia, **Protección de datos personales y la “nueva normalidad” post pandemia**, 14 de octubre de 2020, Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en:

<https://blogs.iadb.org/administracion-publica/es/proteccion-de-datos-personales-y-la-nueva-normalidad-post-pandemia/>.

Consultada el: 20 de marzo de 2021.

STURZA, J. M.; SIPPERT, E. A Pandemia Covid-19 Como Um Inimigo Invisível E Silencioso: O Direito À Saúde Em Tempos De Sobrevivência. **Prima Facie**, v. 19, n. 42, p. 189–216, 2020. DOI: 10.22478/ufrpb.1678-2593.2020v19n42.54163. Disponível em: <https://periodicos.ufrpb.br/index.php/primafacie/article/view/54163> . Acesso em: 9 set. 2021.

TORREGROSA, Rafael; BALAGUER, Pepa; BALLESTEROS, Virginia. Intimidación, confidencialidad y secreto profesional (una aproximación desde la bioética). **Informe del comité de bioética asistencial del Departamento Valencia Hospital General**: Valencia, v. 5, pp. 1 -39, 2018. Disponible en: <http://www.psicobioquimica.org/documentos/revistas/numero%205/01.pdf>. Consultada el 18 de marzo de 2021.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS DE GÉNERO, SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN Y COMISIÓN NACIONAL PARA PREVENIR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, **Estudio de las representaciones de género y violencia contra las mujeres en los medios digitales y de entretenimiento**, colaboración institucional 2017, producto 2: informe final. Disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/314694/Estudio = representacione y violencia vs mujeres en medios digitales.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/314694/Estudio_-_representacion_y_violencia_vs_mujeres_en_medios_digitales.pdf). Consultada el 18 de marzo de 2021.

VILLARREAL Lizárraga; ALEJANDRO, Pedro. **Pandemias y derecho. Una perspectiva de gobernanza global**. Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México: pp. 28-29, 2019.

VIEIRA, Nilzir y RIBEIRO CARDOSO, Henrique. Toque De Recolher E A Questão Das Restrições A Direitos Fundamentais Em Tempos De Pandemia, **Prima Facie**, v. 20, n. 43, 2021. Disponible en: <https://periodicos.ufrpb.br/index.php/primafacie/article/view/54193/33392>. Consultada em 5 de septiembre de 2021.

Sigilo Médico E A Disseminação De Informações Nas Redes Sociais Em Situação Pandêmica: Estudo Comparado Entre Brasil E México

Janaína Reckziegel

Amalia Patricia Cobos Campos

Resumo: Entre os debates em bioética encontramos a colisão de direitos que surge entre o paciente e terceiros à luz das possíveis limitações do sigilo médico quando atinge direitos de terceiros, principalmente nos casos que afetam a sociedade como uma pandemia; Essas limitações ao referido direito, que faz parte do direito à privacidade dos pacientes, devem ser cuidadosamente ponderadas e esclarecidas, o que até o momento ainda é complexo. Este trabalho de pesquisa enfoca essas dimensões, seu arcabouço legal e os riscos que representam a salvaguarda dos direitos humanos enfrentados. Parte-se da hipótese de que o direito do paciente à privacidade pode ser restringido em prol de um interesse público afetado ou quando for evidente a necessidade de informar os sujeitos determinados pelos riscos que tal segredo implica para o seu direito à saúde. Se utilizou da hermenêutica jurídica e epistemológica para se chegar à verificação das hipóteses com as exceções que o mesmo trabalho determina, apoiando-se em extensa revisão da literatura, a legislação pertinente e a jurisprudência existente para apoiar tais conclusões.

Palavras-chave: Direito à intimidade; sigilo médico; direito à saúde.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.59866>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



Pandemia E Direitos Humanos: A Administração Da Vida E Da Morte No Brasil

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth*

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Ijuí-RS, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7365-5601>

André Giovane de Castro**

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Ijuí-RS, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-8970-5685>

Resumo: A pandemia de Covid-19 desafia o Estado e a sociedade com reflexos nos direitos humanos. O enfrentamento à crise sanitária mundial encontra vários obstáculos no Brasil. Ao revisitar os conceitos de biopolítica em Michel Foucault e necropolítica em Achille Mbembe, problematiza-se a reorientação da bússola autoritária e democrática da história nacional com a atuação da Presidência da República frente à vida e à morte dos cidadãos. A hipótese, ao fim do estudo corroborada a título de conclusão, constata a assunção do novo coronavírus como intensificadora da conversão democrática em direção ao autoritarismo ao revelar no Palácio do Planalto a desconsideração com a necessidade de unir esforços e a dicotomização de vida *versus* economia com o resultado de morte, evidenciando, com efeito, a violação de direitos humanos. O texto encontra-se estruturado em duas seções e objetiva, respectivamente: a) analisar o Brasil atual à luz do ciclo autoritário e democrático da história nacional; e b) refletir a atuação da Presidência da República com a instrumentalização da vida e da morte frente à aludida crise sanitária. O método fenomenológico-hermenêutico, a abordagem qualitativa, a técnica exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental constituem a metodologia.

Palavras Chave: Autoritarismo; Biopolítica; Democracia; Necropolítica; Presidência da República.

*Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor do Curso de Graduação em Direito e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ. E-mail: madwermuth@gmail.com

** Doutorando e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ. E-mail: andre_castro500@hotmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.58575>

Pandemia E Direitos Humanos: A Administração Da Vida E Da Morte No Brasil

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth¹

André Giovane de Castro²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A história do Brasil forma-se de uma dinâmica pendular entre momentos democráticos e momentos autoritários. Essa identificação coloca em cena as movimentações institucionais e sociais relacionadas, de um lado, com a democracia e, de outro lado, com o autoritarismo. A turbulência dos anos de 1964 a 1985 deveria ter ensinado os brasileiros a defenderem a democracia em detrimento do autoritarismo, mas a ditadura civil-militar não alcançou este êxito. Uma crise cultural, uma crise econômica e uma crise política assolam o Estado nacional e suscitam o debate sobre o retorno do passado como se fosse a alternativa ao caos do presente e a salvação do futuro. A Presidência da República encontra-se no coração desta disputa. Paradoxalmente, o seu líder não é o alvo; é o interessado. A pandemia de Covid-19, resultante da Sars-CoV-2, ao desafiar a (sobre)vivência da humanidade, intensificou os tradicionais dilemas brasileiros no tocante aos direitos humanos e trouxe a necessidade de o Estado atuar

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio através de Edital FAPERGS nº 05/2019.

² O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

frente à vida e à morte. O duelo foi estabelecido e, com efeito, o Estado Democrático de Direito está sob ameaça.

O Presidente Jair Bolsonaro emitiu várias declarações sobre o novo coronavírus: “Se a economia afundar, afunda o Brasil. E qual o interesse dessas lideranças políticas? Se acabar a economia, acaba qualquer governo. Acaba o meu governo. É uma luta de poder”; “Pelo meu histórico de atleta, caso fosse contaminado pelo vírus, não precisaria me preocupar, nada sentiria ou seria acometido, quando muito, de uma gripezinha ou resfriadinho, como bem disse aquele conhecido médico, daquela conhecida televisão”; “Eu não sou cozeiro, tá certo?”; “E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê? Eu sou Messias, mas não faço milagre”; e “Tem que acabar com esse negócio. Lamento os mortos, todos nós vamos morrer um dia. Não adianta fugir disso, fugir da realidade, tem que deixar de ser um país de maricas” (TERRA, 2020, p. 1). Após mais de um ano, o Brasil (2021) contabiliza até o dia 10 de junho de 2021, a teor do Covid-19: Painel Coronavírus, as marcas de 17.210.969 casos e 482.019 óbitos. Tal cenário justifica, *per se*, a realização deste trabalho acadêmico.

A pandemia de Covid-19 refere-se até o momento ao maior fenômeno do século XXI ao afetar, mundialmente, a atuação das instituições, sejam do setor público, sejam do setor privado, e a existência dos indivíduos devido à necessidade de mudar hábitos com o intuito de observar as medidas de enfrentamento à contaminação. Para Lilia Moritz Schwarcz (2020), aliás, o novo coronavírus, ao cintilar o ser humano em sua vulnerabilidade, constitui-se como a culminância do século XX e a nascente do século XXI. Há, assim, o desafio de administrar a crise sanitária. A partir disso, a presente pesquisa assume a tarefa de responder – revisitando os conceitos de biopolítica em Michel Foucault (2001; 2002; 2005; 2008a; 2008b; 2011) e necropolítica em Achille Mbembe (2016) à luz da perspectiva de complementaridade e retroalimentação das referidas categorias desvelada por Ariadna Estévez (2018) – ao seguinte problema: em que medida a bússola autoritária e democrática da história nacional se

evidencia na atuação da Presidência da República frente à vida e à morte dos brasileiros?

A pandemia de Covid-19 intensificou a crise da democracia brasileira. A politização do combate ao novo coronavírus revelou as sinuosidades autoritárias existentes no Palácio do Planalto ao desconsiderar a necessária união de esforços democráticos, tanto institucionais como sociais, e dicotomizar a relação vida e economia, centrando-se os seus investimentos na esfera econômica e omitindo-se no tocante à esfera sanitária. O resultado dessa escolha tem sido a morte e a violação de direitos humanos. Internacional ou nacionalmente, a crise da Sars-CoV-2 trouxe à tona as características da biopolítica, notadamente acerca da seleção das vidas dignas ou indignas, cujo desiderato, evidenciado nas cifras de contaminados e de mortos, é a conformação da necropolítica, cujo motor central reside na criação de um cenário propício à morte. Verifica-se o relacionamento da biopolítica e da necropolítica no Brasil devido à (in)existência de uma política destinada ao enfrentamento do novo coronavírus baseada na falta de atuação do Estado. Trata-se, assim, da hipótese deste estudo.

A atuação das lideranças políticas encontra-se à mercê de críticas. Cuida-se, a bem da verdade, de uma reivindicação cívico-democrática, especialmente com o intuito de defender as regras do jogo frente às investidas autoritárias. Torna-se elementar trazer à luz a verdade sobre a institucionalidade brasileira e seus efeitos ao tecido societal. Tem-se como horizonte a noção foucaultiana (2011, p. 10-13) de *parresía* como tarefa de “dizer tudo”, observando-se, no entanto, “a verdade sem dela nada esconder”, não obstante, “dizendo a verdade, se abra, se instaure e se enfrente o risco de ferir o outro, de irritá-lo, de deixá-lo com raiva e de suscitar de sua parte algumas condutas que podem ir até a mais extrema violência”, constituindo-se a *parresía*, neste sentido, como “a coragem da verdade naquele que fala e assume o risco de dizer, a despeito de tudo, toda a verdade que pensa, mas é também a coragem do interlocutor que aceita receber como verdadeira

a verdade ferina que ouve”. Sem a intenção de alçar-se ao *status* de *parresiasta*, busca-se, porém, fazer deste estudo um exercício de cidadania.

O método fenomenológico-hermenêutico, com base em Martin Heidegger (1998) e Hans-Georg Gadamer (1999), mostra-se satisfatório à consecução dos objetivos da presente pesquisa. A fenomenologia hermenêutica, na visão de Ernildo Stein (2001), dá acesso ao fenômeno no sentido fenomenológico, autorizando o desvelamento do não manifesto. Se, a teor de Stein (2001, p. 187-188), o “ser-aí é, em si mesmo, hermenêutico”, pois “nele reside uma pré-compreensão, fundamento de toda posterior hermenêutica”, e os autores deste estudo vivenciam a realidade em tela, contribuindo e sentindo os seus efeitos, ratifica-se o sobredito método. A metodologia contempla, ainda, a abordagem qualitativa, a técnica exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental. Por fim, o texto divide-se em duas seções, as quais objetivam, respectivamente: a) analisar o Brasil atual à luz do ciclo de autoritarismo e democracia constitutivo da história nacional; e b) refletir a atuação da Presidência da República frente à pandemia de Covid-19 com a instrumentalização da vida e da morte.

2 AUTORITARISMO E DEMOCRACIA: A REORIENTAÇÃO DA BÚSSOLA NO BRASIL ATUAL

O planeta Terra está em crise. A pandemia de Covid-19, ocasionada pela proliferação do novo coronavírus, foi declarada no dia 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS). A realidade institucional e social foi substancialmente modificada no decorrer de um ano com reflexos culturais, econômicos e políticos. O mundo não é e não será o mesmo de outrora. A referida constatação não resulta de uma aposta no bem ou no mal, no melhor ou no pior,

no avanço ou no retrocesso. Trata-se tão só de transformação. O fenômeno em curso tem trazido novos, mas, essencialmente, intensificados os dilemas de antes. A crise sanitária em andamento escancara no Brasil, também, as crises culturais, econômicas e políticas. Com a politização da pandemia de Covid-19, o Estado brasileiro tornou-se uma arena de constantes e intensos debates sobre o passado, o presente e o futuro. O objetivo desta seção é, com efeito, construir um – possível e breve – itinerário a fim de viabilizar o (re)conhecimento da história como o fator inevitável ao desvelamento do cenário atual.

O século XX contou com vários acontecimentos. Para Amartya Sen (2005), contudo, os cem anos foram marcados, sobretudo, pela afirmação da democracia como valor universal. A democracia foi considerada, assim, como a única forma aceitável de governo. O esplendor, porém, entrou em declínio. A partir do fim do século XX e do início do século XXI, a política e os políticos tornaram-se alvos de revolta. O diagnóstico não é local, mas global. Na visão de Yascha Mounk (2018), o desinteresse pela política e o descrédito dos políticos foram alçados ao centro da *práxis* cidadã, especialmente devido à atual relativização dos fatores existentes no pós-Segunda Guerra Mundial condutores à validação da democracia como a única opção, quais sejam: em primeiro lugar, a maioria dos cidadãos ser comprometida com a democracia; em segundo lugar, a maioria dos cidadãos recusar alternativas autoritárias à democracia; e, em terceiro lugar, os partidos e os movimentos anuírem com a importância das regras basilares da democracia. Essas características, todavia, estão debilitadas.

A situação atual é crítica em razão do *modus operandi* utilizado com o intuito de ceifar com a democracia. Os mecanismos não são, necessariamente, visíveis, mas são deletérios. A morte das democracias, na lição de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 14), tende a ser vista “nas mãos de homens armados”. A recente história brasileira demonstra isso. A ditadura civil-militar de 1964 a 1985 deu-se escancaradamente, assinalando o findar de uma forma de governo

e o ascender de outra forma de governo. Atualmente, contudo, as táticas são distintas e, frequentemente, veladas. As intencionalidades não são, imprescindivelmente, retratadas nos discursos e nas ações, mas não deixam de ser colocadas em marcha. Esta maneira de arruinar as democracias pode ocorrer, conforme Levitsky e Ziblatt (2018), com líderes eleitos. Assim, o *nomos* democrático tem o condão de viabilizar a sua derrocada. As eleições, não obstante calcadas nas regras do jogo, conduzem ao poder, vez ou outra, lideranças desalinhadas com os valores democráticos³. O risco obscurecido não obsta os efeitos destrutivos.

O novo verniz esfacelador da democracia aumenta o desafio de ser cidadão. Se o golpe de Estado, antes, era nítido; agora, acontece sem o espetáculo. Por isso, consoante Levitsky e Ziblatt (2018), a sociedade demora até constatar a alternância institucional. A normalidade do texto constitucional caminha *pari passu* com a não observância dos seus mandamentos. Esta ameaça tem a tendência de ser maior se a política não for considerada em sua essencialidade. A indignação, a teor de Daniel Innerarity (2017), está no coração do tecido societal de hoje e, neste sentido, a política deixa de ser vislumbrada como *práxis* da cidadania. A passividade com a política ascende da decepção com os rumos do Estado e da sociedade – democráticos, obviamente. No entanto, a democracia é uma sempiterna construção; ela é histórica e, com efeito, edificada continuamente com a atuação dos cidadãos. A antipolítica não é resistência ao *establishment*; é, isto sim, contributo ao desmoronamento da democracia. Trata-se, uma vez mais, do contexto atual carecedor de reflexão.

Após vinte e um anos de ditadura civil-militar (1964-1985), o Brasil redemocratizou-se oficialmente com a Constituição Federal de 1988. O sobredito documento, considerado um dos mais sofisticados do mundo, veio à luz com o intento de frear o autoritarismo.

³ A situação é identificada em Filipinas, Geórgia, Hungria, Nicarágua, Peru, Polônia, Rússia, Sri Lanka, Turquia, Ucrânia e Venezuela (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Instaurou-se, neste sentido, um Estado Democrático de Direito, concebido, na lição de Luiz Eduardo Soares (2019, p. 192), como “uma referência prática e teórica fundamental para os países que buscam se reger pelos valores da liberdade e da igualdade”. Assim, elencou-se um rol extenso e não taxativo de direitos humanos a fim, especialmente, de solucionar os dilemas históricos relacionados às minorias, cujas consumações deram-se com o colonialismo, a escravidão e o patriarcalismo. Com o desígnio de dar voz e vez aos brasileiros, o texto constitucional trouxe, na leitura de Luis Felipe Miguel (2019), a participação política como um dos valores fulcrais; a tripartição dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo; e – coroando a sua assunção – o afastamento da ameaça de intervenção das Forças Armadas.

A formalidade do *nomos* constitucional, porém, não alcançou a concretude necessária no caminhar de três décadas. Apesar da solidificação dos poderes, da robustez das instituições e da animação com a diversidade, a atualidade, consoante Lilia Moritz Schwarcz (2019), tem dado sinais de vulnerabilidade. A Assembleia Nacional Constituinte foi ambiciosa na escrita da nova Carta Política; logo, a efetivação dos seus mandamentos não seria fácil. Tratava-se de um documento, a bem da verdade, destoante da história nacional. Uma história de violação de direitos humanos, seja na colônia, seja no império, seja na república. Se a democracia, com efeito, no escurecer do milênio, iluminava o Estado brasileiro em virtude de ser caracterizada como “o melhor sistema político” e “um valor fundamental”, o sonho de outrora encontra-se, hodiernamente, ameaçado com o florescer da intolerância, tanto no exterior como no Brasil (SCHWARCZ, 2019, p. 214). Então, o autoritarismo retorna à cena – ou, aliás, descortina-se das penumbras do poder.

O descortinar do autoritarismo refere-se à sua manutenção na democracia. Não houve, no Brasil, a alternância *in totum* do regime autoritário ao regime democrático. É o retrato, a bem da verdade, da história brasileira. Um pêndulo simboliza, na definição de Leonardo

Avritzer (2019), o movimento da política nacional: ora autoritário, ora democrático. A sua estruturação e manifestação tem como sustentáculo, às vezes, a união das elites e das massas na defesa da democracia e, às vezes, a classe média, em consonância com as elites e com a aderência das massas, adota uma visão antidemocrática (AVRITZER, 2019). Os textos constitucionais são, inclusive, evidências do ciclo autoritário e democrático⁴. Atualmente, embora a normatividade constitucional afirme a existência de uma democracia baseada em leis, como corolário de um Estado Democrático de Direito, o passado autoritário tem batido à porta do presente e causado alarma sobre o futuro da democracia. Exsurge, neste sentido, o desafio de conduzir os olhos à história com o intento de utilizá-la a favor do *nomos* constitucional de 1988.

Após a redemocratização, a Presidência da República foi liderada por seis presidentes e uma presidenta. O primeiro chefe do Poder Executivo eleito com a vigência da atual Carta Política, Fernando Collor de Mello (1990-1992), sofreu *impeachment*, o que resultou na posse do vice-presidente Itamar Franco (1992-1994) como novo presidente. Na sequência, Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) foi eleito e reeleito. Posteriormente, o Palácio do Planalto foi conduzido por Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) em dois mandatos, elegendo como a sua sucessora Dilma Rousseff (2011-2016), que, eleita e reeleita, sofreu *impeachment*, assumindo o cargo o então vice-presidente Michel Temer (2016-2018). Desde 2019, o mandatário é Jair Bolsonaro. Um percurso com momentos de calma e frenesi. No entanto, a mudança de rota começou em 2013 com as chamadas *Jornadas de Junho*, fortaleceu-se com a Operação Lava-Jato, intensificou-se com o resultado da eleição de 2014, ferveu com a prisão de Lula em 2018 e alcançou o seu estopim – pelo menos, por ora – com a vitória de Bolsonaro em 2018.

⁴ Os textos constitucionais de 1824, 1937 e 1969 foram outorgados, já os textos constitucionais de 1891, 1934, 1946 e 1988 foram promulgados.

O ano de 2013 é, com efeito, marcante na bússola autoritária e democrática do Brasil. A democracia entrou em crise. O apoio à democracia diminuiu, cujos reflexos encontram-se tanto nos discursos como nas ações (AVRITZER, 2019). O cenário brasileiro atual, na leitura de Joice Graciele Nielsson e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2020), evidencia um duelo ideológico, alicerçado nas perspectivas jurídicas e, sobretudo, políticas, entre dois polos, quais sejam: de um lado, o campo republicano, baseado nas ideias de *res publica*, isto é, de coisa pública, e de laicidade da política, considerando o espaço público como o espaço da política; e, de outro lado, o campo conservador e antidemocrático, revestido de aura democrática, mas orientado pela indiscernibilidade dos interesses privados com os interesses públicos. A partir disso, as heranças clientelistas, corruptas e patrimonialistas do Brasil, vivificadas, a bem da verdade, como um modelo institucional e social, conduzem ao autoritarismo estabelecido com o intuito de manter o *statu quo* jurídico-político (NIELSSON; WERMUTH, 2020).

A tradição brasileira supramencionada, consubstanciada na conservação das benesses da elite e, logo, na inviabilização da democracia como *modus operandi* em prol da igualdade formal e material dos cidadãos, agudizou-se. As urnas trouxeram à tona em 2018, nos termos de Miguel (2019, p. 180-181), a nudez do retrocesso, qual seja: “antidemocrático, hierárquico, misógino, racista, homofóbico, anti-intelectualista, violento”, ao eleger ao Palácio do Planalto “um presidente que combina evidente limitação intelectual, zelo pela reprodução das exclusões sociais e exaltação da violência”, ensejando um governo orientado, de um lado, por “teorias conspiratórias” e, de outro lado, pela “agenda mais dura do capital financeiro”, resultando no “desfiguramento da ordem democrática”. O caminho está sendo trilhado e a democracia está em risco frente ao autoritarismo. O Brasil está entrando, na esteira de Miguel (2019, p. 186-187), “no finalzinho do gradiente, no lusco-fusco, entre uma democracia que já não é e uma ditadura que ainda não pode ser”.

O diagnóstico sobredito exige, no entanto, ser compreendido e interpretado. A eleição presidencial de 2018 reflete a especificidade nacional: cultural, econômica e politicamente. O sucesso de Bolsonaro nas urnas decorreu de vários fenômenos recentes da história brasileira: a crise econômica, especialmente no pós-2010; a crise política, principalmente em virtude dos escândalos de corrupção; e a crise cultural, precipuamente em razão da colisão dos ideais morais com os ideais jurídicos. O desiderato foi, na acepção de Oscar Vilhena Vieira (2019, p. 11), a emergência de “lideranças e discursos hostis aos valores e princípios estabelecidos pelo pacto constitucional de 1988”. A comunhão de elementos culturais, econômicos e políticos foi imprescindível à conquista – ou à perda – do poder. Na mesma linha de raciocínio, Luiz Fábio S. Paiva (2020, p. 4, grifos do autor) sintetiza:

Bolsonaro se comprometeu a ser o protagonista da “revanche” contra grupos de esquerda classificados como “comunistas”, assumindo o dever de travar uma “guerra cultural” contra valores de uma falsa direita socialdemocrata e reestabelecendo a “ordem social” com base nos princípios de uma verdadeira “direita”. Esta, por sua vez, o enxerga como um “eleito”, uma espécie de “chefe supremo” contra uma sociedade repleta de freios democráticos e exigências de comportamentos republicanos. Sua “missão” é claramente absolutista e pautada em uma ética voluntarista na qual o “presidente” se comporta como uma entidade que tem autoridade e a última palavra sobre qualquer assunto. Não por acaso, em 20 de abril, em frente ao Palácio da Alvorada, Bolsonaro declarou: “*Eu sou a Constituição*”. Aparentemente, a eleição presidencial o fez acreditar que ele é a autoridade e o próprio limite que deve reger a ordem social sem resistência de outros poderes.

As situações – ou condições – elencadas acima clarificam a *razão de ser* da crise atual no Brasil. Mas não só. Países consolidados, ou não, democraticamente estão enfrentando no século XXI a mesma crise, não obstante com intensidades diferentes, seja para mais, seja para menos. Por isso, o caso brasileiro conta com características similares às reviravoltas ocorridas em outros Estados nacionais: o fascismo é uma delas. O fascismo, na lição de Jason Stanley (2019), baseia-se em um líder autoritário e, supostamente, defensor dos interesses da nação. A política fascista não demanda, necessariamente,

a conformação de um Estado fascista, mas é perigosa. As suas estratégias atuais, ora assemelhando-se e ora diferenciando-se do fascismo vivificado, mundialmente, nos anos de 1930, abarcam o passado mítico, a propaganda, o anti-intelectualismo, a irrealidade, a hierarquia, a vitimização, a lei e ordem, a ansiedade sexual, o apelo à noção de pátria e a desarticulação da união e bem-estar público. Esses atributos, com efeito, concernem ao fascismo em curso, seja no exterior, seja – coincidentemente – no Brasil.

Tem-se, neste sentido, o neofascismo. Com esta nomenclatura, Michael Löwy (2020) evidencia a inserção de elementos fascistas na dinâmica democrática. Tal característica tem o condão de corroborar a dificuldade de constatar o risco da democracia na atualidade devido à obscuridade da sua ocorrência nos meandros institucionais e sociais. Na mesma direção, aliás, Umberto Eco (2020, p. 60-61) alertava a humanidade sobre a manutenção do fascismo ou, nos seus termos, do “fascismo eterno” ou “Ur-Fascismo”: ele “ainda está ao nosso redor, às vezes em trajes civis”, com a viabilidade de “voltar sob as vestes mais inocentes”. Utilizando-se, mas com o intuito de limitar as liberdades democráticas, o neofascismo afasta-se dos eventos fascistas da Alemanha e da Itália do século XX⁵. Há, contudo, semelhanças, como são os casos de exaltação do autoritarismo, de favoritismo da ditadura, de culto ao “mito” e de ódio ao movimento de trabalhadores, embora sem a habilidade de unir uniformemente as suas forças e de colocá-las em marcha (LÖWY, 2020).

A ameaça, contudo, está em cena. A crise da democracia brasileira tem suscitado, a teor do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017, p. 7), “ataque de grupos que professam sua fé na violência como forma de governar e de, paradoxalmente, pacificar a sociedade”, o que conduz, no entanto, a “uma espécie de vendeta moral e política que nunca tem fim e que parece ganhar cada vez mais adeptos ao reverberar ódios, preconceitos e intolerância”. Tem-se,

⁵ Faz-se referência às administrações de Adolf Hitler como *Führer* da Alemanha de 1934 a 1945 e de Benito Mussolini como Primeiro-Ministro da Itália de 1922 a 1943.

assim, uma administração no Palácio do Planalto destinada a trazer à tona, de acordo com Giuseppe Tosi (2019, p. 49), “o lado sombrio da história e da sociedade”, evidenciando, neste sentido, a constância do autoritarismo na democracia. Para Edson Teles e Vladimir Safatle (2010), a ditadura de 1964 a 1985 não terminou, mantendo-se na estrutura jurídico-política. O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Mello, ao referir-se aos manifestos pró-intervenção militar realizados em 2020, afirmou tratar-se de iminente risco à saúde da democracia brasileira (G1, 2020)⁶.

A ascensão de Bolsonaro à Presidência da República está relacionada, também, com a economia e, especificamente, com o neoliberalismo. Uma luta de maioria *versus* minorias. A desigualdade socioeconômica é constitutiva da história brasileira, mas encontrou com o novo texto constitucional as condições formais favoráveis de desmaterializar-se. Todavia, na leitura de Fernando Lattman-Weltman (2018, p. 356), a vontade na manutenção do *statu quo* e o risco da mobilidade social, mormente frente às minorias, desafiaram os interesses da maioria, cujo desiderato foi o ascender de “uma nova versão de fascismo tupiniquim”, consubstancializado em “aglutinar várias vertentes de reacionarismo”, embora sem conter “um real ou consistente projeto alternativo de ordem política”, senão – tão só – “a exposição de velhos preconceitos e novas intolerâncias”. Com efeito, na visão de Löwy (2020, p. 1), se o fascismo clássico tinha como ambição “a intervenção massiva do Estado na economia, o

⁶ O ex-Ministro do STF, Celso de Mello, comparou o cenário do Brasil atual com o contexto da Alemanha nazista. A íntegra da mensagem foi: “Guardadas as devidas proporções, o ‘ovo da serpente’, à semelhança do que ocorreu na República de Weimar (1919-1933), parece estar prestes a eclodir no Brasil! É preciso resistir à destruição da ordem democrática, para evitar o que ocorreu na República de Weimar quando Hitler, após eleito por voto popular e posteriormente nomeado pelo Presidente Paul von Hindenburg, em 30/01/1933, como chanceler (Primeiro-Ministro) da Alemanha (‘Reichskanzler’), não hesitou em romper e em nulificar a progressista, democrática e inovadora Constituição de Weimar, de 11/08/1919, impondo ao País um sistema totalitário de poder viabilizado pela edição, em março de 1933, da Lei (nazista) de Concessão de Plenos Poderes (ou Lei Habilitante) que lhe permitiu legislar sem a intervenção do Parlamento germânico! ‘Intervenção militar’, como pretendida por bolsonaristas e outras lideranças autocráticas que desprezam a liberdade e odeiam a democracia, nada mais significa, na novílingua bolsonarista, senão a instauração, no Brasil, de uma desprezível e abjeta ditadura militar!” (G1, 2020, p. 1).

neofascismo de Bolsonaro é totalmente identificado com o neoliberalismo”.

O neoliberalismo iniciou o seu desenvolvimento teórico na década de 1930 e alcançou a ação na década de 1970⁷. Ele não se mantém adstrito à seara econômica, mas, sim, difunde-se às esferas político-cultural, conformando-se como subjetividade. O referido neoliberalismo, no entanto, não se coaduna com a *história* de Bolsonaro. O atributo neoliberal constituiu-se como tática eleitoral. Esta é a leitura de Darlan Montenegro (2020, p. 70) ao considerar a vinculação de Bolsonaro ao “nacionalismo estatista em sua versão ultra-conservadora”, adotando-se, assim, “o receituário dos neoliberais” com o intento de receber a anuência do “mercado”; logo, a sua intencionalidade central “não é a agenda econômica ortodoxa”, senão, isto sim, “a agenda política, ideológica e cultural conservadora e autoritária”. Nesse sentido, reunindo o fascismo com o neoliberalismo, erigiu-se o governo de hoje, culminando, na análise de João Ricardo Dornelles (2020, p. 99), neste cenário:

No Brasil são tempos de irracionalidade, de ódio e intolerância, de fascismo social que a cada dia vai se transformando em práticas políticas de extermínio. A lógica fria do mercado convive em harmonia com as práticas do fascismo. Vivemos tempos onde Jair Bolsonaro chegou ao poder a partir da aliança das extremas-direitas fascistizadas com segmentos das oligarquias conservadoras liberais. O pior tipo de governo para a vida humana e para a paz. E o pior tipo de governo para o momento histórico que o mundo atravessa com a crise sanitária da saúde.

A pandemia de Covid-19 agudiza, com efeito, os dilemas brasileiros. Trata-se de uma realidade mundial, embora com traços locais. Identificado, a teor de Janaína Machado Sturza e Evandro Luís Sippert (2020, p. 191), como “um inimigo invisível e silencioso”, o fenômeno constitui, nos termos de Josué Medeiros, Jorge Chaloub,

⁷ As gestões de Augusto Pinochet como Presidente do Chile (1973-1990), Margareth Thatcher como Primeira-Ministra da Inglaterra (1979-1990) e Ronald Reagan como Presidente dos Estados Unidos da América (1981-1989) foram conduzidas à luz do neoliberalismo.

Pedro Luiz Lima e Pedro Benetti (2020, p. 1), “o maior evento geopolítico do século XXI”, alcançando relevância sobre “o 11 de setembro de 2001 e a crise econômica internacional de 2008”. No Brasil, a debilidade democrática, alicerçada na vulnerável *práxis* cidadã e na violação de direitos humanos, tem obstaculizado o enfrentamento do novo coronavírus. Tal cenário, vinculado à submissão da saúde aos interesses do mercado, além da austeridade fiscal e da redução de financiamento em educação e saúde, especialmente em ciência e tecnologia, conduziu ao elevado número de infectados e mortos (WERMUTH; MORAIS, 2020). A ameaça do autoritarismo, na visão de Noam Chomsky (2020), é, também, um dos seus resultados.

A vivacidade do Estado Democrático de Direito é desafiada frente à administração da crise. O vasto território nacional e o óbice à articulação institucional-social ao enfrentamento da pandemia de Covid-19 acarretam, consoante Renato Duro Dias (2020, p. 16), “uma trágica etapa historiográfica” ao Brasil. A figura presidencial tem, aliás, lugar de destaque porque, ao invés de unir esforços com os governadores e prefeitos, tem atuado em conflito. A ausência de diretrizes comuns, ocasionando informações cruzadas e contraditórias, desestimulou, na visão de Sandra Caponi (2020), a observância das recomendações de saúde. As orientações da OMS foram, inclusive, contestadas pelo chefe do Poder Executivo federal. Os governos estaduais e municipais assumiram, por conseguinte, a missão de liderar a luta. A postura de Bolsonaro, na acepção de Montenegro (2020, p. 71), exibiu o seu *modus operandi* como político, qual seja: “a guerra ideológica, baseada na mobilização de valores conservadores e na manipulação da informação”. Os atentados às minorias e a difusão de *fake news* marcam o cenário atual.

Há, no entanto, um elemento fundamental: a dicotomia vida *versus* economia. Neste – inacreditável – confronto, o Palácio do Planalto decidiu focar na economia em detrimento da vida (MEDEIROS; CHALOUB; LIMA; BENETTI, 2020; CORDERO, 2020; LIFSCHITZ, 2020). “O desprezo pela vida”, constatado nas arenas

institucionais e sociais, de acordo com Paiva (2020, p. 14), “não é um parêntese, mas uma realidade deprimente” com o desiderato de trazer à tona “a miséria política de um país incapaz de se entender como uma comunidade moral constituída por sujeitos de direito que, em tese, deveriam compartilhar de respeito, pelo menos, em relação às vidas uns dos outros”. A centralidade deste dilema refere-se, contudo, ao fato de a violação da vida estar vinculada, conforme Eduardo Brandão (2020), ao chefe da nação. É factível, porém, ter racionalidade na irracionalidade. “Partindo para o tudo ou nada”, nos termos de Juliana Neuenschwander e Marcus Giraldes (2020, p. 57), “ele cultiva o caos social para colher ditadura”. Uma vez mais, com efeito, a ameaça do autoritarismo.

A escolha entre vida e economia tem *razão de ser*. Neste sentido, o Boletim nº 10 de Direitos na Pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil, realizado pelo Centro de Pesquisas e Estudos de Direito Sanitário (CEPEDISA) da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP) e pela Conectas Direitos Humanos (2021, p. 6-7), afirma a existência de “uma estratégia institucional de propagação do vírus, promovida pelo governo brasileiro sob a liderança da Presidência da República”. Com efeito, “os resultados [da pesquisa] afastam a persistente interpretação de que haveria incompetência e negligência da parte do governo federal na gestão da pandemia”, pois “a sistematização de dados”, trazidos no aludido estudo, “revela o empenho e a eficiência da atuação da União em prol da ampla disseminação do vírus no território nacional” com vistas a “retomar a atividade econômica o mais rápido possível e a qualquer custo”. O resultado é “uma violação sem precedentes do direito à vida e do direito à saúde dos brasileiros”.

A violação de direitos humanos caminha *pari passu* com a crise da democracia. Há um entrelaçamento inevitável entre ambos. Logo, na lição de Gilmar Antonio Bedin e Giuseppe Tosi (2018), não há como consolidar a democracia sem os direitos humanos e não há como

efetivar os direitos humanos sem a democracia. Por isso, os direitos humanos não são afeitos ao autoritarismo: reivindicar o autoritarismo é, assim, conduzir-se na contramão dos direitos humanos. No Brasil, a democracia está em crise, mas o texto constitucional continua válido, embora não, necessariamente, alcance a materialização ambicionada com a sua formalização. Todavia, o sobredito documento é artifício, é criação, é invenção. Ele demanda, neste sentido, a vontade dos cidadãos. Sem o interesse de todos os setores institucionais e sociais, a teor de Vieira (2019, p. 11), de assumir discursos e ações em sintonia com o *nomos* constitucional, “não sairemos da armadilha em que nos metemos nos últimos anos”. Impera-se a construção e difusão de uma – nova – cultura cívico-democrática.

A Constituição Federal de 1988 viabilizou a edificação e a realização da democracia até o momento. Apesar dos obstáculos cada vez mais notórios, a normalidade constitucional ainda se mantém, mas a ameaça do autoritarismo tem se avizinhado com sintomas alarmantes. A pandemia de Covid-19 impactou o mundo em 2020 e, no Brasil, aprofundou os históricos dilemas cultural, econômico e político. A crise sanitária, a bem da verdade, refletiu as outras crises em curso, especificamente no tocante à atuação da Presidência da República. Não há como desconsiderar a contribuição do mandatário maior da nação aos níveis catastróficos de contaminação e morte em decorrência do novo coronavírus. A vida e a morte constituem-se, portanto, como elementos intrínsecos ao poder e à política. A próxima seção objetiva, por fim, refletir sobre a atuação do Poder Executivo frente à pandemia de Covid-19 no Brasil à luz da inscrição da vida e da morte como instrumentos de administração das liberdades ou – o que é o mesmo – dos direitos humanos.

3 VIDA E MORTE: A ATUAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA NA PANDEMIA DE COVID-19

A vida e a morte constituem-se como fenômenos interessantes nas interlocuções com o poder e a política. A pandemia de Covid-19 cristalizou uma crise sanitária mundial e trouxe à luz a atuação do Estado como elementar ao enfrentamento da doença. A soberania estatal foi fortalecida com as medidas adotadas nacionalmente, mas foi relativizada com as diretrizes estabelecidas internacionalmente. A administração da crise, que não é só da esfera da saúde, senão, isto sim, das esferas cultural, econômica e política, evidenciou as forças e os limites do tradicional Estado-nação. As liberdades dos seres humanos foram desafiadas, seja para, de um lado, proteger a vida, seja para, de outro lado, provocar a morte. O novo coronavírus impôs à humanidade dilemas de gestão da vida e da morte. A partir dos direitos humanos, a presente seção objetiva examinar, com efeito, a pandemia de Covid-19, especificamente na conjuntura brasileira, com referência ao biopoder ou biopolítica e ao necropoder ou necropolítica como *modus operandi* da governamentalidade no Palácio do Planalto.

Historicamente, o *Ancien Régime* centralizava a morte. Tratava-se do poder soberano de matar. Com o século XVII, porém, na visão de Michel Foucault (2001), a vida foi elevada aos cálculos e às estratégias de poder. Emergiu-se, então, o biopoder. O biopoder assumiu duas dimensões: em primeiro lugar, por volta do século XVII, a anátomo-política, baseada no corpo, com o intuito de torná-lo dócil e útil mediante a utilização de técnicas de disciplina, como o seu adestramento, o aumento das suas habilidades e a extorsão das suas forças; em segundo lugar, por volta do século XVIII, a biopolítica, consubstanciada na população, com a ambição de controlá-la através do uso de técnicas de regulação, como a taxa de natalidade, a taxa de mortalidade e o nível de saúde. A partir desta descrição, a tese foucaultiana (2001) define as disciplinas do corpo e as regulações da população como tecnologias de investimento sobre a vida, seja, a um, sobre o corpo do indivíduo, seja, a dois, sobre o corpo da população. Tem-se, neste sentido, uma dinâmica diversa de outrora.

A nova economia do poder não elimina, necessariamente, a velha mecânica do poder. O que se vislumbra é a condição de possibilidade de atuarem, ou não, em sintonia. Todavia, há modificações, essencialmente, na sua estruturação e manifestação. Para Foucault (2005, p. 287), a soberania do *Ancien Régime* baseava-se no direito de “fazer morrer ou deixar viver”, mas, atualmente, o direito refere-se a “fazer viver ou deixar morrer”. Verifica-se, nitidamente, a alternância das ênfases dadas em torno da vida e da morte, embora um direito não se afaste *in totum* do outro. Entre vida e morte, uma constatação, na visão foucaultiana (2005, p. 286), é notória: “uma espécie de estatização do biológico”. Em outras palavras, política e biologia tornam-se arenas interconectadas, conciliando esforços em prol da administração dos corpos, sejam individuais, sejam populacionais, o que se inicia com a anátomo-política e se intensifica com a biopolítica. Hoje, ainda, faz-se visível a contribuição das sobreditas técnicas de poder ou política aos intentos institucionais e/ou sociais.

A anátomo-política e a biopolítica, não obstante constituam ferramentais ascendidos entre os séculos XVII e XIX, mostram-se atuais. Um elemento fundamental é a ausência de substituição de uma em face da outra. Neste sentido, torna-se factível uma ser realizada sem a outra ou ambas serem colocadas, sincronicamente, em marcha. Há complementaridade, há interação, há sobreposição. Essa é a leitura de João Paulo Ayub (2015) ao considerar a união das técnicas disciplinares com as técnicas regulamentadoras. Assim, hodiernamente, na visão de Castor M. M. Bartolomé Ruiz (2016, p. 51), a vida dos seres humanos encontra-se incutida nos dispositivos do Estado ao tornar-se “instrumentalizada como recurso natural e governada como objeto produtivo”. Não há, aliás, como se falar da pandemia de Covid-19, mormente no Brasil, sem relacionar com a anátomo-política e a biopolítica, seja, de um lado, no tocante à disciplinarização do distanciamento social, seja, de outro lado, no tocante à regulamentação das estatísticas como instrumento de base do enfrentamento ao novo coronavírus.

O biopoder, neste sentido, externa-se em tempos de pandemia. Para Davi Maranhão de Conti (2020), o fenômeno em curso notabiliza o controle do Estado sobre os seres humanos, os quais são vislumbrados como *corpus* coletivo, o que é elementar da biopolítica, mediante a busca e a utilização de índices relativos à contaminação, à cura, à mortalidade. As sobreditas taxas numéricas viabilizam definir as medidas a serem adotadas, pois oferecem a dimensão da crise sanitária, cujo motor central é a vida ou a morte. A ortopedia social, concebida, a teor de Conti (2020), como a exibição da anátomo-política, dá-se com o controle da localização, da mobilidade, da obediência. Tudo isso evidencia, uma vez mais, a reunião das duas técnicas de poder e política. A pandemia de Covid-19 escancara os cálculos e as estratégias institucionais condutores da atuação frente à sociedade. Trata-se de uma realidade no Brasil, mas, também, nos outros Estados nacionais, colocando em cena – às vezes, mais; às vezes, menos – a vida como fator biológico a ser administrada politicamente.

A suplantação do velho direito de soberania, porém, não ocorreu. A morte continua a ser instrumentalizada. Para viabilizar a morte, Foucault (2005, p. 304) evidencia o nascimento do racismo de Estado como mecanismo de corte: “o corte entre o que deve viver e o que deve morrer”. Tem-se, com efeito, a estratificação das vidas, definindo-as em seu valor e, logo, em sua inserção no domínio estatal, seja com o fim de defendê-la, seja com o fim de abandoná-la. O racismo estatal tem duas funções, quais sejam: em primeiro lugar, estabelecer cesuras entre as raças e, em segundo lugar, matar um com a ambição de favorecer a vida de outro, embora a morte se refira tanto ao assassinio direto como ao assassinio indireto, considerado, na ótica foucaultiana (2005), como o acréscimo e a facilitação do risco da morte, assim como a morte em sua vinculação jurídico-política. A valoração das vidas é, assim, um atributo do biopoder, o qual seleciona as vidas em favor ou em detrimento das quais atuará; logo, a morte

mostra-se como fim, mas, essencialmente, como meio dos intentos estatais.

O racismo constitui-se, neste sentido, como subterfúgio ao anseio mortífero do Estado. A biopolítica, consubstanciada, principalmente, na vida, encontra no racismo a autorização de converter-se, consoante Laura Bazzicalupo (2017), em mecanismo condutor da morte. Porém, o racismo, não obstante atue, elementarmente, sobre a vida, culminando em morte, de acordo com André Duarte (2010), tem conotação natural, mas, também, cultural e econômica. Trata-se de dizer: os critérios da seleção estatal frente ao racismo envolvem a cultura e a economia. A biopolítica, a bem da verdade, na leitura de Daniele Lorenzini (2020, p. 1), não se configura com a oposição vida *versus* morte, senão, isto sim, “é melhor entendida como um esforço para organizar diferencialmente a área cinzenta entre elas”, constituindo-se, por conseguinte, como “política de vulnerabilidade diferencial”, haja vista o “estabelecimento de hierarquias no valor das vidas, produzindo e multiplicando a vulnerabilidade como meio de governar pessoas”. O biopoder, com efeito, não faz a vida e a morte se rechaçarem, senão, isto sim, duelarem.

O cenário pandêmico brasileiro materializa as referidas características da biopolítica. O entrave estabelecido entre vida e economia clarifica a classificação dos seres humanos com elementos naturais, mas, também, culturais e econômicos. A medida de distanciamento social tem se mostrado, cientificamente, inevitável. Todavia, ela não tem condição de ser exercida totalmente, especialmente em virtude da necessidade de sobrevivência. A recomendação não é observada, às vezes, voluntariamente, mas, às vezes, involuntariamente. Todos os indivíduos estão no mesmo mar, mas nem todos no mesmo barco. De um lado, os profissionais de saúde são considerados heróis – e, realmente, o são – no enfrentamento ao novo coronavírus; de outro lado, contudo, os trabalhadores em serviços essenciais, como as farmácias, os mercados e os restaurantes, são, eventual ou costumeiramente, desconsiderados. Esse é um dos

muitos retratos viáveis de serem elencados sobre a vulnerabilidade diferencial, utilizando-se do termo de Lorenzini (2020), no contexto nacional.

A estatização do biológico enseja a alterabilidade de um regime jurídico de soberania, alicerçado exclusivamente em bens e territórios, para um regime de “governo dos homens”. A vindoura dinâmica do poder e da política consiste, na visão de Ayub (2015, p. 77, grifos do autor), em várias “*artes de governar*”. A esse fenômeno, a teoria foucaultiana (2002; 2008b) atribui a denominação de “governamentalidade”, cujo neologismo, na leitura de Duarte (2010, p. 237), refere-se ao “instrumento heurístico” utilizado à “investigação da racionalidade” no tocante às “práticas de controle, vigilância e intervenção governamental sobre os fenômenos populacionais”, além de servir como “recurso analítico” destinado à “discussão das práticas de governo de tipo liberal”. Trata-se, derradeiramente, do *modus operandi* do biopoder ou, especificamente, da biopolítica conduzido, a teor de Foucault (2008b), não ao Estado, ao território ou à estrutura política, mas – sempre – aos seres humanos, sejam considerados como indivíduos, sejam considerados como coletividades.

Ao falar-se do (neo)liberalismo, a biopolítica evidencia os seus caracteres formativos. “A nova razão governamental”, nos termos foucaultianos (2008a, p. 86), demanda e consome “liberdade”. A liberdade, observados, no entanto, os interesses dos “soberanos”, encontra-se no coração do (neo)liberalismo. A realidade em curso demonstra isso. Verifica-se, novamente, a imbricação das searas econômica, política e – por que não dizer – cultural, essencialmente em virtude do (neo)liberalismo constituir-se, também, como modo de ser. Um contexto tal, na esteira de Duarte (2010, p. 271-272), retrata a necessidade de os seres humanos tentarem a assimilação com as vontades do mercado, pois “a manutenção e o incremento da qualidade de vida de uns continuam a implicar e exigir a destruição da vida de outros, tornando-lhes a vida supérflua e descartável”. Essa é a

dimensão da governamentalidade (neo)liberal. A política do Estado sujeita-se à economia do mercado. Nada destoante ao cenário do Brasil atual. Todavia, a administração da vida conduz-se *pari passu* com a administração da morte.

A biopolítica, *a priori*, carrega uma dimensão positiva sobre a vida, mas, *a posteriori*, comporta uma dimensão negativa. A violência é uma das marcas deste relacionamento entre a vida e a morte. Ao rebaixar umas vidas em face de outras com o intuito de melhor administrá-las, criam-se as lacunas destinadas à violência; viola-se a vida e – o que é o mesmo – violam-se os direitos humanos. Se isso for concebido como natural ou – melhor – naturalizado, tem-se a banalização do descarte da vida. O resultado, na lição de Ruiz (2016), é a mutabilidade da biopolítica em tanatopolítica. No entanto, a exacerbação da violência tem sido constatada no mundo afora, demonstrando, talvez, a centralidade da morte nos confins do Estado. Por isso, Achille Mbembe (2016, p. 146) cunhou as nomenclaturas “necropoder” e “necropolítica” com o intento de desvelar a contínua e incessante formação de “mundos de morte”, caracterizados como “formas novas e únicas da existência social”, devido à submissão de inúmeros seres humanos a condições absurdas e miseráveis, (re)definindo-os como “mortos-vivos”.

A biopolítica e a necropolítica não se excluem mutuamente. Elas se constituem como categorias analíticas e descritivas que, a bem da verdade, se complementam e retroalimentam. Essa é a leitura de Ariadna Estévez (2018, p. 37) ao evidenciar a existência dos dois conceitos em uma mesma situação, como, por exemplo, a migração, cujo contexto elucidada, de um lado, “el uso de la ley de asilo como biopolítica migratoria”, mas, de outro lado, “una necropolítica que expulsa a las personas de su país”. Um mesmo fenômeno, neste sentido, caracteriza-se ora como biopolítico e ora como necropolítico. Por isso, não há uma polarização entre os intentos da biopolítica, balizada na administração da vida, e da necropolítica, calcada na administração da morte, senão, isto sim, uma relação dialética de formação mútua (ESTÉVEZ, 2018). Essa situação, vislumbrada na

migração, atende, também, à pandemia de Covid-19, notadamente no Brasil, ao trazer à baila, sobretudo, a acentuação das vulnerabilidades das minorias frente ao vírus, perfectibilizando-se o racismo de Estado e o estado de exceção.

A partir desta conformação do poder e da política à luz da vida e da morte, impera-se a tarefa de relacioná-la ao evento em cena na atualidade, qual seja: a pandemia de Covid-19. A gestão da aludida crise sanitária é um desafio, seja por ser inesperada, seja por sua proporção. Os Estados nacionais, conforme Sara Patricia Quintero Cordero (2020, p. 548), não tendem a estar preparados para “un acontecimiento de tipo biológico, en el que se juega la vida de los gobernados”; logo, “las herramientas de planificación improvisadas resultan insuficientes para hacer frente a millones de muertes, ya sea por la crisis sanitaria o por la crisis social, a causa de la falta de un mínimo vital o de las fallas en los sistemas de salud pública”. Trata-se, realmente, de uma situação incerta, embora não totalmente incalculável devido à ocorrência de fenômenos semelhantes na história e a viabilidade de, mais cedo ou mais tarde, acontecer. Todavia, o desconhecido assusta e dificulta o seu enfrentamento, essencialmente se o Estado não contar com a estrutura necessária; no caso, a área da saúde.

A proliferação mundial do vírus conduziu as lideranças nacionais e internacionais a atuarem, conjunta ou separadamente, com vistas a minimizar os efeitos deletérios da doença. Porém, as limitadas, controversas e contestadas informações sobre o novo coronavírus foram obstáculos ao desafio de enfrentá-lo. Um cenário assim estabelecido acarretou, de acordo com Cordero (2020), a adoção de medidas comuns: de um lado, a defesa da vida, notabilizada com o controle de mobilidade, o fechamento de fronteiras e a sentinela dos indivíduos; e, de outro lado, a defesa da economia, consubstanciada na manutenção das atividades e na viabilidade do consumo. Não se trata, nitidamente, de um roteiro adotado indistintamente. O confronto entre o Estado e a pandemia não se deu uniformemente nos países.

Apesar de a OMS, devido ao seu caráter supraestatal, ter emitido orientações, a soberania dos Estados nacionais exibiu-se, vez ou outra, como embaraço ao alcance da finalidade, em tese, comum da humanidade, qual seja: combater a Covid-19. No Brasil, a atuação da Presidência da República não foi diferente.

A pandemia tem a tendência de ser circunstancial. Após a imunização dos indivíduos, o índice de infecção diminui substancialmente ou, inclusive, inexistente. Porém, o enfrentamento estatal frente ao vírus não deveria ser tão só imediatista. Neste sentido, não obstante o intento de evitar a contaminação e a morte, a maioria das medidas tomadas não abarca, na leitura de Cordero (2020, p. 551), o investimento no sistema público de saúde, senão, isto sim, soluções baratas e momentâneas como “fortalecer las políticas de seguridad y vigilancia, apropiarse de la libertad de los habitantes y crear límites y fronteras de reclusión con el confinamiento”. A partir disso, exsurtem motivos possíveis: ou o Estado não tem condições financeiras de arcar com os investimentos no setor da saúde, ou o Estado não está interessado em defender-se de eventos similares no futuro, ou – o que é, aliás, o mais preocupante – o Estado ambiciona o autoritarismo ao utilizar-se arditamente de um fenômeno acidental com vistas a alcançar o seu intento, entre outras variáveis.

Torna-se válido, a bem da verdade, evidenciar o autoritarismo e seus desdobramentos em relação à pandemia de Covid-19. O surto do novo coronavírus foi descoberto na China e o enfrentamento deu-se imediatamente com a adoção de medidas, eminentemente, autoritárias. Para Byung-Chul Han (2020), os Estados nacionais situados na Ásia, incluindo a China, têm uma mentalidade autoritária e os cidadãos são mais obedientes; logo, a consciência crítica em face da violação das liberdades fundamentais não se verifica, embora os resultados frente à Covid-19 tenham sido favoráveis se colocados lado a lado com outras nações. A pandemia de Covid-19, aliás, nos termos de Marcos Lacerda (2020, p. 75, grifos do autor), notabiliza uma “*autoconsciência pública da biopolítica* como forma de governança não só inevitável, mas mesmo desejável”, e, por conseguinte, “não

haveria momento mais propício para a construção de um regime de exceção global”, haja vista a maior anuência ou à menor contestação às medidas de verniz autoritário ou outra definição semelhante.

A existência de condições favoráveis à instauração do estado de exceção, seja em nível mundial, seja em nível nacional, tem chamado a atenção na atualidade. Impera-se defini-lo: o estado de exceção, a teor de Giorgio Agamben (2018, p. 13), constitui-se como “um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” mediante a suspensão, parcial ou total, da ordem jurídica, cuja regra, ao ser suspensa, oportuniza a exceção, configurando, assim, nos termos agambenianos (2007, p. 26, grifos do autor), a chamada “*relação de exceção*”. Neste sentido, o estado de exceção, conforme Rafael Valim (2018), está relacionado ao Estado de Direito, necessitando deste como referência à sua ascensão, pois, consoante Ruiz (2012), se a instituição estatal estivesse balizada no autoritarismo ou outras formas correlatas, não haveria *razão de ser* ao estabelecimento do estado de exceção em virtude de o soberano administrar livremente à diferença do Estado de Direito. Por isso, as medidas restritivas de liberdade no enfrentamento ao novo coronavírus têm desafiado o Estado (Democrático) de Direito.

O estado de exceção não necessita ser declarado formalmente com o intuito de surtir efeitos. Trata-se, aliás, da tese central de Agamben (2007; 2018) ao considerar a existência do estado de exceção nas relações institucionais e sociais dos chamados Estados (Democráticos) de Direito. O trasbordamento dos limites jurídico-políticos estabelecidos nos seus respectivos textos constitucionais evidencia a excepcionalidade, embora, eventual ou costumeiramente, não tenha o condão de ser constatada facilmente. Reside nessa situação, a bem da verdade, a sua característica de indiscernibilidade, pois, *a priori*, no bojo das leis, os direitos humanos são assegurados, mas, *a posteriori*, no bojo dos fatos, os direitos humanos são infringidos. No Brasil, a manutenção do autoritarismo na democracia caminha neste sentido. Em que pese a Constituição Federal de 1988

continue válida, a sua concretização é obstada em virtude das investidas antidemocráticas colocadas, histórica e, sobretudo, recentemente, em curso. Tem-se, assim, a reverberação da assertiva agambeniana (2007; 2018).

A relativização de direitos humanos, especialmente no tocante à locomoção, reivindica a avaliação acerca da sua necessidade à luz do cenário em tela. Ao considerar a atuação das lideranças em escala mundial, Ruiz (2020, p. 1) constatou a adoção de “medidas de exceção”. A biopolítica, aliás, abarca o dispositivo da exceção, o qual, na lição de Ruiz (2020, p. 1), não é, constitutivamente, “perverso”, mas, sim, válido nos casos de “decisões rápidas e eficientes perante emergências e crises agudas”, como a pandemia de Covid-19. Há, porém, um dilema: o dispositivo biopolítico da exceção deve ser utilizado excepcionalmente; se assim o for, ele tem o condão de ser satisfatório ao motivo da sua criação; todavia, a tendência é de torná-lo uma técnica duradoura nos confins do Estado (RUIZ, 2020). Essa denúncia, aliás, foi trazida à baila por Agamben (2020a; 2020b; 2020c) antes, mesmo, do reconhecimento da situação de pandemia pela OMS, recebendo inúmeras críticas devido ao teor da sua contestação à adoção de medidas restritivas de liberdade⁸.

A partir da ameaça suscitada com a excepcionalidade característica das medidas de enfrentamento à pandemia de Covid-19 no mundo, impera-se a tarefa de desvelar as nuances locais. O texto

⁸ A leitura de Giorgio Agamben (2020a; 2020b; 2020c) considera a utilização da pandemia de Covid-19 como um pretexto à instauração de estado de exceção e, com efeito, contesta a adoção do isolamento social, concebido como violação ao direito de ir e vir, em virtude de afrontar a liberdade do indivíduo, cujo risco central é retratado frente à ausência de resistência da sociedade às medidas de enfrentamento decretadas no mundo afora e, especificamente, na Itália, onde reside. Para os críticos, a sua visão está desconectada da realidade e – por que não dizer – da ciência devido à necessidade da relativização de direitos humanos com o intuito de defender, sobretudo, a saúde dos cidadãos; logo, a ausência de atuação do Estado acarretaria mais contaminação e mais morte, violando, então, o valor fundamental da existência, qual seja: a vida; todavia, há um consenso: as restrições das liberdades basilares dos seres humanos devem ocorrer durante a pandemia de Covid-19 e, não havendo mais a crise sanitária em tela, ser descartadas com vistas à manutenção da ou ao retorno à normalidade democrática e não autoritária. Neste sentido, consultar: Carla Rodrigues, Ana Carolina Martins, Caio Paz, Isabela Pinho e Juliana de Moraes Monteiro (2020), Eduardo Brandão (2020), Gerard Delanty (2020), Ricardo Evandro Santos Martins (2020) e Yara Frateschi (2020a; 2020b).

constitucional de 1988, na leitura de Ana Suelen Tossige Gomes e Andityas Soares de Moura Costa Matos (2017, p. 1.777), elenca “institutos jurídicos excepcionais” até o momento não utilizados, embora isso não obste a ocorrência de “instrumentos excepcionais” usados como “técnica de governo”, notabilizando a existência difusa e mesclada do estado de exceção com o Estado de Direito, especialmente devido às raízes nacionais autoritárias. Com efeito, na lição de Wermuth e Nielsson (2018, p. 113), a democracia esfacela-se e transforma-se em “simulacro” ao retirar os direitos humanos de cena. Um dos motivos essenciais desta conformação, a teor de Valim (2018, p. 40, grifos do autor), refere-se à manutenção de traços autoritários na sociedade, hostil, ironicamente, aos direitos humanos, refletindo na *“facilidade com que a exceção não só é assimilada, como também dissimulada em seu seio”*.

A pandemia de Covid-19 escancara, a bem da verdade, o sobredito contexto. A partir da atual situação na política nacional, Ruiz (2020, p. 1) vislumbra a viabilidade de “poderes de exceção”, nas mãos do chefe do Poder Executivo federal, constituírem “a oportunidade” de ele “neutralizar” as forças judiciais e políticas com a ambição de “agir com arbitrariedade em diversos atos de governo”. No caso do enfrentamento ao novo coronavírus, porém, a atuação do Palácio do Planalto tem sido de falta, desconsiderando a crise sanitária ao estabelecer o duelo entre vida e economia. A biopolítica não tem o condão, necessariamente, de conduzir ao estado de exceção, conforme Javier Alejandro Lifschitz (2020, p. 83-84), mas, no Brasil, os olhos não devem ficar atônitos com a demasia de medidas restritivas de liberdade, senão, isto sim, com “a falta de biopolíticas que protejam a saúde da população”. A omissão – quiçá, intencional – decorre da história brasileira, marcada, consoante Márcia Pereira Leite (2020), com a valoração das vidas dos cidadãos. Uma biopolítica transmutada em necropolítica.

A vida sai de cena e abre caminho à morte. Tem-se uma nova instrumentalização com o intuito de administrar os cidadãos. As ações

e os discursos do Palácio do Planalto alusivos à pandemia de Covid-19, nos termos de Mariana Thorstensen Possas, Andrija Oliveira Almeida e Karla Matias (2020, p. 2), “incorporam a morte como estratégia política central”. A referida identificação tem o condão de retirar a morte do seu *status* de resultado involuntário e colocá-la no *status* de intencionalidade. Cuida-se, realmente, de uma severa denúncia. Esse cenário está relacionado a vários fatores locais, tanto atuais como históricos, como “as desigualdades sociais, a concentração de renda, a precarização das condições de trabalho dos mais pobres”, assim como “o processo de desestruturação e subfinanciamento do Sistema Único de Saúde (SUS)”, cujo desiderato é as elevadas cifras de contaminação e morte decorrentes do novo coronavírus (POSSAS; ALMEIDA; MATIAS, 2020, p. 6). Com efeito, a governamentalidade brasileira transita entre biopolítica e necropolítica, ratificando, novamente, a relação de complementaridade e retroalimentação dos aludidos conceitos delineada em Estévez (2018).

A vulnerabilidade das vidas mostra-se, uma vez mais, no mundo e no Brasil. Por isso, tem-se a tarefa de enfrentá-la com o intuito de considerar a humanidade constitutiva de todos os seres humanos. A pandemia de Covid-19 traz à tona, de acordo com Antonio Pérez Tapias (2020, p. 1), “o preço, e não só monetário, pago por submeter a saúde [...] a critérios de mercado, primando o privado frente ao público”. Impera-se a missão de rever a dicotomia entre vida e economia, que no Brasil, aliás, encontrou substancial concretude na Presidência da República, demonstrando a seletividade do poder e da política sobre a vida e a morte à luz dos interesses do mercado neoliberal, cuja situação evidencia a classificação dos indivíduos em termos culturais, econômicos e políticos. A desigualdade mostra a sua cara. Logo, faz-se necessário não somente combater o novo coronavírus, mas, sim, os dilemas tanto nacionais como mundiais, desconstituindo a trama de elevação de umas vidas em face de outras. Torna-se inevitável, neste sentido, refletir com Mbembe (2020, p. 1):

Antes deste vírus, a humanidade já estava ameaçada de asfixia. Se houver guerra, portanto, ela não será contra um vírus em particular, mas contra tudo o que condena a maior parte da humanidade à cessação prematura da respiração, tudo o que ataca sobretudo as vias respiratórias, tudo que, durante a longa duração do capitalismo, terá reservado a segmentos de populações ou raças inteiras, submetidas a uma respiração difícil e ofegante, uma vida penosa. Para escapar disso, contudo, é preciso compreender a respiração para além de seus aspectos puramente biológicos, como algo que é comum a nós e que, por definição, escapa a todo cálculo. Estamos falando, portanto, de um direito universal à respiração.

É preciso respirar. Para respirar, é preciso ser livre. Para ser livre, é preciso respirar. É preciso ser livre. A vida e a morte mostram-se imbricadas com o poder e a política. Os tempos de pandemia de Covid-19 clarificam a estatização do biológico, seja em termos de biopoder ou biopolítica, seja em termos de necropoder ou necropolítica. A atuação das lideranças tanto nacionais como internacionais no enfrentamento ao novo coronavírus ocorre, de um lado, com ação e, de outro lado, com omissão. O Brasil ora conduz-se à ação e ora conduz-se à omissão. O resultado do duelo estabelecido entre vida e economia exhibe-se, diariamente, com o número exacerbado de infectados e de mortos. Com a comunhão de fascismo com neoliberalismo, a Presidência da República Federativa do Brasil alinha-se aos ideais autoritários, contrastando, portanto, com os valores do Estado Democrático de Direito edificado na Constituição Federal de 1988. A pandemia de Covid-19 acentuou o desafio de lutar em prol da democracia. Em tempos sombrios, urge, por fim, a missão de resistir às investidas autoritárias.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 desafia o mundo e escancara os dilemas da humanidade. No Brasil, a crise sanitária intensificou as crises cultural, econômica e política. O enfrentamento ao novo coronavírus acentuou a reorientação da bússola autoritária e

democrática da história nacional. A Constituição Federal de 1988 edificou um Estado Democrático de Direito. As três décadas viabilizaram melhoras substanciais à vida dos brasileiros com o atendimento, seja em menor, seja em maior grau, dos direitos humanos. Porém, na atualidade, o risco de retrocesso é clarividente. A partir deste cenário, o estudo em tela assumiu a tarefa de avaliar a atuação da Presidência da República no combate à Sars-CoV-2. Ao analisar os acontecimentos recentes da história nacional e refletir a centralidade da vida e da morte na administração conduzida no Palácio do Planalto, verificou-se, a título de considerações finais, corroborando a hipótese embrionária da pesquisa, a existência de sinuosidades autoritárias, baseadas no fascismo e no neoliberalismo, como atentado aos direitos humanos.

O fascismo e o neoliberalismo constituem-se como artefatos relacionados à cultura, à economia e à política. Por isso, eles formam subjetividade. Produz-se um estado de coisas com *razão de ser*; no Brasil, tem sido o esvaziamento de sentido do *nomos* constitucional e, com efeito, dos direitos humanos. O resultado é a ascensão do autoritarismo. A relação entre Estado, mercado e sociedade necessita ser revista, seja para uma tentativa de conciliação com o capitalismo, seja para uma tentativa de (r)evolução em prol de uma nova ordem institucional e social. Para um ou outro caminho, os olhos devem estar voltados à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. No entanto, a democracia encontra-se em crise. A democracia, a bem da verdade, é uma contínua construção e, neste sentido, a crise está em sua essência. Torna-se necessário (re)definir, constantemente, a sua direção. A pandemia de Covid-19 desafiou o mundo e, especificamente, o Brasil à aceleração deste movimento. A tarefa situa-se nas mãos de todos com vistas, aliás, à defesa da vida como direito humano basilar.

A pandemia de Covid-19 notabilizou a biopolítica de seleção das vidas que importam e das vidas que são passíveis de eliminação. O resultado é a tanatopolítica. Poder-se-ia, no entanto, afirmar a existência de uma necropolítica. A biopolítica e a necropolítica, aliás,

não se excluem mutuamente, mas, sim, articulam-se na administração da vida e da morte. O enfrentamento ao novo coronavírus tem demandado a adoção de medidas, vez ou outra, desalinhadas com a normalidade com o intuito de salvaguardar o bem maior, qual seja: a vida. A relativização de direitos humanos necessita da observância de limites jurídico-políticos e – por que não dizer – éticos para não debilitar os valores fundantes do Estado (Democrático) de Direito e conduzir ao estado de exceção. No Brasil, porém, é como se ocorresse o inverso: a ausência de atuação do Palácio do Planalto à contenção do número de infectados e mortos tem viabilizado a afronta aos direitos humanos. O estado de exceção vem da falta e não do excesso. Isso não é, necessariamente, aleatório. O poder está na omissão e não na ação. Trata-se de uma opção. O desiderato desta escolha tem sido a morte. As cifras falam *per se*.

O fenômeno suscitado com a Sars-CoV-2 constitui-se como crítico, mas, também, relevante à história da humanidade. O pensamento é convidado a vir à luz. O ano de 2020 e, atualmente, o ano de 2021 evidenciam a conformativa vulnerabilidade dos seres humanos, a solidariedade como condição inevitável à sobrevivência e a necessidade da atuação do Estado em favor da vida. No Brasil, o enfrentamento ao novo coronavírus foi obstaculizado devido às intentadas autoritárias incutidas nas instituições democráticas. Trata-se, a bem da verdade, do reflexo do ciclo autoritário e democrático da história nacional, mas com as idiosincrasias da arena cultural, econômica e política do século XXI retratadas com a biopolítica transmutada, eventual ou costumeiramente, em necropolítica. Torna-se inevitável resistir. A resistência é elementar à missão de enfrentar as tentativas de debilitar a democracia. Urge, portanto, que se revolte civicamente contra os que se revoltam em face do Estado Democrático de Direito. Eis o desafio, por fim, em defesa dos direitos humanos.

Data de Submissão: 22/03/2021

Data de Aprovação: 11/06/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Maria Joaquina Cavalcanti

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Contagio. *In: AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (ASPO). **Sopa de Wuhan:** pensamiento contemporaneo en tiempos de pandemias. [S. l.]: ASPO, 2020a. p. 31-33.*

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. 6. reimp. São Paulo: Boitempo, 2018.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. La invención de una pandemia. *In: AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (ASPO). **Sopa de Wuhan:** pensamiento contemporaneo en tiempos de pandemias. [S. l.]: ASPO, 2020b. p. 17-19.*

AGAMBEN, Giorgio. Reflexiones sobre la peste. *In: AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (ASPO). **Sopa de Wuhan:** pensamiento contemporaneo en tiempos de pandemias. [S. l.]: ASPO, 2020c. p. 135-137.*

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia.** São Paulo: Todavia, 2019.

AYUB, João Paulo. **Introdução à analítica do poder de Michel Foucault.** São Paulo: Intermeios, 2015.

BAZZICALUPO, Laura. **Biopolítica:** um mapa conceitual. Tradução de Luisa Rabolini. São Leopoldo: Unisinos, 2017.

BEDIN, Gilmar Antonio; TOSI, Giuseppe. Direitos humanos: uma conquista civilizatória. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 6, n. 12, p. 297-301, jul./dez. 2018.

Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/840>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRANDÃO, Eduardo. Algumas reflexões sobre pandemia e filosofia no Brasil. **Voluntas: Revista Internacional de Filosofia**, Santa Maria, v. 11, Edição Especial Pandemia e Filosofia, p. 1-6, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/voluntas/article/view/44006>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. **Covid-19: Paineis Coronavírus**. Brasília: Ministério da Saúde, 2021.

CAPONI, Sandra. Covid-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 209-224, maio/ago. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200209&tlng=pt. Acesso em: 30 jan. 2021.

CEPEDISA/USP; CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Boletim n. 10 – Direitos na Pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil**. São Paulo: CEPEDISA/USP; Conectas Direitos Humanos, 2021.

CHOMSKY, Noam. Não podemos deixar a Covid-19 nos levar ao autoritarismo. **Blog da Boitempo**, 26 de março de 2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/03/26/chomsky-nao-podemos-deixar-o-covid-19-nos-levar-ao-autoritarismo/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CONTI, Davi Maranhão de. Em tempos de pandemia: biopolítica, política internacional e exceção humana. **Revista Estudos Libertários**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 1-6, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/estudoslibertarios/article/view/34517>. Acesso em: 30 jan. 2021.

CORDERO, Sara Patricia Quintero. La inseguridad colectiva: respuestas a lo inesperado. **Revista Científica General José María Córdova**, Bogotá, v. 18, n. 31, p. 547-564, 2020. Disponível em: <https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/615>. Acesso em: 30 jan. 2021.

DELANTY, Gerard. Seis filosofias políticas em busca de um vírus: perspectivas críticas sobre a pandemia de Covid-19. **Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Reflexões na Pandemia, p. 1-10, 2020. Disponível em: <https://www.reflexpandemia.org/texto-13>. Acesso em: 30 jan. 2021.

DIAS, Renato Duro. Governamentalidade, biopolítica e vida precária: a pandemia de Covid-19 no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso**

de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 15, n. 2, p. 1-26, 2020.
Disponível em:
<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43634>.
Acesso em: 24 set. 2020.

DORNELLES, João Ricardo. Necrocapitalismo e neofascismo em tempos de peste. *In*: AUGUSTO, Cristiane Brandão; SANTOS, Rogerio Dultra dos (Org.). **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 90-110.

DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ECO, Umberto. **Fascismo eterno**. Tradução de Eliana Aguiar. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

ESTÉVEZ, Ariadna. Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos? **Espiral – Estudios sobre Estado y Sociedad**, Guadalajara, v. 25, n. 73, p. 9-43, set./dez. 2018. Disponível em: <http://www.espiral.cucsh.udg.mx/index.php/EEES/article/view/7017>. Acesso em: 16 mar. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil**: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias. Concepção e coordenação técnica de Renato Sérgio de Lima. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/04/FBSP_indice_propensao_apoio_posicoes_autoritarios_2017_relatorio.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade**: o governo de si e dos outros II – Curso no Collège de France (1983-1984). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. 4. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 14. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FRATESCHI, Yara. Agamben sendo Agamben: o filósofo e a invenção da pandemia. **Blog da Boitempo**, 12 de maio de 2020a. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/05/12/agamben-sendo-agamben-o-filosofo-e-a-invencao-da-pandemia/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

FRATESCHI, Yara. Essencialismos filosóficos e “ditadura do corona”: sobre Giorgio Agamben, mais uma vez. **Blog da Boitempo**, 29 de maio de 2020b. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/05/29/essencialismos-filosoficos-e-ditadura-do-corona-sobre-giorgio-agamben-mais-uma-vez/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

G1. Celso de Mello compara Brasil a Alemanha nazista e diz que apoiadores de Bolsonaro ‘odeiam’ democracia. **G1 Política**, 01 de junho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/01/celso-de-mello-ve-semelhanca-entre-brasil-atual-e-alemanha-nazista-e-diz-que-apoiadores-de-bolsonaro-odeiam-democracia.ghtml>. Acesso em: 30 jan. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. O estado de exceção no Brasil republicano. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.760-1.787, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21373/21383>. Acesso em: 10 jan. 2021.

HAN, Byung-Chul. La emergencia viral y el mundo de mañana. *In: AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO (ASPO)*. **Sopa de Wuhan**: pensamiento contemporaneo en tiempos de pandemias. [S. l.]: ASPO, 2020. p. 97-111.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte 1. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia**. Tradução de João Pedro George. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

LACERDA, Marcos. Governança na pandemia: a ciência como regulação moral e os problemas da biopolítica. **Revista Simbiótica**, Vitória, v. 7, n. 1, p. 69-86, 2020. Disponível em: <https://www.periodicos.ufes.br/simbiotica/article/view/30983>. Acesso em: 30 jan. 2021.

LATTMAN-WELTMAN, Fernando. 30 anos esta noite: velhos e novos desafios à democracia no Brasil. **Locus: Revista de História**, Juiz de Fora, v. 24, n. 2, p. 331-356, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20883/11257>. Acesso em: 10 jan. 2021.

LEITE, Márcia Pereira. Biopolítica da precariedade em tempos de pandemia. **Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Reflexões na Pandemia, p. 1-16, 2020. Disponível em: <https://www.reflexpandemia.org/texto-23>. Acesso em: 30 jan. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIFSCHITZ, Javier Alejandro. Pandemia: qual biopolítica? *In*: AUGUSTO, Cristiane Brandão; SANTOS, Rogerio Dultra dos (Org.). **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 77-89.

LORENZINI, Daniele. Biopolítica nos tempos do coronavírus. **Instituto Humanitas Unisinos**, 11 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598029-biopolitica-nostempos-do-coronavirus-artigo-de-danielelorenzini>. Acesso em: 30 jan. 2021.

LÖWY, Michael. O neofascista Bolsonaro diante da pandemia. **Blog da Boitempo**, 28 de abril de 2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/04/28/michael-lowy-o-neofascista-bolsonaro-diante-da-pandemia/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. O vírus neoliberal no Brasil e a polêmica com Giorgio Agamben. **Voluntas: Revista Internacional de Filosofia**, Santa Maria, v. 11, Edição Especial Pandemia e Filosofia, p. 1-8, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/voluntas/article/view/44019/pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 122-151, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 30 jan. 2021.

MBEMBE, Achille. **O direito universal à respiração**. Tradução de Ana Luiza Braga. São Paulo: n-1 edições, 2020. Disponível em: <https://www.n-1edicoes.org/textos/53>. Acesso em: 30 jan. 2021.

MEDEIROS, Josué; CHALOUB, Jorge; LIMA, Pedro Luiz; BENETTI, Pedro. A pandemia, o bolsonarismo e a tragédia da democracia brasileira. **Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Reflexões na Pandemia, p. 1-15, 2020. Disponível em: <https://www.reflexpandemia.org/texto-29>. Acesso em: 30 jan. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe. **O colapso da democracia no Brasil: da constituição ao golpe de 2016**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Expressão Popular, 2019.

MONTENEGRO, Darlan. O Covid-19 e nosso longo transe político. *In*: AUGUSTO, Cristiane Brandão; SANTOS, Rogerio Dultra dos (Org.). **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 63-76.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

NEUENSCHWANDER, Juliana; GIRALDES, Marcus. “Amanhã vai ser outro dia”? Reflexões sobre as questões do presente no mundo em crise. *In*: AUGUSTO, Cristiane Brandão; SANTOS, Rogerio Dultra dos (Org.). **Pandemias e pandemônio no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45-59.

NIELSSON, Joice Graciele; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **É isto um golpe?** A (in)discernibilidade entre democracia e exceção no Brasil contemporâneo. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

PAIVA, Luiz Fábio S. ‘É só uma gripezinha’: o bolsonarismo contra a sociedade em tempos de pandemia. **Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Reflexões na Pandemia, p. 1-18, 2020. Disponível em: <https://www.reflexpandemia.org/texto-28>. Acesso em: 30 jan. 2021.

POSSAS, Mariana Thorstensen; ALMEIDA, Andrija Oliveira; MATIAS, Karla. ‘E daí?’: respostas à pandemia e gestão da morte no Brasil. **Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Reflexões na Pandemia, p. 1-10, 2020.

Disponível em: <https://www.reflexpandemia.org/texto-47>. Acesso em: 30 jan. 2021.

RODRIGUES, Carla; MARTINS, Ana Carolina; PAZ, Caio; PINHO, Isabela; MONTEIRO, Juliana de Moraes. Agamben sendo Agamben: por que não? **Blog da Boitempo**, 16 de maio de 2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/05/16/agamben-sendo-agamben-por-que-nao/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re) leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**, ano 10, n. 39. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos, 2012.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Banalização biopolítica de uma violência radical. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, v. 1, n. 28, p. 51-70, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/116278/113905>. Acesso em: 24 set. 2020.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Questões éticas da biopolítica na pandemia que nos assombra. **Instituto Humanitas Unisinos**, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597369-questoes-eticas-da-biopolitica-na-pandemia-que-nos-assombra>. Acesso em: 30 jan. 2021.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Quando acaba o século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SEN, Amartya. **El valor de la democracia**. Madri: El Viejo Topo, 2005.

SOARES, Luiz Eduardo. **O Brasil e seu duplo**. São Paulo: Todavia, 2019.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Tradução de Bruno Alexander. 3. ed. Porto Alegre: L&PM, 2019.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luís. A pandemia Covid-19 como um inimigo invisível e silencioso: o direito à saúde em tempos de sobrevivência. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 19, n. 42, p. 189-216, maio/ago. 2020. Disponível em:

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54163>
. Acesso em: 08 jun. 2021.

TAPIAS, Antonio Pérez. Entre o risco e o medo, a biopolítica em alta. **Instituto Humanitas Unisinos**, 17 de março de 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/597147-entre-o-risco-e-o-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 30 jan. 2021.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. Apresentação. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 9-12.

TERRA. Relembre as frases polêmicas de Bolsonaro sobre a pandemia. **Terra Política**, 28 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/relembre-as-frases-polemicas-de-bolsonaro-sobre-a-pandemia,61d222c42a1a30f2cde281a03976f712il3f1rg8.html>. Acesso em: 30 jan. 2021.

TOSI, Giuseppe. Democracia e direitos humanos: uma conquista civilizatória ameaçada no Brasil e no mundo. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 7, n. 1, p. 33-59, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/659/280>. Acesso em: 10 jan. 2021.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. 2. reimp. São Paulo: Contracorrente, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Da exceção agambeniana à constituição planetária de Ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 15, n. 1, p. 1-29, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43057>. Acesso em: 24 set. 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. A (in)discernibilidade entre democracia e estado de exceção no Brasil contemporâneo: uma leitura a partir de Giorgio Agamben. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 93-116, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20662/95965>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Pandemic And Human Rights: The Administration Of Life And Death In Brazil

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

André Giovane de Castro

Abstract: The Covid-19 pandemic challenges the State and society with human rights implications. The confrontation with the world health crisis meets several obstacles in Brazil. By revisiting the concepts of biopolitics in Michel Foucault and necropolitics in Achille Mbembe, the reorientation of the authoritarian and democratic compass of national history is problematized with the actions of the Presidency of the Republic in face of the life and death of citizens. The hypothesis, at the end of the study corroborated by way of conclusion, verifies the assumption of the new coronavirus as intensifying the democratic conversion toward authoritarianism by revealing in the Planalto Palace the disregard for the need to unite efforts and the dichotomization of life *versus* economy with the result of death, evidencing, therefore, the violation of human rights. The text is structured in two sections and aims, respectively: a) to analyze current Brazil in light of the authoritarian and democratic cycle of national history; and b) to reflect the performance of the Presidency of the Republic with the instrumentalization of life and death in the face of the alluded health crisis. The phenomenological-hermeneutic method, the qualitative approach, the exploratory technique and the bibliographic and documental procedures constitute the methodology.

Keywords: Authoritarianism; Biopolitics; Democracy; Necropolitics; Presidency of the Republic.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.58575>


Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



A Importância Dos Precedentes Judiciais Em Tempos De Crise: Uma Análise A Partir Da Experiência Da Covid-19 No Brasil

Alexandre de Castro Catharina *

Universidade Estácio de Sá, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro-RJ, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-3999-229X>

Resumo: A pandemia de Covid-19 provocou impactos sem precedentes em diversos países, independente das condições econômicas, geográficas e do posicionamento político. As consequências do isolamento social, em suas dimensões horizontal e vertical, foram amplas e não se sabe, ao certo, seus efeitos e extensão. Dentre os problemas engendrados pela Covid-19, o impacto nas relações jurídicas estabelecidas possui grande repercussão, o que demandou estabelecimento de marcos regulatórios claros para se garantir segurança jurídica e isonomia na apreciação das diversas questões jurídicas, de direito público e privado, levadas a efeito. É neste sentido que a denominada jurisprudência da crise ganhou importância e eficácia enquanto parâmetro normativo. Partindo desta premissa, o trabalho tem como objetivo analisar a importância dos precedentes judiciais editados no contexto da crise e o papel exercido na estabilização e integração da ordem jurídica. A metodologia de pesquisa utilizada no trabalho consiste no levantamento bibliográfico articulado com a técnica qualitativa documental consubstanciada na análise de decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Conclui-se, portanto, que um dos principais legados da crise causada pela pandemia diz respeito à sua contribuição para compreensão acerca da formação dos precedentes judiciais e sua aplicação na prática judiciária brasileira.

Palavras Chave: Provimentos jurisdicionais vinculantes. Pandemia. Segurança jurídica.

* Doutor em Sociologia pela UCAM. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pós-doutorando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. E-mail: alexandre.catharina@hotmail.com.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.52117>

A Importância Dos Precedentes Judiciais Em Tempos De Crise: Uma Análise A Partir Da Experiência Da Covid-19 No Brasil

Alexandre de Castro Catharina¹

1 INTRODUÇÃO

A pandemia causada pela Covid-19 foi uma das maiores vivenciada pela humanidade nas últimas décadas. Além dos aspectos sanitários, a crise pandêmica desestabilizou o sistema político, jurídico e econômico de diversos países. As tensões políticas ocorridas nos EUA e na Inglaterra nos primeiros meses da pandemia, apenas para exemplificar, demonstraram a inabilidade dos governantes em lidar com a letalidade do vírus. No Brasil, a suposta clivagem entre medidas emergenciais e riscos econômicos, agravada pelo negacionismo, concorreu para aumentar a instabilidade jurídica e política em diversos setores da sociedade.

Boaventura de Sousa Santos (2020, p. 5), ao analisar os efeitos da Covid-19, destaca que as situações excepcionais de crise são capazes de propiciar, também, conhecimento sobre a própria qualidade das instituições de uma determinada sociedade. Neste contexto, as fragilidades e contradições das instituições jurídicas e políticas brasileiras se evidenciaram de forma incontestável no período da crise. A própria democracia brasileira foi impactada diretamente pela pandemia.

O tensionamento na relação entre o presidente da República, governadores e prefeitos, relacionado com divergências acerca das medidas emergenciais retratou a fragilidade de nosso pacto federativo.

¹ Bolsista de Produtividade da UNESA (CNPq)

No campo do direito privado, a insegurança jurídica resultante das modificações nas relações de trabalho, caracterizada pela redução de salário ou suspensão do próprio contrato de trabalho, contribuiu para precarizar, ainda mais, as condições do trabalhador. Em outra dimensão, as dúvidas acerca da continuidade das relações jurídicas estabelecidas, como contratos de serviços educacionais e questões imobiliárias, sobretudo no que tange à locação comercial, demandaram posicionamento firme do Poder Judiciário.

Ocorreram, também, conflitos de interesses relativos aos contratos de plano de saúde, principalmente no que concerne à extensão dos tratamentos e exames em tempos de pandemia, o que provocou transformações significativas nessa modalidade contratual. Numa perspectiva mais ampla, a pandemia realçou um aspecto importante em relação ao próprio papel do Estado no âmbito da saúde pública. O denominado Estado mínimo se mostrou incapaz de assegurar condições básicas de sobrevivência de parcela significativa da população, sobretudo numa sociedade plural e com intensas desigualdades como a brasileira.

Entretanto, a pandemia trouxe, do mesmo modo, um aspecto prospectivo: um amplo legado social e jurídico. O legado social está relacionado ao próprio redimensionamento das relações sociais. A necessidade de desacelerar o ritmo da vida diária e a inevitabilidade da solidariedade social estimularam novas formas de sociabilidade. Redes de apoio mútuo foram fortalecidas, novas estratégias de ativismos e interações sociais foram desenvolvidas e as atividades educacionais e profissionais foram redimensionadas. O legado jurídico analisado neste trabalho se relaciona com a denominada jurisprudência da crise. A necessidade de se edificar decisões paradigmáticas sobre as diversas relações jurídicas no período da pandemia, nos diversos segmentos do Poder Judiciário, contribuiu para alicerçar um *modus operandi* para edição de precedentes judiciais com forte matiz vinculativa.

Desde a vigência do Código de Processo Civil de 2015 se discute a existência, ou não, de um modelo vinculativo de precedentes judiciais nos moldes instituídos pelos países do common law. O tratamento normativo dado ao tema pelo Código não foi detalhado o suficiente, deslocando para o campo doutrinário o aperfeiçoamento do sistema vinculativo de decisões judiciais. Diante deste quadro, o trabalho parte da seguinte problematização: o período da crise ocasionada pela Covid-19 contribuiu para acelerar a assimilação e aprimoramento da prática judiciária no que tange à edição de precedentes judiciais vinculativos? A hipótese defendida no trabalho aponta em sentido afirmativo, ainda que com algumas ressalvas. Este é um dos principais aprendizados institucionais adquiridos com o enfrentamento da crise.

O período da crise favoreceu a formação de um acervo normativo que perdurará para além da Covid-19. A legislação que se formou para enfrentamento de determinadas situações jurídicas, como também as decisões paradigmáticas dos tribunais superiores sobre diferentes casos poderão ser utilizados para resolução de conflitos semelhantes em eventuais períodos de crise ou de exceção que podem afetar o país ou mesmo os estados. Por esta razão, este legado jurídico-processual deve ser analisado, compreendido e debatido na processualística brasileira.

Partindo desta premissa, o trabalho tem como objetivo analisar algumas decisões judiciais emblemáticas proferidas no período da crise, de modo a identificar o procedimento para sua edição no âmbito dos tribunais como também a extensão, eficácia e aplicabilidade no contexto social. Analisar a dinâmica dos tribunais na formação de precedentes judiciais no período de crise, com forte cunho normativo e vinculativo, é fundamental para identificar em que grau a prática judiciária brasileira tem assimilado o modelo de julgamento assentado em precedentes judiciais. Neste sentido, serão analisados alguns casos com intensa repercussão jurídica e social julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

A metodologia de pesquisa utilizada no trabalho será bibliográfica e qualitativa documental, com escopo na análise detida das principais decisões judiciais proferidas pela Suprema Corte nos momentos de maior insegurança jurídica decorrente da pandemia da Covid-19. Embora a edição de precedentes judiciais não seja restrita ao Supremo Tribunal Federal, a Corte teve importante papel no período da pandemia, principalmente no que diz respeito à uniformização e interpretação na aplicação do direito em todo o território nacional por meio de decisões paradigmáticas. A abordagem indutiva será utilizada para analisar os dados coletados.

O trabalho será desenvolvido em três partes. Na primeira parte, abordará o tratamento normativo dado aos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015 e o estado da arte sobre a temática na literatura processual. O impacto da pandemia nas relações jurídicas será tratado na segunda parte. Na última parte do trabalho, serão analisadas algumas decisões judiciais paradigmáticas, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e o procedimento utilizado para a formação da decisão judicial.

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC E SUA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

Para se compreender a formação dos precedentes judiciais no período da pandemia, se faz necessário analisar o tratamento normativo dado ao tema pelo Código de Processo Civil de 2015. A partir da compreensão da temática e da sua importância em nosso ordenamento jurídico processual, é possível problematizar sua aplicação em nossa prática jurídica no período da crise.

Assegurar maior isonomia e segurança jurídica no tratamento de situações idênticas por meio de um modelo de padronização decisória foi uma das principais apostas do Código de Processo Civil

de 2015. O tratamento díspar de situações idênticas fragmenta o sistema, gera intranquilidade e perplexidade na sociedade, como foi bem sinalizado na Exposição de Motivos do Código (SENADO, 2015).

A proposta de estabilizar a jurisprudência (art. 926) por meio de provimentos jurisdicionais vinculantes tem como escopo estabelecer uma intensa vinculação vertical de modo a garantir a aplicação, no âmbito dos tribunais locais, das teses jurídicas firmadas pelos Tribunais Superiores (CATHARINA; HELBOURN, 2019). A partir da vigência do Código de Processo Civil, interessante debate se intensificou na literatura especializada acerca da possibilidade de se afirmar, do ponto de vista normativo e pragmático, que há em nossa processualística um modelo de precedentes judiciais tal como foi concebido nos países que adotam o *common law*².

A temática é tratada de forma insuficiente nos arts. 332, 489, 926 e 927 do Código de Processo Civil, o que propiciou a formação de segmento doutrinário que advoga a existência de um conjunto de provimentos jurisdicionais vinculantes (STRECK, ABBOUD, 2016; MENDES, 2017, p. 97), cujo principal escopo é estabelecer um modelo de padronização decisória, o que se distancia essencialmente de um modelo de precedentes judiciais com estrutura bem definida, como ocorre nos países filiados à cultura jurídica do *common law*. Em outra perspectiva, há quem entenda que o Código estabeleceu um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, cuja principal função em nosso ordenamento jurídico é garantir previsibilidade e segurança jurídica (MARINONI, 2017, p. 20; MITIDIERO, 2017, p. 75).

Este debate é importante e necessário, principalmente em países como o Brasil, cuja cultura jurídica processual se consolidou a partir dos influxos do *civil law*. A teoria da decisão elaborada no período de vigência do Código de Processo Civil de 1973 tinha como principal objeto de análise a subsunção da norma aplicada ao caso

² Michele Taruffo (2014) entende precedente como uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério para decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou da analogia entre fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. O conceito de Taruffo (2014) contempla a ideia basilar de precedente e de sua aplicação.

concreto. Neste modelo, a jurisprudência tinha efeito persuasivo, numa dimensão, e impeditiva de recursos em outra dimensão. Não se edificou em nossa cultura jurídica uma teoria dos precedentes judiciais.

É neste contexto que o Código traz um arranjo normativo, pouco sistematizado, com o objetivo de se estabelecer um modelo vertical de padronização decisória sem antes estabelecer um ambiente cognitivo e teórico para assimilar o modelo proposto. Para alguns autores, há em curso uma transição, no Brasil, do modelo *civil law* para uma modelo híbrido de direito, em que lei e precedentes ocupam o mesmo espaço normativo (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 332).

Diante deste quadro, a literatura processual vem elaborando os primeiros aportes para se desenvolver em nossa processualística uma teoria dos precedentes judiciais. Thomas da Rosa Bustamante (2012, p. 189) propõe uma teoria dos precedentes judiciais elaborada a partir das teorias da argumentação jurídica. Segundo o autor, a teoria dos precedentes está situada, necessariamente, no campo das teorias da argumentação jurídica. Por sua vez, Juraci Lopes (2014, p. 281), através dos aportes da hermenêutica jurídica, compreende o precedente judicial como uma resposta jurisdicional constitucionalmente adequada, que atribui novo sentido à ordem jurídica.

A inflexão de um modelo em que a jurisprudência era fonte secundária do direito para um modelo de processo em que o precedente judicial possui força normativa requer uma virada epistemológica e metodológica, inclusive no próprio ensino jurídico, que será fundamental para a adequada assimilação e funcionalidade das inovações propostas (CATHARINA, 2018).

É neste sentido que Fredie Didier (2012, p. 28), ao refletir sobre precedentes judiciais, propõe uma reconstrução da teoria geral do processo, de modo a dar sustentação às transformações no ordenamento jurídico a partir do modelo constitucional estabelecido

pela Constituição Federal de 1988 e pelas inovações propostas pelo processo civil contemporâneo. Para Didier (2012, p. 26), se faz necessário pensar a teoria geral do processo como uma teoria parcial da teoria do direito, que contemple a jurisprudência como fonte normativa do direito. Com efeito, essa perspectiva desloca a atividade de julgamento da aplicação da vontade concreta da lei e passa a ter como escopo a atribuição de sentido aos textos normativos assentados em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Esta é a principal função dos precedentes judiciais no processualismo contemporâneo.

Além da necessidade de se desenvolver no Brasil uma aprofundada teoria dos precedentes judiciais a partir dos elementos de nossa cultura jurídica processual, conforme se vem debatendo na literatura especializada abordada anteriormente de forma panorâmica, há, também, alguns óbices de ordem pragmática. O volume de demandas ajuizadas por ano no Brasil é alto. Diante da necessidade de racionalizar a administração da atividade judicial, a jurisprudência dos tribunais e suas respectivas súmulas foram utilizadas como forma de reduzir o trabalho dos órgãos do Poder Judiciário eliminando recursos protelatórios ou manifestamente improcedentes.

No período de vigência do Código de Processo Civil de 1973, a partir das reformas processuais levadas a efeito, aprimorou-se técnicas processuais, como julgamento monocrático (art. 557) e súmulas impeditivas de recursos (art. 518), com a finalidade precípua de racionalizar a atividade judicial. A padronização decisória surge no Brasil com o objetivo de descongestionar o Poder Judiciário (CATHARINA, 2019).

A prática judiciária, nesta toada, se desenvolveu utilizando a jurisprudência dos Tribunais Superiores como elemento persuasivo da fundamentação da decisão judicial. Essa prática contribuiu para rotinizar um modo de ser da atividade jurisdicional, assentada na padronização decisória, com ênfase na redução do volume de trabalho judicial. A padronização decisória é incompatível, em certa medida,

com a ideia de estabelecimento de um processo decisório, qualificado, com o propósito de edição de um precedente judicial, devidamente estruturado com *obter dicta* e *ratio decidendi* claramente definidos.

Catharina e Helbourn (2019), ao analisarem empiricamente a aplicação dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado, destacam que as decisões paradigmáticas do referido tribunal superior são aplicadas em casos específicos, como nos casos em que a Fazenda Pública é parte, e nos demais tende a aplicar seus próprios entendimentos consolidados na jurisprudência local, como ocorre nos casos que tratam de direito do consumidor.

Este estudo, entre outros, aponta para uma importante reflexão. Mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 2015, ainda não se consolidou no Brasil uma prática judiciária devidamente alinhada com a dinâmica dos precedentes judiciais. Não está claro como se extrai os fundamentos determinantes de um julgado (*ratio decidendi*) e como se identifica o que é um argumento periférico (*obter dicta*). Tampouco foi assimilado pela prática judiciária brasileira como se opera e o critério da distinção (*distinguishing*), essencial para afastar a incidência de um precedente judicial num caso concreto, como também não há, do ponto de vista prático, uma compreensão adequada sobre como se opera a superação (*overruling*) de uma tese jurídica de forma democrática (CATHARINA, 2019).

As questões pontuadas acima demonstram que a cultura jurídica processual brasileira está em fase de assimilação deste modelo de processo decisório. Por um lado, a doutrina se direciona para estabelecer um quadro conceitual sobre precedentes judiciais no Brasil. Por outro, a prática judiciária dos tribunais convive com a dinâmica rotinizada do modelo anterior ao Código de Processo Civil, enquanto assimila a nova *práxis* de um modelo decisório normativo.

Portanto, a crise provocada pela Covid-19 desafiou diversas esferas da sociedade brasileira, mais especificamente o campo jurídico. O impacto em diversas relações jurídicas estabilizadas exigiu

posicionamento firme e contundente do Poder Judiciário de modo a regulamentar situações jurídicas não contempladas pelo direito posto. Desta crise, decorre uma circunstância importante: os tribunais tiveram que estabelecer precedentes judiciais, no sentido mais puro do termo, de forma clara e objetiva de modo a regular diversas relações neste período.

Há, portanto, um legado institucional importante. A crise contribuiu, em alguma maneira, para o aprendizado institucional no sentido de se estabelecer os principais parâmetros para a edição de precedentes judiciais com forte matiz normativa.

3 IMPACTOS DA PANDEMIA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

O isolamento social começou a vigorar, na maior parte dos Estados do Brasil, a partir da segunda quinzena de março de 2020. A determinação do Poder Público no sentido de fechar estabelecimentos de ensino e comércio provocou impacto imediato. As escolas e universidades, públicas e privadas, desenvolveram métodos de transmissão do conteúdo *online*. Entretanto, o debate sobre redução das mensalidades aumentou consideravelmente na esfera pública.

No Estado do Rio de Janeiro, os Deputados André Ceciliano e Dr. Serginho Rodrigo Bacellar apresentaram o Projeto de Lei nº 2052/2020, que dispõe sobre a redução proporcional das mensalidades da rede privada de ensino durante o Plano de Contingência do Novo Coronavírus da Secretaria de Estado de Educação. Diante da importância do debate, a Comissão de Educação da Alerj designou audiência pública virtual, que foi realizada no dia 06/04/2020, às 10h, e contou com a participação de aproximadamente 1.500 pessoas, entre alunos, professores e representantes dos estabelecimentos de ensino privado (RIO DE JANEIRO, 2020).

No âmbito da educação pública, a Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro apresentou plano de contingência através do qual as aulas e trabalhos seriam ministrados pelos professores por meio de aplicativos. O plano não considerou, contudo, alunos em situação de exclusão digital, como indígenas, quilombolas e alunos que estão no sistema prisional, entre outros, que compõem o percentual de 20% dos alunos, aproximadamente 150.000 estudantes. Diante deste quadro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública, que tramita perante a 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do referido Estado.

A pandemia impactou, também, na prestação de serviços essenciais como fornecimento de energia. Em 14/04/2020, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao tratar do pedido de suspensão da execução nº 0022076-18.2020.8.19.0000, proibiu a empresa fornecedora deste serviço essencial de interromper o serviço em razão do inadimplemento pelo prazo de 90 dias. Outras relações consumeristas, tais como planos de saúde e ambulatorial, estão sendo revisadas em razão das modificações sociais e econômicas causadas pela Covid-19. Ainda no âmbito dos Estados, podemos mencionar o impacto da pandemia nas locações comerciais. Profissionais liberais, como cabeleireiros, algumas modalidades médicas, entre outros, tiveram suas atividades suspensas, o que vem acarretando revisões de contrato de locação e mesmo rescisão contratual.

No Estado de São Paulo, a expansão da pandemia teve grandes repercussões em razão do número de mortos pela Covid-19. Em Fortaleza, o número de vítimas do vírus é alarmante. O crescimento dos casos relativos à Covid-19, em todas as regiões do país, intensificou o impacto da pandemia nas relações jurídicas, em diversos Estados, ampliando consideravelmente o número de demandas judicializadas em diversos segmentos do Poder Judiciário. Os dados do Ministério da Saúde (2021), em 15/06/2021, evidenciam a dimensão da letalidade da pandemia no país. Foram contabilizados, na referida data, 488.228 óbitos, com índice de mortalidade em torno de 232,3.

A síntese dos casos diagnosticados em 15/06/2021 retrata a intensa continuidade na transmissão do vírus no país.

Região	Número de Casos	Número de Óbitos
Norte	1.661.752	42.261
Nordeste	4.124.719	100.784
Centro-Oeste	1.798.478	45.744
Sudeste	6.558.300	225.555
Sul	3.309.363	73.884

Fonte: Ministério da Saúde.

A pandemia afetou diretamente as relações de trabalho. A Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020, editada pelo Governo Federal, que trata da redução proporcional da jornada de trabalho dentre outras disposições, viabilizou a suspensão de inúmeros contratos de trabalhos e atingiu inúmeras famílias. Tal fato se agravou na medida em que o Governo Federal demorou, injustificadamente, para efetivar o auxílio emergencial previsto na referida Medida Provisória.

O aprofundamento da crise provocada pela pandemia acarretou o agravamento das situações jurídicas mencionadas acima e ocasionou a judicialização de inúmeros conflitos de interesses, exigindo do Poder Judiciário a denominada *jurisprudência da crise*. A estatística do STF (2021) acerca do número de processos distribuídos na Corte é considerável. Em 15/06/2021, havia 8.812 processos distribuídos e 11.136 decisões. No que tange às decisões proferidas nos processos distribuídos, negou-se seguimento a 4.859 casos, foram denegadas 966 ordens, 549 liminares indeferidas, 266 liminares deferidas, 296 decisões de indeferimento, 250 decisões de deferimento e item “outros” 1.832 decisões.

Há, na Suprema Corte, casos emblemáticos julgados no período de pandemia. Podemos, como exemplo, mencionar o julgamento virtual da ADI nº 6363, que analisou a inconstitucionalidade da MP 936/2020 (redução de salário e a

necessidade de homologação do sindicato). Trata-se de importante julgado que balizou as relações trabalhistas no período da pandemia. A liminar deferida pela Ministra Rosa Weber no julgamento conjunto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória n.º 954/2020, que obrigava as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar dados de pessoas físicas e jurídicas ao IBGE, também é significativa.

O julgamento conjunto acolheu os argumentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI n.º 6387), do Partido Social Democracia Brasileira – PSDB (ADI n.º 6388), do Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI n.º 6389), do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI n.º 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB (ADI n.º 6393), para deferir a liminar no sentido de suspender a eficácia da Medida Provisória n.º 954/2020, utilizando, dentre os fundamentos, as seguintes razões:

A Constituição da República confere especial proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ao qualificá-las como invioláveis, enquanto direitos fundamentais da personalidade, assegurando indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X). O assim chamado direito à privacidade (right to privacy) e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações.

Os julgamentos emblemáticos contemplam, também, questões com ampla repercussão política. O julgamento da ADPF n.º 672, em que se determinou a competência concorrente dos governos estaduais e municipais na fixação de medidas restritivas, não só limitou medidas voluntaristas do Governo Federal como estabeleceu parâmetros claros para a fixação de medidas restritivas, eliminando a tensão que se estabeleceu no Brasil sobre a temática.

As situações jurídicas mencionadas acima evidenciam, consideravelmente, os impactos da pandemia nas relações jurídicas consolidadas no país. As tensões jurídicas decorrentes da pandemia afetaram não somente os direitos subjetivos, mas também as relações

entre Entes federativos. O julgamento dos casos difíceis, para usar a expressão de Dworkin (2010, p. 131), no período de pandemia, além de compor o legado normativo adquirido no período da crise, contribuiu também para o aprendizado institucional no que concerne ao modo de se elaborar, de forma adequada, precedentes judiciais com forte matiz normativa. Estes temas serão analisados na próxima seção.

4 PRECEDENTES JUDICIAIS EM TEMPOS DE CRISE E SUA IMPORTÂNCIA PARA SEGURANÇA JURÍDICA

Como foi dito na primeira parte deste trabalho, a pandemia causou inúmeras vítimas e provocou sofrimento a diversas famílias. Ocasionalmente também impactos na dinâmica social, política e econômica do país, cujos efeitos se manifestarão, de forma nítida, ao longo dos próximos anos. Entretanto, a pandemia também deixou alguns legados prospectivos em diversas esferas do conhecimento humano. Interessa-nos aqui os legados que se relacionam diretamente ao campo jurídico.

O primeiro legado diz respeito ao acúmulo normativo efetivado no período da crise. O Brasil, nas últimas décadas, não viveu períodos de intensa restrição em razão de conflitos bélicos, tampouco viveu problemas graves em razão de epidemias. Embora as desigualdades sociais e raciais sejam questões que afetam profundamente a sociedade brasileira, certo é que o país não tem experiência no trato com graves problemas relativos à saúde pública.

O ordenamento jurídico brasileiro não se estruturou em condições de crise. O aprimoramento do direito e das técnicas processuais se desenvolveram tendo como parâmetro a atualização do direito ante a complexidade das relações sociais. A necessidade de se regular situações jurídicas em tempo de crise é um desafio, e sua superação representa um salto qualitativo na produção do direito no Brasil. As normas editadas no período de crise, sobretudo nos Estados e Municípios, somadas às decisões paradigmáticas proferidas pelos

tribunais locais e pelos Tribunais superiores compõem o acervo normativo acumulado no período da crise do Covid-19.

Passado o período da crise, este acervo normativo não caducará. Servirá como aporte para a resolução de questões decorrentes de crises locais, como enchentes com amplos reflexos, greves intensas de serviço público, e decorrentes de outras calamidades públicas com espectro expandido. Trata-se, com efeito, de ganho normativo que não se limita à Covid-19. Nos casos em que ocorrer a interrupção de atividades em função de desastres naturais ambientais, ou mesmo decorrentes de epidemias, o Poder Público local poderá se valer deste acervo normativo. Por sua vez, nos casos em que o próprio Poder Público se negar a prestar auxílio, os cidadãos poderão se valer deste mesmo acervo normativo para a resolução de situações jurídicas ou mesmo para obter alguma modalidade de auxílio emergencial.

Os influxos no direito processual são incontestáveis. Em interessante estudo, Marcio Dutra e Fabiana Spengler (2021), ao analisarem os dados acerca do aumento de litígios no período da pandemia, concluem que a crise contribuiu para acelerar a marcha de uma mudança de paradigma no tratamento de conflitos no Brasil. Possibilitou, em alguma medida, o incremento dos métodos adequados de resolução de conflitos.

No período de aproximadamente 30 dias de pandemia, o Governo Federal editou 28 Medidas Provisória relacionadas ao impacto da Covid-19 (BRASIL, 2020). Neste contexto, a pandemia contribuiu para se consolidar, em alguma medida, um acervo normativo mínimo que servirá, doravante, como suporte para o enfrentamento de questões similares, em iguais ou menores proporções, minimizando excessos do Poder Público em períodos de crise e assegurando a preservação das garantias individuais e coletivas previstas na Constituição Federal de 1988.

A intensa edição de medidas provisórias pelo Governo Federal ampliou o número de ações judiciais, principalmente no âmbito da

jurisdição constitucional, por meio das quais se discutiu a constitucionalidade de tais medidas. Esse protagonismo do Poder Judiciário foi positivo, segundo análise de Angela Soncin e Juvêncio Borges (2021), pois contribuiu para viabilizar as medidas tomadas pelos demais poderes.

Em outra dimensão, a crise ocasionada pela Covid-19 propiciou aprendizado institucional importante no que tange ao *modus operandi* na edição de precedentes judiciais. E esse aprendizado institucional se relaciona a aspectos variados da cultura jurídica processual brasileira. Aspectos positivos e negativos da dinâmica da jurisdição brasileira se evidenciaram neste período, sobretudo no que tange à formação de decisões paradigmáticas.

4.1 Formação de precedentes judiciais no período da crise

O número de decisões judiciais proferidas no período da pandemia é significativo. Entretanto, considerando a dimensão da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, optamos por analisar a formação de precedentes judiciais realizada no âmbito da jurisdição constitucional. Assim, serão analisadas algumas ações constitucionais, com forte propensão para edição de precedentes judiciais. O art. 927, I do CPC, vincula os juízes e tribunais às decisões proferidas em controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o que nos permite analisar os processos decisórios levados a efeito, por esse tribunal, para proferir suas decisões, como importante dado empírico no presente estudo.

Importante destacar que, no período em que este estudo foi elaborado, poucas ações constitucionais tiveram o mérito julgado, em razão mesmo da urgência em se obter provimentos jurisdicionais para evitar violação de direitos fundamentais no período de pandemia. Tal fato ensejou deferimento de medidas liminares com forte impacto social que regularam a vida de milhões de pessoas no período da crise. Por outro lado, a intensidade de Medidas Provisórias editadas pelo

Governo Federal acarretou a distribuição de diversas ações constitucionais voltadas para o controle da constitucionalidade, propiciando deferimento de importantes decisões judiciais.

Algumas medidas liminares proferidas no controle da constitucionalidade não foram referendadas pelo Plenário do Tribunal e outras ações constitucionais perderam seus objetos em razão do recuo do Governo Federal após o deferimento da medida liminar. Portanto, é certo que o período em que os provimentos jurisdicionais vinculantes irradiaram seus efeitos, ainda que em sede de liminar, nos permite analisar a dinâmica da formação do processo decisório, fundamental para a edição de futuros precedentes judiciais.

Neste contexto, a metodologia para a análise dos dados observou dois critérios distintos. Nos casos em que o mérito foi julgado, analisamos a condução do procedimento decisório, como também o grau de participação dos atores sociais envolvidos, para identificar o grau de democratização na formação do precedente judicial. Nos casos em que importantes medidas liminares foram deferidas, mas o mérito não foi efetivamente jugado, a análise foi direcionada para a formação do processo decisório e para o grau de participação dos atores sociais envolvidos até a efetiva extinção, sem julgamento do mérito, da ação constitucional.

É evidente que medidas liminares não constituem, por si só, precedentes judiciais, como foi dito acima. Entretanto, considerando a prática judiciária brasileira, em que elevado número de medidas liminares são confirmadas pela decisão final, a análise desses casos pode trazer importantes elementos empíricos para a compreensão dos processos decisórios levados a efeito pela Suprema Corte que se propõe à edição de precedentes judiciais. A partir desta premissa metodológica, foram selecionadas 03 ações constitucionais para compor a amostra utilizada neste trabalho. Essas ações serão analisadas a seguir.

O primeiro caso refere-se ao Referendo da Medida Cautelar proferida na ADI nº 6363. Trata-se de Medida Cautelar ajuizada pelo

Partido REDE Sustentabilidade, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 936/2020, que permitia a redução de salário sem a necessidade de homologação pelos respectivos Sindicatos. A referida Medida Cautelar tratou de um ponto extremamente sensível tanto do trabalhismo brasileiro, quanto da estabilidade da economia no período da pandemia.

Pela repercussão social, política e econômica do processo, diversas entidades formularam requerimento de ingresso como *amici curiae*. Requereram ingresso a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT; a Central Única dos Trabalhadores - CUT; a União Geral dos Trabalhadores – UGT; a Força Sindical; a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil; a Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB; a Nova Central Sindical dos Trabalhadores – NCST; a Confederação Nacional da Indústria – CNI; a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas; a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho; Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho – SINAIT e a Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil.

O Relator designado, Ministro Ricardo Lewandowski, deferiu a liminar, em 06/04/2020, cujo teor foi o seguinte:

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes. Solicitem-se informações à Presidência da República. Requistem-se a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República. Comunique-se, com urgência. Publique-se.

No dia 17/04/2020, a liminar deferida não foi referendada pelo Tribunal, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, restando vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e

Edson Fachin. Dentre os principais fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, destaca-se o trecho a seguir:

Neste momento de crise aguda que nós temos na saúde pública, com essas fortíssimas repercussões sociais e econômicas, parece-me absolutamente constitucional e razoável a possibilidade de acordo individual escrito entre empregador e empregado, visando a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário, com - obviamente - a complementação salarial por parte do Poder Público, esses 51,2 bilhões. Não só para garantir e manter renda aos trabalhadores, mesmo que haja uma diminuição - repito, porque aqui me parece o binômio mais importante -, mas também para garantir a perpetuação do vínculo empregatício para além da pandemia, evitando a quebra de inúmeras empresas.

O julgamento da Medida Cautelar sob análise traz, pelo menos, dois importantes aspectos. O primeiro corresponde ao impacto dessa decisão na regulação de inúmeras relações jurídicas no campo do Direito do Trabalho. Trata-se de um importante fator na assimilação de um modelo assentado em provimentos jurisdicionais vinculantes. O segundo aspecto se relaciona com a democratização do procedimento por meio do ingresso de diversos amigos da Corte. As mais variadas entidades, de diversas vertentes ideológicas, participaram do procedimento. Cuida-se de uma importante dimensão na formação de precedentes judiciais, sobretudo no que tange à legitimidade democrática.

Embora a decisão esteja inserida no julgamento de medida cautelar na ADI nº6363, trata-se de um provimento jurisdicional que regulou as relações de trabalho no período da pandemia, e o processo decisório realizado revela certo aprendizado institucional no que corresponde à formação de precedentes judiciais na processualística brasileira.

O segundo caso refere-se à liminar deferida na ADI nº 6387, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tramitou sob a relatoria da Ministra Rosa Weber. A referida ação analisou a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020, que obrigava as empresas de telefonia a fornecer dados ao IBGE, e foi

julgada em conjunto com as seguintes ações: ADI nº 6388, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira, ADI nº 6389, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, ADI nº 6390, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade e ADI nº 6393, proposta pelo Partido Comunista do Brasil. A liminar foi deferida pela Ministra Rosa Weber sob os seguintes argumentos:

Entendo que as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade.

A Constituição da República confere especial proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ao qualificá-las como invioláveis, enquanto direitos fundamentais da personalidade, assegurando indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X). O assim chamado direito à privacidade (right to privacy) e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações.

A fim de instrumentalizar tais direitos, a Constituição prevê, no art. 5º, XII, a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal”.

Pode-se dizer que os argumentos destacados acima constituem o núcleo fundamental da decisão, que pode ser generalizado para ser aplicado em quaisquer casos, sobretudo naqueles de grave crise, em que a intimidade e a privacidade devem ser preservadas. Além de evitar abuso do Poder Público em caso similares, a decisão serve como importante fonte normativa, no que concerne à proteção dos dados em períodos de crise.

As ações constitucionais mencionadas acima foram extintas sem resolução do mérito, por perda do objeto, uma vez que a Medida Provisória nº 954/2020 não foi convertida em lei. A liminar foi deferida em 24/04/2020 e a extinção das ações constitucionais foram extintas em 20/11/2020. A decisão proferida no âmbito das ações constitucionais preservou direitos fundamentais no período significativo da pandemia no Brasil. A proteção da intimidade e da

privacidade diante das investidas do Poder Público, mesmo em uma ordem jurídica extraordinária é um dado importante acerca da assimilação gradual, pela cultura jurídica processual brasileira, do modelo de decisões vinculantes. O estudo de Mercia Souza e Aline Lima (2021) sugere, no mesmo sentido exposto no trabalho, que a decisão proferida nestas ações foi fundamental para a defesa dos direitos fundamentais no período da pandemia.

O terceiro, e último caso, refere-se ao julgamento de mérito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 742. A ação foi proposta pela Coordenação Nacional de Articulação de Comunidades Negras Rurais Quilombolas – CONAQ em conjunto com o Partido Socialista Brasileiro – PSB, em 10/09/2020, com o objetivo de cessar a violação de direitos fundamentais das populações tradicionais quilombolas no período da pandemia e viabilizar a elaboração e implementação de um plano nacional de enfrentamento e monitoramento no combate ao vírus. A ação foi inicialmente distribuída para o Ministro Marco Aurélio, mas o Ministro Edson Fachin foi designado para a redação do acórdão em razão do relator original ter sido vencido no julgamento.

O pedido de medida liminar foi convertido em julgamento definitivo de mérito, em 24/02/2021, cuja Ementa é clara sobre a obrigação do Governo Federal em relação às comunidades tradicionais:

Deve o Governo Federal adotar providências e protocolos sanitários que assegurem a vacinação dos quilombolas na fase prioritária. PANDEMIA GRUPO DE A instituição de grupo de trabalho viabiliza a fiscalização quanto à execução das iniciativas decorrentes do plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas. PANDEMIA CASOS REGISTRO QUESITO PROVIDÊNCIA. A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos de covid-19 possibilita, ao Poder Público, a execução de políticas destinadas à mitigação da crise sanitária. PANDEMIA ACESSO À INFORMAÇÃO PROVIDÊNCIA. Cabe ao Governo Federal, presente o interesse público, o restabelecimento de sítios eletrônicos voltados à divulgação de informações relativas à população quilombola, promovendo a atualização e a acessibilidade. PANDEMIA SUSPENSÃO DE

PROCESSOS JUDICIAIS. A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação das comunidades quilombolas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE. TRABALHO PROVIDÊNCIA.

A violação dos direitos fundamentais das comunidades quilombolas foi determinante para a conversão do pedido de liminar em julgamento definitivo, possibilitando a formação de importante precedente judicial, no sentido mais denso do conceito, podendo, inclusive, balisar a apreciação de casos envolvendo outros grupos étnicos no Brasil.

O processo decisório que possibilitou a edição deste importante precedente judicial foi amplo e teve a participação de diversos atores sociais. Atuaram como *amici curiae* as seguintes entidades e movimentos sociais: Associação Direitos Humanos em Rede; Instituto Sociambiental; Defensoria Pública da União; EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes; Clínica de Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA; Federação Nacional das Associações Quilombolas e Terra dos Direitos. Este dado reforça a importância da pluralização do debate na formação de precedentes judiciais sobre direitos fundamentais.

Estes casos são evidências no sentido de que se é possível extrair das decisões paradigmáticas, proferidas nos casos difíceis, elementos analíticos que podem contribuir efetivamente para a formulação de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil. Não há dúvidas quanto às condicionantes políticas e institucionais que informam, em alguma medida, a jurisdição constitucional no Brasil. Mas é possível extrair deste período traços importantes de uma metodologia de julgamento compatível, do ponto de vista técnico e democrático (CATHARINA,

2015, p. 61), em relação à formação dos precedentes judiciais com forte matiz normativa no Brasil.

A jurisprudência foi assimilada pela cultura jurídica processual brasileira como elemento persuasivo das motivações judiciais e também como forma de limitar o processamento de alguns recursos, com a denominada jurisprudência defensiva. Por essa razão, a compreensão adequada dos precedentes judiciais na prática judiciária não se alcançará somente com alteração normativa: pressupõe a existência de um tempo de vivência em nossa prática forense, que foi possibilitado pela pandemia.

A edição de importantes decisões paradigmáticas no período de crise pode contribuir para o aprendizado institucional, no sentido de se parametrizar, de forma indubitável, os fundamentos determinantes de uma decisão judicial, generalizável, e os elementos que compõem o julgado, mas são periféricos (*obiter dicta*). Por outro lado, as decisões paradigmáticas editadas neste período, por sua natureza normativa e vinculante, se constituem como dados empíricos elementares que contribuem para a formulação de uma teoria dos precedentes judiciais na processualística brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho destacou as dificuldades em se sustentar, do ponto de vista normativo e teórico, a existência de um sistema de precedentes judiciais disposto no Código de Processo Civil de 2015. O art. 927 do Código trata de um conjunto de decisões judiciais que não se enquadram, do ponto de vista da técnica processual, como precedentes judiciais, tal qual as súmulas, vinculantes ou não (art. 927, II e IV). Além da insuficiência normativa, há dificuldades decorrentes da cultura jurídica processual brasileira que compreende a

jurisprudência como fonte secundária do direito e elemento persuasivo dos fundamentos das decisões judiciais.

Os sistemas jurídicos de diversos países têm conciliado o direito oriundo da legislação e dos precedentes judiciais. O caso da Inglaterra, um dos países mais antigos do modelo de *common law*, constitui exemplo importante neste sentido. Em 1998, foi aprovado o Código de Processo Civil inglês estabelecendo um modelo processual híbrido. O hibridismo entre lei e precedentes judiciais é uma tendência contemporânea e o Código de Processo Civil de 2015, de algum modo, propõe esse hibridismo. Com efeito, a inovação normativa colide com a prática judiciária, como foi mencionado acima.

A crise ocasionada pela Covid-19 possui dimensões dramáticas em diversos aspectos da vida humana, mas há, também, aspectos prospectivos. Neste contexto, o trabalho retratou as dimensões assertivas no campo jurídico. A primeira dimensão destacada concerne ao acervo normativo. Os dados analisados no trabalho evidenciam o número considerável de Medidas Provisórias, Projetos de Lei e decisões judiciais paradigmáticas que compõem o acervo normativo ou marco regulatório da crise. Esse acervo normativo não pertence à crise, mas ao direito brasileiro e servirá como parâmetro para a apreciação de casos em situações similares doravante.

O segundo legado, que constitui a principal hipótese sustentada neste trabalho, diz respeito ao aprendizado institucional acerca da edição de precedentes judiciais. A necessidade de se tratar judicialmente de questões que nunca fizeram parte da história judiciária do Brasil contemporâneo contribuiu fundamentalmente para a edição de decisões judiciais, com forte cunho normativo, fato esse que se revela essencial para uma cultura jurídica forjada no *civil law*. A pragmática judiciária da crise favoreceu a reflexão sobre a necessidade de se estabelecer um método técnico, consistente e democrático para a formulação de precedentes judiciais vinculativos.

Embora exista um esforço teórico no sentido de se estabelecer no Brasil um aporte conceitual acerca dos precedentes judiciais, a experiência judicial vivida pelos tribunais foi fundamental para se

acumular aprendizado pragmático sobre esta técnica de produção do direito. Os precedentes judiciais foram fundamentais para assegurar maior segurança jurídica às situações conflitantes no período da crise.

Contudo, o efeito anexo da experiência da crise foi o aprendizado institucional numa forma diferenciada de julgar. Não se trata de julgar para reforçar jurisprudência dominante ou mesmo asseverar a necessidade de se aplicar uma tese de um tribunal superior. Ao contrário, trata-se de uma possibilidade de um exercício institucional no sentido de julgar de forma coerente, ética e, sobretudo, com a consciência da necessidade de se estabelecer de forma clara os fundamentos determinantes que poderão ser generalizados em casos semelhantes, em tempos de crise ou não.

Por certo, não há dúvida quanto ao longo caminho a ser percorrido pela prática judiciária brasileira no sentido de se estabelecer uma metodologia adequada que ampare a edição de precedentes judiciais com efeito vinculante. Porém, a experiência institucional adquirida no período da crise constitui um passo importante nesta direção.

Data de Submissão: 27/04/2020

Data de Aprovação: 1º/07/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Andrea Neiva Coelho

REFERÊNCIAS

ALERJ. **Audiência Pública sobre o Projeto de Lei nº 2052/2020**. Dispõe sobre a redução proporcional das mensalidades da rede privada de ensino durante o plano de contingência do novo Coronavírus da Secretaria de Estado de Saúde. Disponível em:

<http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/48560>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Notícias**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/15/governo-ja-editou-28-mps-relacionadas-a-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática** da Ministra Rosa Weber na ADI nº 6387 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática** do Ministro Luís Roberto Barroso na ADPF nº 669. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884084>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Painel de Ações COVID-19**. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 junho 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Dados sobre Covid-19**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Decisão Monocrática** proferida na suspensão da execução nº 0022076-18.2020.8.19.0000. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7131886>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CATHARINA, Alexandre de Castro, **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2015.

CATHARINA, Alexandre de Castro. AS DIMENSÕES DEMOCRATIZANTES DO CPC / 2015 E SEUS IMPACTOS NA CULTURA JURÍDICA PROCESSUAL ESTABELECIDADA. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, p. e32849, ago. 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32849>>.

Acesso em: 25 abr. 2020.

doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369432849>.

CATHARINA, Alexandre de Castro. Ensino Jurídico e Cultura Jurídica Processual: breves reflexões sobre o ensino do Direito Processual Civil na vigência do CPC/2015. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 177-186, abr. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em:

<<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/300>>.

Acesso em: 25 abr. 2020.

CATHARINA, Alexandre de Castro. HELBOURN, Viviane. A eficácia dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça: análise de sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. V. 7. n. 2. pp. 199/212, 2019.

DIDIER, Fredie. A reconstrução da teoria do processo. In DIDIER, Fredie (Org), **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Podivm: Salvador, 2012.

DUTRA DA COSTA, M.; MARION SPENGLER, F. Autocomposição De Conflitos Em Tempos De Pandemia: A Crise Como Agente Catalisador De Uma Mudança De Paradigma. **Prima Facie**, [S. l.], v. 20, n. 43, 2021. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54234. Disponível em:

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54234>. Acesso em: 14 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MINISTÉRIO da Saúde. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes judiciais: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RIO DE JANEIRO, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Notícias**, 08 abr. 2020. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/48560>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Edições Almeida, 2020.

SONCIN, A.; BORGES SILVA, J. O Protagonismo Do Poder Judiciário Ante A Necessidade Recorrente Do Controle Judicial De Constitucionalidade De Novas Medidas Provisórias. **Prim Facie**, [S. l.], v. 20, n. 43, 2021. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54244. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54244>. Acesso em: 14 jun. 2021.

SOUZA, Mercia Cardoso de; LIMA, Aline Cristina Bezerra Leite Carvalho. DIREITOS HUMANOS E PANDEMIA DE COVID-19: ANÁLISE A PARTIR DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 412 - 442, jan. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4923>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC. In: **Revista Consultor Jurídico**, 18 de agosto de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

SUPREMO Tribunal Federal. **Painel de Ações COVID-19**. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 15 jun. 2021.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

The Importance Of Judicial Precedents In Times Of Crisis: An Analyses From The Covid-19 Experience In Brazil

Alexandre de Castro Catharina

Abstract: The Covid-19 pandemic has had unprecedented impacts in many countries, regardless of economic, geographic and political position. The consequences of social isolation, in its horizontal and vertical dimensions, were wide and its effects and extent are not known for sure. Among the problems engendered by Covid-19, the impact on established legal relations has great repercussions, which required the establishment of clear regulatory frameworks to ensure legal certainty and equality in the assessment of the various legal issues, of public and private law, carried out . It is in this sense that the so-called crisis jurisprudence gained importance and effectiveness as a normative parameter. Starting from this premise, the work aims to analyze the importance of judicial precedents issued in the context of the crisis and the role played in the stabilization and integration of the legal order. The research methodology used in the work consists of a bibliographic survey articulated with the documental qualitative technique embodied in the analysis of court decisions handed down by the Supreme Court. It is concluded, therefore, that one of the main legacies of the crisis caused by the pandemic concerns its contribution to the understanding of the formation of judicial precedents and its application in Brazilian judicial practice.

Keywords: Precedents. Pandemic. Legal security.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.52117>


Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



A Pandemia De Covid-19 E O Direito Dos Educandos À Proteção De Dados Pessoais Em Sala De Aula Virtual


Dânton Hilário Zanetti de Oliveira *

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-9161-0940>

Cinthia Obladen de Almendra Freitas **

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7015-094X>

Alboni Marisa Dudeque Pianovski Vieira ***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Educação, Curitiba-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7015-094X>

Resumo: Considerando a necessidade de isolamento social, a pandemia de Covid-19 (coronavírus) certamente foi responsável pelo processo de aceleração do fenômeno da transformação digital na área pedagógica, lançando instituições de ensino, educadores e educandos em um contexto de hiperconectividade jamais visto, ante a premente necessidade de continuidade dos calendários letivos e, enfim, do processo de aprendizagem. No entanto, a abrupta transição das salas de aula físicas, tradicionalmente conhecidas pelo encontro presencial, deu lugar às salas de aula virtuais, nas quais o encontro digital, por meio de *webcams* e demais recursos audiovisuais deixou todos os envolvidos fragilizados, sobretudo em relação à privacidade e à proteção de dados pessoais. Analisa-se o fenômeno da transformação digital no contexto pandêmico e os impactos à proteção de dados pessoais dos educandos, na forma da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo, mediante revisão de literatura jurídica e pedagógica, com fundamentação teórica calcada na premissa do fenômeno da Sociedade Informacional, de Manuel Castells, e realizou-se estudo de caso para análise da Política de Privacidade de um aplicativo de sala de aula virtual e seus impactos sobre a proteção de dados pessoais dos educandos.

Palavras-Chave: Coronavírus; Sala de Aula Virtual; Sociedade da Informação; Proteção de Dados Pessoais.

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor e Coordenador do curso de Pós-graduação em Direito Digital da PUC-PR. Advogado. E-mail: danton.zanetti@pucpr.br

** Doutora em Informática Aplicada. Professora da Escola de direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: cinthia.freitas@pucpr.br

*** Doutorado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do curso de Pedagogia e do Programa de Pós-Graduação em Educação - Mestrado e Doutorado - da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: alboni@alboni.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.60245>

A Pandemia De Covid-19 E O Direito Dos Educandos À Proteção De Dados Pessoais Em Sala De Aula Virtual

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

Alboni Marisa Dudeque Pianovski Vieira

1 INTRODUÇÃO

As revoluções tecnológicas e conseqüente criação de ferramental destinado ao aumento da capacidade de processamento da informação, especialmente aquelas ligadas às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), vêm reinventando a vida em sociedade, em seu mais amplo espectro.

Considerando que o ato de ensinar, como meio de relação e desenvolvimento humanos, é tão antigo quanto a própria existência do homem em si, é certo que o processo de cientificação do ensino – a *pedagogia*, como “teoria da educação”, segundo Durkheim, e como “arte da educação”, para Haidt (1998, p. 12-13) – ocorrido a partir do século V, na Grécia antiga, já passou por diversos ciclos evolutivos.

Com efeito, o processo de educação do ser humano foi de fundamental importância para o desenvolvimento dos grupos sociais e das sociedades ao longo do tempo, razão pela qual o conhecimento de sua história e experiências passadas é fundamental para compreender os rumos tomados pela educação no presente, sobretudo se levadas em consideração as novas perspectivas tecnológicas.

É inegável que a pandemia de COVID-19 (coronavírus), trazendo consigo a necessidade de isolamento social, foi causa maior da abrupta transição das salas de aula físicas, tradicionalmente conhecidas pelo encontro presencial, para as salas de aula virtuais, nas quais o encontro digital – por meio de *webcams*, microfones, *software* e demais recursos tecnológicos audiovisuais e de conexão – deixou todos os atores envolvidos expostos e fragilizados, sobretudo em relação à privacidade e um outro direito dela derivado: a proteção de dados pessoais. Isto, até então, era reservado a uma pequena parcela de cursos de ensino à distância (EaD), cuja dinâmica é muito distinta daquela própria das salas virtuais, que agora ocorrem desde o ensino básico aos cursos de pós-graduação.

Como observam Costa e Tokarnia (2020, p. 1), “A pandemia de covid-19 fez com que professores de todo o país trocassem os quadros e as carteiras escolares pelas telas e pelos aplicativos digitais”.

Nessa perspectiva, este artigo tem como objetivo analisar o fenômeno da transformação digital no contexto pandêmico e os impactos à proteção de dados pessoais frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018), tendo por fundamento teórico a premissa do fenômeno da Sociedade Informacional, de Manuel Castells. Como metodologia de pesquisa, adotou-se o método hipotético-dedutivo, com enfoque na revisão bibliográfica nas áreas da Pedagogia e do Direito, seguido do estudo do caso eleito para avaliação do patamar de proteção de dados pessoais, a partir do qual se pôde constatar a existência de riscos à proteção de dados pessoais de educandos, sobretudo em razão da dificuldade de medidas de acessibilidade e clareza na transmissão de informações para adesão aos serviços da sala de aula virtual.

Assim, na primeira seção se debruça sobre o fenômeno da transformação digital, que tem como características a digitalização e a *datificação* (*datification*) das vidas e relações humanas, incluindo nessa análise também, como fator relevante, os efeitos da pandemia de COVID-19. A relevância do tema está na compreensão da arquitetura dos arranjos sociais contemporâneos e, assim, tem-se a

contextualização ao tema central do presente trabalho. Na segunda seção é dedicado especificamente à proteção de dados pessoais dos educandos e visa endereçar a problemática e principal indagação trazida no presente artigo: como se manifesta o direito à proteção de dados pessoais dos educandos nos ambientes de sala de aula virtual? Por fim, traz-se um estudo de caso sobre a Política de Privacidade do aplicativo “Aula Paraná”, a partir do qual se demonstra o padrão-médio de privacidade e proteção de dados encontrado em plataformas digitais de ensino, comumente vistos no mercado, realçando suas qualidades e apontando suas falhas.

Com isso, foi possível demonstrar a necessidade de aprimoramento dos termos de uso e política de privacidade do aplicativo Aula Paraná, sobretudo para facilitação do acesso e compreensão de seu funcionamento para o público infanto-juvenil para o qual o mesmo se destina, conferindo efetiva proteção de dados pessoais aos educandos.

2 O DESAFIO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NO CONTEXTO PEDAGÓGICO

O crescente avanço do uso de tecnologias que demandam o tratamento de dados pessoais é característica marcante do momento histórico atualmente vivido pelas sociedades brasileira e mundial que, conforme Manuel Castells, é entendida como a “Sociedade Informacional”, marcada pela integração das novas tecnologias da informação às “redes globais de instrumentalidade”, gerando uma gama de “comunidades virtuais” mediadas por computadores (CASTELLS, 2020, p. 77).

A Sociedade Informacional possui como características específicas: (i) o grande volume de informações; (ii) a transmissão instantânea de informações; (iii) a organização bipolar da informação;

(iv) os sistemas interativos de informação; (v) a constante inovação tecnológica; (vi) o formato digital da informação; e (vii) a onipresença da Internet (MOLINARO; SARLET, 2013, p. 65).

Todas essas características não somente foram vistas, mas sentidas de perto por todos aqueles que, nesse período de pandemia de COVID-19, precisaram manter atividades de ensino, seja em sede de *homeschooling*, seja na modalidade de Ensino à Distância (EaD). Nas palavras de Wolfgang Hoffmann-Riem (2021, p. 3-4):

É grande a probabilidade de que a Pandemia do Corona, eclodida mundialmente no ano de 2020, conduza a transformações com consequências permanentes, também no que se refere às áreas de aplicação das tecnologias digitais, acompanhada por mudanças de hábitos de vida. Já estão sendo cada vez mais utilizadas as tecnologias digitais, sob influência dos sistemas de aprendizagem, para analisar o curso da pandemia e sobretudo para superar os seus problemas. (...) Neste contexto, podemos citar em face o isolamento obrigatório, o aumento do trabalho realizado em *Homeoffice*, a *Homeschooling* utilizada durante o período de fechamento das Escolas, o ensino à distância nas Universidades.

Essas transformações são chamadas de “paradigma informacional” por Jorge Werthein, que pondera que, se de um lado, há avanços positivos, isto não deve ofuscar os pontos preocupantes dessas mudanças, principalmente considerando que, independentemente da discussão acerca da “neutralidade” ou “ambivalência” das novas tecnologias, as questões éticas sempre deverão permear os debates (WERTHEIN, 2000, p.75).

Em meio a percalços políticos, de saúde pública, legais, sociais, ambientais e, naturalmente, organizacionais, próprios da natural desorganização imposta por uma reviravolta imprevisível e sem precedentes na história recente da humanidade, discussões relevantes foram travadas em relação ao paradigma informacional, podendo ser representadas por questões como aquelas mencionadas por Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 368):

O Ensino pela Internet, ou *e-Learning*, como é mais conhecido, é, atualmente, um desafio. Desafio por ter de

incorporar as novas tecnologias, o *e-mail*, os “*Chat rooms*”, a videoconferência, a multimídia junto com as características intrínsecas da Internet como acessibilidade, instantaneidade, alcance mundial e convergência para formar o mais eficiente, abrangente e ousado projeto de ensino a distância já posto em prática, sem comprometer padrão de qualidade e sem infringir os princípios éticos e educacionais que regem a relação professor-aluno, quer seja virtual, quer real.

Com efeito, esses debates, embora estejam diretamente ligados aos avanços tecnológicos, são, na realidade, questões sociais, com repercussões práticas e muito visíveis na vida em sociedade.

A título exemplificativo, pode-se mencionar que, por força da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – a Lei de Diretrizes da Educação – LDB (BRASIL, 1996) –, é dever dos pais ou responsáveis legais efetuar a matrícula de crianças a partir de seus 4 (quatro) anos de idade no ensino básico. Portanto, em tese, não seriam as questões acima suficientes para eximir a responsabilidade de pais ou responsáveis legais efetuarem a matrícula escolar de seus filhos.

Diversamente, o advento e disseminação de tecnologias para reuniões em videochamadas afetou até mesmo a vida familiar, eis que as aulas síncronas e remotas por meio de plataformas digitais trouxeram a necessidade de assistência dos pais ou responsáveis legais para que a criança se conecte à sala de aula virtual e lá permaneça, com foco, interesse e condições de interagir no ambiente digital. Nesse contexto, surge um efeito colateral dessa transição, da sala de aula física para a virtual, uma vez que parte das atribuições pedagógicas acabam sendo transferidas dos educadores para os pais.¹

Uma vez identificados alguns dos diversos desafios imposto pela pandemia de COVID-19 à transformação digital na área pedagógica e em virtude do recorte do presente trabalho, passa-se a

¹ “No contexto da Educação Infantil, **atividades e encontros podem acontecer de forma remota, mas a família assume o protagonismo das práticas pedagógicas**”, ainda que com apoio dos educadores (Disponível em <https://www.somoseducacao.com.br/desafios-da-educacao-infantil-em-periodo-de-pandemia/>; Acesso em 20 fev. 2021).

dar enfoque à proteção de dados pessoais dos educandos nas salas de aula virtuais.

3 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EDUCANDO NAS SALAS DE AULA VIRTUAIS

É sabido que a modalidade de Ensino a Distância (EaD) já existia anteriormente à pandemia de COVID-19, porém esta encontrava terreno nos cursos de ensino superior e cursos livres de extensão e atualização (PINHEIRO, 2016, p. 370). Com a pandemia, no entanto, praticamente todas as etapas de ensino precisaram ser absorvidas por modelos de EaD², ou em modelo próprio caracterizando-se por ser remoto e síncrono, mediante a criação de turmas e salas completamente virtuais, porém não utilizando de aulas gravadas, diferentemente do ensino EaD. Por sua imprevisibilidade e consequente falta de planejamento, os desafios para a implementação bem-sucedida das salas de aula virtuais trouxeram impactos pedagógicos significativos à educação brasileira.

Nesse sentido, conforme pesquisa do Instituto Data Senado (CHAGAS, 2020, n. p.),

Entre os quase 56 milhões de alunos matriculados na educação básica e superior no Brasil, 35% (19,5 milhões) tiveram as aulas suspensas devido à pandemia de covid-19, enquanto que 58% (32,4 milhões) passaram a ter aulas remotas. Na rede pública, 26% dos alunos que estão tendo aulas online não possuem acesso à internet.

A despeito das mazelas sociais e da escassez de recursos da parcela menos favorecida da população para ter acesso à Internet e de maneira decorrente ao ensino, a partir da pesquisa do Instituto Data Senado pode-se concluir, também, que mais de 32 milhões de

² Com exceções, por exemplo, aos cursos que exigem atividades práticas e de campo.

estudantes passaram a ter seus dados pessoais lançados na rede mundial de computadores.

Tais números não despertam atenção apenas em razão de seu vulto; a preocupação real surge do reconhecimento da importância dos dados pessoais para o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural³, especialmente considerados as crianças e adolescentes, uma vez que esses, passarão nos bancos escolares (físicos e, agora, virtuais) parte de suas vidas, período em que, do ponto de vista da neurociência, o ser humano molda de forma mais profunda seu caráter, seus valores, seus gostos, enfim, sua personalidade.

Portanto proteger dados pessoais significa resguardar o direito do indivíduo em se “autodeterminar”, o que, para Stefano Rodotà, decorre da possibilidade de exercer controle sobre a circulação de dados e informações pessoais. Tal controle apresenta-se como um “instrumento de equilíbrio” para estabelecer criteriosos filtros quanto à coleta e tratamento de dados pessoais; sem controle, fatalmente adentra-se no que Rodotà (2008, p. 37 e 111) denomina “Sociedade da vigilância total”.

O potencial de vigilância e interferência na vida do indivíduo pode ser compreendido a partir do momento em que se constata o número e variedade de dados pessoais coletados de usuários, agora decorrente da relação entre educandos e instituições de ensino, abaixo apresentada por Lucena e Gomes (2021, p. 120):

Somente com clareza no conhecimento desses motivos, do que pretende com cada uma das categorias de dados que trata, como nome, e-mail, documentação pessoal, gênero, data de nascimento, informações sobre saúde, em caso de menores, cartão de vacina, nome do pediatra responsável e seu contato, que fazem parte da rotina escolar, além de outras categorias eventualmente identificadas, é que a escola estará em condições de elencar as atividades e processo organizacionais dependentes de dados e fazer a

³ Como ressalta Bioni (2019, p. 65), os dados são “*signos*”, elementos que identificam e qualificam o indivíduo; um novo tipo de identidade que, agregados, formam verdadeiros “dossiês digitais” e, conseqüentemente, “cada vez mais, as atividades de processamento de dados têm ingerência na vida das pessoas” e, assim, enquadraram-se na categoria dos direitos da personalidade e na projeção desta.

indispensável correspondência entre cada um deles e a base legal que pretensamente autoriza o tratamento.

Especificamente com relação a dados sobre saúde, cabe o alerta de que “Em tempos de pandemia, dados sobre saúde podem ser coletados a partir de diferentes métodos e técnicas (FREITAS, 2021)”, razão pela qual é de se observar, ainda, que tais dados são tratados⁴ não apenas pelas instituições de ensino perante as quais os educandos se encontram matriculados, mas também por terceiros, provedores de aplicação de Internet e de soluções em tecnologias da informação e comunicação (TICs) que, para viabilizar as videochamadas em que ocorrem as salas de aula virtuais, também acabam tendo acesso e fazendo uso compartilhado de dados pessoais.

Além dos terríveis efeitos próprios da pandemia, os desafios impostos ao ensino foram agravados pelo advento da LGPD, em vigor desde setembro de 2020. Isto porque, pode-se afirmar com segurança, uma parcela ínfima das instituições de ensino efetivamente se preocupava com questões ligadas à proteção de dados pessoais de seus colaboradores, professores, estudantes e pais ou responsáveis legais de estudantes, razão pela qual o nível de maturidade organizacional dessas instituições, em regra, era (e ainda continua) muito baixo (LUCENA; GOMES, 2021, p. 120).

Com efeito, é preciso compreender que proteção de dados pessoais depende de ajustes em processos organizacionais que compatibilizem as atividades de uma organização às disposições da LGPD, uma vez que a lei é aplicável a todos os setores econômicos e da atividade produtiva, inclusive às instituições de ensino. Aliás, como apontam Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau Meireles, que pontuam: “A estrutura da LGPD é toda pautada na criação de deveres. O legislador criou uma série de deveres de cuidado

⁴ Aqui, adotou-se o termo técnico “tratamento” ou “ato de tratamento”, empregado pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para se referir a “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”, conforme redação do art. 5º, inciso X, da LGPD.

que devem ser seguidos pelo controlador e pelo operador, sob pena de virem a ser responsabilizados” (GUEDES; MEIRELLES, 2019, p. 231).

Com a criação de deveres por parte do legislador, é natural que uma grande parcela das organizações não esteja devidamente apta a atender prontamente às novas obrigações legais, o que explica – mas não justifica – o baixo índice de maturidade institucional no tocante à proteção de dados pessoais, como visto.

Há que se considerar, ainda, que a intensificação da necessidade de uso das TICs (leia-se: *webcams*, microfones, *software* diversos) – provocada pela pandemia– também na área pedagógica, especialmente quanto a plataformas de videochamadas e salas de aula virtuais, implica, por exemplo, na adoção de novas medidas de salvaguardas relacionadas à Segurança da Informação (SI), definida a partir da Norma ABNT NBR ISO/IEC 17799 (ABNT, 2005, p. ix):

A segurança da informação é obtida a partir da implementação de um conjunto de controles adequados, incluindo políticas, processos, procedimentos, estruturas organizacionais e funções de software e hardware. Estes controles precisam ser estabelecidos, implementados, monitorados, analisados criticamente e melhorados, onde necessário, para garantir que os objetivos do negócio e de segurança da organização sejam atendidos. Convém que isto seja feito em conjunto com outros processos de gestão do negócio.

Embora se possa cogitar procedimentos organizacionais e medidas tecnológicas para proteção de dados e segurança da informação, é importante observar também o fator humano.

Conforme Freire (2002), de um lado, o educador, em meio a tantas competências e atribuições que já lhe são tradicionais e próprias (como o rigor metodológico, a pesquisa, respeito aos saberes dos educandos, a criticidade, a estética, a ética, a aceitação do novo, a segurança, o comprometimento, o querer bem aos educandos, entre outras), torna-se, ainda, o animador da inteligência coletiva dos grupos que estão a seu encargo. Sua atividade será centrada no acompanhamento e na gestão das aprendizagens: o incitamento à troca de saberes, à mediação relacional e simbólica, a pilotagem

personalizada dos percursos de aprendizagem (LÉVY, 1999, p. 171). De outro lado, os pais e responsáveis legais de educandos que, na pandemia, tiveram redobradas suas responsabilidades, tanto para fazer parte do papel de educadores, ou seja, de algumas das funções típicas de professor, quanto o papel de pais.

Assim, a função de proteger os dados pessoais dos educandos não recai exclusivamente sobre as instituições de ensino ou dos próprios educadores. Em se tratando de crianças e adolescentes, especialmente as crianças, cabe aos pais e responsáveis legais zelar pela proteção de dados de seus filhos, sendo que a participação parental é da máxima importância nas decisões atinentes à permissão do tratamento de seus dados pessoais (TEIXEIRA; RETTORE, 2019, p. 527).

Por fim, considerando que a proteção de dados pessoais não se restringe ao meio digital, vale observar que o momento pós-pandêmico e a possibilidade de retomada das aulas presenciais, ainda que parcial e progressivamente, também inspira cuidados com a proteção de dados pessoais. Isto porque, práticas como a checagem de temperatura de estudantes, por mais profilática e recomendável que sejam, podem ser problemáticas em razão da qualidade especial⁵ de dados ligados à saúde de um indivíduo, o que faz dos protocolos de segurança adotados em prol da prevenção sanitária exigirem novos protocolos, desta vez relacionados à segurança da informação.⁶

É relevante observar que tais dados podem, potencialmente, expor indivíduos a condições vexatórias e até mesmo levar a atos de

⁵ A LGPD considera dado referente à saúde como um “dado pessoal sensível”, exigindo mais camadas de proteção a esse tipo de informação.

⁶ Trecho de entrevista concedida por Patrícia Peck Pinheiro ao portal Escolas Exponenciais, em matéria intitulada “Como adaptar sua escola para o cumprimento da nova Lei de Dados Pessoais?”. Disponível em: <<https://escolasexponenciais.com.br/inovacao-e-gestao/como-adaptar-sua-escola-para-o-cumprimento-da-nova-lei-de-dados-pessoais/>>; Acesso em 20 fev. 2021.

discriminação⁷ e *cyberbullying*⁸, na medida em que, hipoteticamente, a suspeita ou confirmação do coronavírus, poderiam vir a ser objeto de estigmas e discriminações no ambiente escolar, físico ou digital.

4 APLICATIVO “AULA PARANÁ”: UM ESTUDO DE CASO

O aplicativo “Aula Paraná”, objeto do presente estudo de caso, foi uma solução pedagógica desenvolvida durante a pandemia de COVID-19 e destinada a viabilizar a criação de um ambiente digital para a condução do ensino público dos educandos paranaenses. Uma sala de aula virtual, portanto. A relevância do estudo ora apresentado faz-se diante de pesquisa que se concentra no estudo de um caso em particular a ser considerado como representativo de um conjunto de casos análogos, por ele significativamente representativo, especificamente as plataformas digitais utilizadas no período pandêmico. Busca-se, portanto, a generalização para situações análogas, permitindo-se inferências (SEVERINO, 2007, p. 121).

Para reger a relação entre instituições de ensino estaduais e educandos nesse ambiente, foram elaborados, pela Secretaria da Educação e do Esporte do Estado do Paraná, dois documentos principais: os “Termos de Uso”⁹ e a “Políticas de Privacidade”¹⁰. O advento e massiva proliferação de documentos como os Termos de Uso e as Políticas de Privacidade, segundo Bioni (2019, p. 170), é uma

⁷ A esse respeito, ver artigo intitulado “Covid-19 e a possibilidade de discriminação no tratamento de dados pessoais sensíveis à luz da lei geral de proteção de dados”, disponível em: <https://bit.ly/3bqguwe>; Acesso em 20 fev. 2021.

⁸ O “*cyberbullying*” nada mais é do que “o *bullying* realizado por meio das tecnologias digitais.”, produzindo efeitos tão nefastos ou até mais graves que aqueles desencadeados pelo *bullying* realizado em ambiente físico, pois a comunicação em rede via Internet pode exponenciar o alcance das práticas discriminatórias. (Disponível em: <https://brasile scola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>; Acesso em 20 fev. 2021).

⁹ Disponível em: <http://www.aulaparana.pr.gov.br/termos>; Acesso em 1º jul. 2020.

¹⁰ Disponível em: http://www.aulaparana.pr.gov.br/politica_de_privacidade; Acesso em 1º jul. 2020.

resposta regulatória do mercado, diante do progresso geracional das leis de proteção de dados pessoais, “marcado pela gradual adjetivação empregada ao consentimento, como sendo inequívoco, expreso, informado, específico ou livre”.

Inicialmente cabe descrever alguns pontos relevantes do aplicativo “Aula Paraná”, a saber:

- a) Objetivo: No período da pandemia de Covid-19, os estudantes da rede pública podem assistir às aulas por meio de um aplicativo e em canais de TV vinculados à RIC, afiliada da Rede Record no Paraná;
- b) Quem pode acessar: Alunos da rede pública de ensino do Paraná;
- c) Como acessar: pela TV ou por aplicativo;
- d) Como acessar pelo aplicativo: O app está disponível para celulares que utilizam o sistema Android (na loja [Google Play](#)) e iOS (na [App Store](#)). O login é realizado por meio do número do Cadastro Geral da Matrícula (CGM) no campo *usuário* e a senha é a data de nascimento do estudante, no formato DDMMAAAA;
- e) Informações complementares: O aplicativo “Aula Paraná” não consome dados do plano 3G e 4G e pode ser acessado em celulares pré-pagos, sendo a programação das aulas atualizada semanalmente.

Estas informações são encontradas em documentos como “Termos de Uso” e das “Políticas de Privacidade” que, na realidade, são considerados contratos de adesão, conforme aporte da doutrina especializada de Oliveira *et. al.* (2019, p. 191-192):

Com efeito, ainda é insipiente na doutrina e na própria jurisprudência pátria discussões mais aprofundadas a respeito da natureza jurídica e efeitos emanados dos documentos intitulados ‘Termos de Uso’ e ‘Política de Privacidade’.

Nada obstante, é possível amoldá-los às ferramentas já existentes no ordenamento jurídico pátrio, em especial às normas pertinentes aos contratos de adesão, cuja principal característica é a existência das figuras do proponente e do aderente. O primeiro é o responsável por estabelecer cláusulas e condições contratuais, enquanto o segundo tem apenas a opção de aceitar ou rejeitar o contrato como um todo, abrindo mão da possibilidade de negociar os termos do contrato.

Em face da natureza contratual desses instrumentos, em regra crianças e adolescentes – aqui na condição de tomadores de serviços educacionais (ainda que gratuitos, prestados pelo Estado e instituições públicas de ensino) – não devem ser submetidos a aceitar, concordar

ou firmar tais contratos. Seja por questões relativas à incapacidade civil, que implica na obrigatoriedade de se fazerem assistidos ou representados, por seus pais ou representantes legais, seja por questões de absorção do conteúdo dos documentos, ou mesmo pela compreensão das consequências em relação ao tratamento de dados pessoais sobre sua autodeterminação informacional, há que se estabelecer um diálogo claro com os educandos, a fim de que estes não adotem qualquer providência sem a presença de seus responsáveis, os quais possuem capacidade de compreender os termos destes instrumentos e manifestar vontade validamente.

Nesse sentido, a experiência das boas práticas relativas à proteção de dados pessoais tem revelado que o emprego de medidas voltadas à “*User Experience*” (UX), ou seja, a otimização da experiência do usuário dos serviços, são fundamentais para alcance da autodeterminação informacional. Dentre as facetas da UX, pode-se mencionar a acessibilidade que, conforme lição de Pinheiro (2016, p. 424-429):

Um diferencial para o site é a utilização de recursos gráficos, como sons e animações que tornam a página mais atraente para o visitante. (...) Exemplos de barreiras ao acessar o conteúdo de uma página: ausência de alternativas para permitir o recebimento das informações, como ausência de texto alternativo que pode ser convertido em áudio, de imagens suplementares ou de legendas para o áudio; (...) falta de clareza e consistência na organização das páginas; uso de linguagem complexa sem necessidade; (...) É preciso que empreendedores vejam a acessibilidade como uma aliada, captando novos clientes e divulgando amplamente os serviços de sua empresa, bem como o respeito por pessoas diferentes.

Entretanto, da análise dos Termos de Uso e da Política de Privacidade do aplicativo “Aula Paraná”, verifica-se linguagem complexa e inacessível a crianças e adolescentes. Como elemento de análise, destaca-se trecho que trata justamente da necessidade de representação/assistência do usuário:

O USUÁRIO do Aula Paraná que no momento de sua instalação e/ou uso seja menor de 18 (dezoito) anos – isto é, seja relativa ou absolutamente incapaz até o limite mínimo de 10 (dez) anos de idade –, deverá ser

necessariamente assistido ou representado por seu maior de idade responsável legal, na forma da lei. Este requisito do USUÁRIO é igualmente obrigatório para a concordância com a presente e adesão a estes termos, bem como à Política de Privacidade do Aula Paraná.¹¹

A questão da acessibilidade não é mera preocupação abstrata da letra da lei. Conforme disposto no parágrafo 6º, do art. 14, da LGPD, sempre que a comunicação se der diretamente com crianças e adolescentes, faz-se necessário facilitar o acesso à informação, as quais devem ser expostas de modo simples, claro e acessível, levando em consideração as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, inclusive com a adoção, sempre que possível, de recursos audiovisuais, de modo a proporcionar a transmissão da informação aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança. Tal preocupação, em verdade, guarda profunda ligação com o próprio significado do termo, uma vez que “acessibilidade” deve ser vista como “autonomia”, ou como forma de “autodeterminação”, que podem perfeitamente serem alcançadas por meio de tecnologias assistivas (MEIRELLES; PEREIRA, 2020, p.129).

Por isso, a fim de aprimorar tais documentos, considerando o público a quem se voltam os serviços, poder-se-ia cogitar das seguintes medidas de adequação à forma de redação dos Termos de Uso e Política de Privacidade: (i) adoção de linguagem direta e pessoal, tratando o provedor na 1ª pessoa do plural (“nós”) e o usuário na 2ª pessoa do singular “você”); (ii) adoção de linguagem mais simples, permitindo melhor compreensão por crianças e adolescentes; (iii) adoção de linguagem informal, dispensando-se, sempre que possível, termos puramente contratuais e/ou jurídicos; e (iv) permitir a acessibilidade do texto via áudio. Há que se mencionar a possibilidade de “gamificação”¹² de tais termos e políticas, apresentando-se como

¹¹ Disponível em: <http://www.aulaparana.pr.gov.br/termos>; Acesso em 1º jul. 2020.

¹² O termo “gamificação” (do inglês *gamification*) é considerado “a prática de aplicar mecânicas de jogos em diversas áreas, como negócios, saúde e vida social. O principal objetivo é aumentar o engajamento e despertar a curiosidade dos usuários e, além dos desafios propostos nos jogos, na Gamification as recompensas também são itens cruciais para o sucesso. Embora não seja necessário criar um jogo em si, a prática

uma alternativa multimodal para despertar o interesse dos estudantes e a sua curiosidade, conjugando elementos que levam a participação e engajamento, resultando na criação de uma cultura de proteção de dados pessoais e contribuindo para o uso consciente e responsável das TICs.

No contexto da educação, jamais se pode perder de vista que os interesses de menores – crianças até doze anos incompletos e adolescentes até 18 anos incompletos – estão em jogo. Por esta razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), estabelece “a proteção integral da criança e do adolescente”, prevendo que “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”,¹³ o que, sem sombra de dúvida, aplica-se também aos direitos da personalidade das crianças e adolescentes, dentre eles, a privacidade e a proteção de dados pessoais. Com efeito, a legislação pátria reconhece a hipervulnerabilidade desses indivíduos, condição própria da etapa de vida de pessoa em desenvolvimento (LEAL, 2019, p. 157), asseverada pela notória “assimetria de poder e de informação entre o usuário de produtos e serviços da Internet em relação aos fornecedores” de bens e serviços (TEIXEIRA; RETTORE, 2019, p. 508), inclusive os serviços educacionais, destinados à área pedagógica.

Outra disposição que merece ser observada no âmbito da Política de Privacidade do referido aplicativo, pode ser extraída do seguinte trecho: “O uso do Aplicativo Aula Paraná indica que o USUÁRIO aceita e concorda com quaisquer alterações por ventura implementadas à presente Política de Privacidade”.¹⁴

Aqui, sobressai a impossibilidade do usuário em conhecer previamente os novos termos de um documento que sequer existe ao

tem ganhado muito espaço na sociedade, e vem sido inserida até em aplicativos e livros” (Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2016/07/0-que-e-gamificacao-conheca-ciencia-que-traz-os-jogos-para-o-cotidiano.html>;
Acesso em 1º jul. 2020.

¹³ Conforme artigos. 1º e 70, do Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente.

¹⁴ Disponível em: http://www.aulaparana.pr.gov.br/politica_de_privacidade;
Acesso em 1º jul. 2020.

tempo da adesão, tolhendo-lhe antecipadamente a possibilidade de aceitar ou rejeitá-los, o que se afasta da função precípua de Políticas de Privacidade, qual seja, a de empoderar o cidadão, dando-lhe poder de barganha e autonomia sobre o fluxo informacional, pois “O leque de opções do processo de tomada de decisão avançaria para além da lógica binária do *take-it* ou *leave-it*”¹⁵ (BIONI, 2019, p. 184).

Isto decorre das próprias regras de Direito Civil e Direito do Consumidor a respeito da necessidade de manifestação de vontade de ambos os contratantes, sobretudo aquele que figura na posição de aderente, o qual não pode ficar sujeito a alterações unilaterais do contrato, razão pela qual existe a figura dos termos aditivos contratuais, um novo contrato, que introduz modificações no contrato anterior.

Sem prejuízo às críticas anteriormente mencionadas, cabe destacar um ponto bastante positivo identificado na análise da Política de Privacidade do aplicativo “Aula Paraná”, onde consta declaração expressa de que não haverá coleta ou tratamento de informações dos usuários desnecessárias às finalidades legítimas e esperadas dos serviços educacionais à distância, como históricos de navegação na internet e geolocalização.¹⁶ Assim, caso o tratamento, na prática, ocorra conforme os termos da Política de Privacidade, não se verifica a intrusão do fornecedor dos serviços na privacidade dos usuários, tampouco violação aos postulados da proteção de dados dos educandos. Nada obstante, é importante fazer um contraponto, visto que tal condição de não intrusão pode não ser observada em outras plataformas digitais, não analisadas por ocasião do presente trabalho, eis que centrado no estudo de caso do aplicativo “Aula Paraná”.

Ainda a respeito da coleta e tratamento de dados não essenciais ao desenvolvimento das atividades pedagógicas, extrai-se da Política de Privacidade que

¹⁵ Ou, em tradução livre, “pegar ou largar”.

¹⁶ A esse respeito, confira-se a Cláusula 6^a da Política de Privacidade do aplicativo “Aula Paraná”, disponível em: Disponível em: http://www.aulaparana.pr.gov.br/politica_de_privacidade; Acesso em 1º jul. 2020.

No uso do recurso de conversa pública por mensagens de texto na aula (chat público) do aplicativo Aula Paraná, os conteúdos de mensagens ali veiculadas são mantidos ou arquivados pelo Aplicativo Aula Paraná no curso normal de funcionamento do aplicativo. A guarda de tais dados respeita o prazo máximo de até 06 (seis) meses – podendo ser eliminados durante tal período.

A respeito do prazo de armazenamento até a eliminação definitiva destas informações, é importante anotar que todo ato de tratamento de dados pessoais precisa, por força de lei, ser finito.¹⁷ Dessa forma, como observam Diogo Richter e Marcelo Bertoncini, é necessário definir o período do tratamento de dados pessoais ou o momento de seu término, com o atingimento de suas finalidades (RICHTER; BERTONCINI, 2020, p. 61), o que, no contexto pedagógico, varia conforme obrigações legais e regulatórias (*v.g.* o prazo de guarda de dados pessoais necessários à emissão de diplomas e certificados), mas também conforme atos pontuais, como eventuais gravações de atividades pedagógicas realizadas no ambiente das salas de aula virtuais. Nesse caso, não se vislumbram motivos para a manutenção das imagens por longos períodos, devendo tais dados serem eliminados em prazo razoável, ou no mais tardar após a conclusão da disciplina, bimestre, semestre ou ano letivo, conforme o caso.

Assim, com base no legado de Paulo Freire, o cuidado com o educando é pedagogia. Nesta medida, especialmente em se tratando de educandos crianças e adolescentes, a proteção de dados pessoais se torna ato de educar.

5 CONCLUSÃO

Com a pandemia de COVID-19 e as barreiras impostas pela necessidade de isolamento social, medida de grande relevância para

¹⁷ Conforme disposições dos artigos. 15 e 16, da LGPD.

contenção da disseminação e contágio em massa do coronavírus, catalisou-se o processo de transformação digital quanto às relações sociais e, com isso, impõe-se uma verdadeira quebra do paradigma na insipiente cultura brasileira de tutela da privacidade da pessoa humana, aqui traduzida na proteção de seus dados pessoais, a fim de se permitir o alcance de uma nova etapa em prol da tutela material e efetiva dos dados pessoais, tratados em ambiente digital ou fora dele.

No presente trabalho, demonstram-se os efeitos da transformação digital, que desemboca naquilo que Manuel Castells denominou como “Sociedade Informacional” e, num contexto de pandemia e isolamento, as TICs assumem papel central na consecução das atividades pedagógicas, fazendo surgir uma série de novos desafios à educação, agora.

Na sequência, procurou-se sensibilizar a comunidade – especialmente educadores e demais profissionais ligados às instituições de ensino ou à pedagogia, e também a comunidade jurídica – a respeito da importância da proteção de dados pessoais no contexto de aulas virtuais e quanto aos impactos trazidos pela LGPD, que se apresenta como uma norma que traz consigo diversos deveres de conduta, inclusive ligados à segurança da informação e aos dados pessoais de professores, educandos e seus pais e responsáveis legais.

Por fim, apresentou-se um estudo de caso com a análise dos “Termos de Uso” e “Política de Privacidade” do aplicativo “Aula Paraná”, utilizado no âmbito da educação pública paranaense como sala de aula virtual. A partir das considerações feitas a partir dos referidos documentos, foram apontados itens que merecem ser aprimorados em prol da proteção de dados pessoais dos educandos, como (i) a acessibilidade na comunicação de seu conteúdo; (ii) a questão formal de representação de menores de idade por seus pais ou representantes legais, quando aplicável; e (iii) alterações inadvertidas quanto à alteração dos documentos. De outro lado, sublinhou-se ponto positivo referente à declaração de que dados desnecessários ao desenvolvimento das atividades pedagógicas não seriam coletados ou utilizados, bem como seriam excluídos em prazo razoável.

Em conclusão, o tempo presente exige mudanças culturais e procedimentais, pois a transformação digital chegou e, diante dos desafios impostos pela pandemia de COVID-19, veio para ficar. Assim, a proteção de dados pessoais no meio ambiente pedagógico, especialmente voltada ao educando, criança e adolescente, precisa ser, também, objeto de aprendizado por instituições de ensino, professores, enfim, pela sociedade. Só assim, teremos salas de aulas virtuais seguras e propícias ao bom desenvolvimento da atividade pedagógica.

Assim, é fundamental reconhecer que proteger os dados pessoais de crianças e adolescentes é resguardar o melhor interesse de futuros adultos, cabendo esta missão às instituições de ensino, educandos e pais e responsáveis legais, enfim, à sociedade.

Data de Submissão: 19/07/2021

Data de Aprovação: 18/09/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Ana Cecília Fontenele Zacarias

REFERÊNCIAS

ABNT, NBR. **ISO/IEC 17799. Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Código de prática para a gestão da segurança da informação.** 2005. p. ix.

AMADO, Casimiro. **História da Pedagogia e da Educação — Guião para acompanhamento das aulas**, Univ. de Évora 2007.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9.394, de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm; Acesso em 20 fev. 2021.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm; Acesso em: 1º jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** Trad. Roneide Venancio Majer, 21ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CHAGAS, Elisa. DataSenado: quase 20 milhões de alunos deixaram de ter aulas durante pandemia, Agência Senado, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/12/datasenado-quase-20-milhoes-de-alunos-deixaram-de-ter-aulas-durante-pandemia>; Acesso em 20 fev. 2021.

COSTA, Gilberto; TOKARNIA, Mariana. A pandemia de covid-19 fez com que professores de todo o país trocassem os quadros e as carteiras escolares pelas telas e pelos aplicativos digitais. **Agência Brasil**, 15 out. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-10/pandemia-de-covid-19-fez-ensino-e-papel-do-professor-mudarem>. Acesso em: 20 fev. 2021.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti. **Adaptive learning e educação digital: o uso da tecnologia na construção do saber e na promoção da cidadania.** In Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.23, n.37, 2019

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa.** 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2002.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Dados sensíveis, covid-19 e LGPD.** In ESTADÃO. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/dados-sensiveis-covid-19-e-lgpd/>; Acesso em 20 fev. 2021.

HAIDT, R.C.C. **Curso de Didática Geral.** São Paulo: Ática, 1998.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação digital; desafios para o direito.** Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LUCENA, Claudio; GOMES, Roberta. **Desafios de adequação à LGPD em Instituições de Ensino**. In LIMA, Ana Paula Moraes Canto de; CRESPO, Marcelo; PINHEIRO, Patricia Peck (coord.). *LGPD Aplicada*. São Paulo: Atlas, 2021.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PEREIRA, Elizabete Aparecida. **Tecnologia Assistiva: Instrumento para a acessibilidade da pessoa com deficiência na consecução de direitos fundamentais**. In: *Direitos fundamentais e a era tecnológica - Law Experience 2020*. FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VETTORAZI, Karlo Messa (org.). 1. Ed. Curitiba: FAE/Bom Jesus, p. 125-142, 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. **Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica?** In TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. **Sociedade em rede, internet e Estado de vigilância: algumas aproximações**. *Revista da AJURIS* – v. 40 – n. 132 – Dezembro, 2013.

OLIVEIRA, Ana Paula; OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti de; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira na Prática Empresarial**. In *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, v.4, n.1 (maio 2019) - Curitiba: OAB-PR, 2019.

OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti de. **Covid-19 e a possibilidade de discriminação no tratamento de dados pessoais sensíveis à luz da lei geral de proteção de dados**. In 1ª Chamada de Artigos do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD). Disponível em: <https://bit.ly/3bqguwe>; Acesso em 20 fev. 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6ª ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

RICHTER, Diogo Kastrup; BERTONCINI, Marcelo Reviglio. **Os limites da Administração Pública no tratamento de dados pessoais no enfrentamento de calamidades públicas**. In: *Direitos fundamentais e a era tecnológica - Law Experience 2020*. FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; VETTORAZI, Karlo Messa (org.). 1. Ed. Curitiba: FAE/Bom Jesus. p. 51-64. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. A vida na sociedade de vigilância.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

UNICEF. **Cyberbullying: o que é e como pará-lo: 10 coisas que adolescentes querem saber sobre cyberbullying.**

Disponível em:

<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>;

Acesso em 20 fev. 2021).

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios.** Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

The Covid-19 Pandemic And The Right Of Educates To Protect Personal Data In The Virtual Classroom

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

Alboni Marisa Dudeque Pianovski Vieira

Abstract: Considering the need for social isolation, the Covid-19 (coronavirus) pandemic was certainly responsible for the process of accelerating the phenomenon of digital transformation in the pedagogical area, launching educational institutions, educators and students in a context of hyperconnectivity never seen before, there is an urgent need for continuity in the academic calendars and, finally, in the learning process. However, the abrupt transition from physical classrooms, traditionally known as face-to-face meetings, gave way to virtual classrooms, in which the digital meeting, through webcams and other audiovisual resources left everyone involved exposed and weakened, especially in regarding privacy and personal data protection. The phenomenon of digital transformation is analyzed in the pandemic context and the impacts on the protection of personal data of students, in the form of Law No. 13.709/2018, the General Data Protection Law (LGPD). Therefore, the hypothetical-deductive method was adopted, through a review of legal and pedagogical literature, with theoretical foundation based on the premise of the phenomenon of the Information Society, by Manuel Castells, and a case study was carried out to analyze the Privacy Policy of a virtual classroom application and its impacts on the protection of learners' personal data.

Keywords: Coronavirus; Virtual Classrooms; Information Society; Personal Data Protection.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.60245>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



Advocacy Em Tempos De Pandemia: Luta Contra A Violência À Mulher Na Perspectiva Dos Direitos Da Personalidade


Loirena Roberta Barbosa Castro *

Centro Universitário Cesumar, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maringá-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-2914-9397>

Dirceu Pereira Siqueira **

Centro Universitário Cesumar, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maringá-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>

Resumo: A violência doméstica e familiar contra a mulher tem se agravado durante a pandemia, em razão da limitação dos espaços físicos por uma questão de saúde pública. O distanciamento social, aliado aos fatores socioeconômicos, às incertezas e tensões individuais e coletivas acabam por favorecer conflitos familiares e ser um obstáculo à denúncia da situação. O aumento da violência doméstica e familiar, ao menos no período aqui observado de junho de 2020 a março de 2021, no Brasil, nem sempre será evidenciado por números. Dentro deste contexto, então, objetiva-se analisar os fatores e consequências causadas às vítimas dessa violência, assim como analisar a utilização de *advocacy* para ampliação da participação feminina em prol dos direitos e garantias das mulheres. O problema da pesquisa é, portanto, avaliar em que medida *advocacy* pode auxiliar os direitos da personalidade feminina. E por direitos da personalidade feminina, entende-se a proteção jurídica aos atributos individuais e essenciais às mulheres, como sua integridade física e psíquica, claramente atingidos na violência doméstica e familiar. A hipótese levantada é de que as *advocacys* provocam uma pressão nos agentes públicos, ao levantar bandeiras, causas e problematizá-las diante do corpo social, principalmente nos espaços tecnológicos das redes sociais, que haverá reação daqueles agentes para tornar a bandeira como agenda pública, bem como para tomada de providências na busca de solucionar, ou mitigar, a problematização levantada. O estudo se desenvolverá a partir do levantamento dos estudos na área de *advocacy*, participação democrática e violência contra mulher para uma revisão bibliográfica. E, apoiado no método dedutivo, a partir da existência do Estado democrático brasileiro, fundamentado no princípio da dignidade humana e, de outro lado, o agravamento da violência contra a mulher na atual conjuntura social. Os resultados mostram íntima relação de *advocacy*, aproximação de vozes, aqui femininas, para com a democracia, isso porque se revela como um instrumento de participação direta e de potencial para efetivação de interesses e direitos em prol das mulheres.

Palavras-Chave: Advocacys feministas; direitos da personalidade; violência doméstica; Pandemia.

* Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. E-mail: lorennaroberta@hotmail.com

** Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.58670>

Advocacy Em Tempos De Pandemia: Luta Contra A Violência À Mulher Na Perspectiva Dos Direitos Da Personalidade

Lorena Roberta Barbosa Castro¹

Dirceu Pereira Siqueira²

1 INTRODUÇÃO

A situação pandêmica vivenciada pela transmissão do vírus SARS-CoV-2, que causa a doença da COVID-19, tem acentuado vulnerabilidades do contexto social. Dentre as vulnerabilidades econômicas, de segurança pública e de saúde, o presente estudo elege a elevação da violência de gênero como objeto de observação. Para compreender este fenômeno, é necessário partir da forma com que se dá o contágio da COVID-19 para, só então, apreender o aumento da violência doméstica e familiar contra a mulher no período compreendido entre o segundo semestre de 2020 e o primeiro trimestre de 2021.

As evidências científicas demonstram que a disseminação do vírus SARS-CoV-2 é predominantemente de pessoa por pessoa, seja por contato, gotículas ou fômites. Logo, para conter a pandemia, exige-se a elaboração de medidas efetivas para prevenção, controle e interrupção das cadeias de transmissão, como a Organização Pan-Americana de Saúde e a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendam o distanciamento social.

¹ Bolsista PROSUP/CAPES

² Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI),

O distanciamento social como medida de saúde pública, por outro lado, acaba por restringir não apenas o contato entre pessoas, mas também seus espaços físicos. Modalidades remotas de atendimentos, consultas, trabalhos, aulas e reuniões têm inundado o cotidiano de toda e qualquer pessoa, eis que essa mesma pandemia antecipou imensamente o uso essencial da tecnologia, de uma forma massiva, global. O olhar que aqui se faz, no entanto, é para os lares: o contexto familiar em que seus componentes têm vivido em espaços limitados, suas casas, por uma questão de saúde pública.

No Brasil, os indicadores do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) têm revelado o aumento da violência de gênero associada ao período da pandemia, isto é, de março de 2020 em diante. Em observação ao segundo semestre de 2020 e o primeiro trimestre de 2021, os registros de violência doméstica e familiar contra a mulher são significativos.

Ao mês de junho de 2020, registrou a média de 424 (quatrocentos e vinte e quatro) denúncias diárias de violência contra a mulher, por violência física, psicológica, exposição de risco à saúde, constrangimento, assédio moral, vias de fato, tortura psíquica e insubsistência afetiva como as principais violações (MMFDH, 2020). Os indicadores de junho revelam, ainda, a média diária de 254 (duzentos e cinquenta e quatro) denúncias por violência doméstica e familiar contra a mulher, relacionadas a COVID-19, e dentre os principais grupos de violações e tipos está predominantemente a violência psicológica, física, ameaça/coação, constrangimento, lesão corporal, maus tratos, insubsistência afetiva etc. (MMFDH, 2020).

De julho a dezembro de 2020 houve 37.579 (trinta e sete mil, quinhentos e setenta e nove) denúncias por 114.436 (cento e catorze mil, quatrocentos e trinta e seis) violações por violência doméstica e familiar contra a mulher (MMFDH, 2020). As principais espécies de violações deste período foram por ameaça, coação, assédio moral, constrangimento psíquico, tortura psíquica, insubsistência afetiva, alienação parental, agressão, lesão corporal, exposição de risco à

saúde, maus tratos, insubsistência material, tortura física e violência patrimonial (MMFDH, 2020).

Um protocolo de denúncia – que é a procura à Ouvidoria Nacional de Direitos Humano (ONDH) – pode conter mais de uma denúncia – o relato da vítima – que, geralmente, traz mais de uma violação – por exemplo, ameaça e violência física em um mesmo relato. No primeiro trimestre de 2021, houve o registro de 81.105 (oitenta e um, cento e cinco) violações de violência doméstica e familiar contra a mulher, distribuídas em 18.052 (dezoito mil e cinquenta e duas) denúncias, dentro de 17.701 (dezessete mil, setecentos e um) protocolos de denúncias (MMFDH, 2021). O mês de janeiro somou 6.963 (seis mil, novecentos e sessenta e três) denúncias de 30.908 (trinta mil, novecentos e oito) violações; o mês de fevereiro 5.074 (cinco mil e setenta e quatro) denúncias e 23.805 (vinte e três mil, oitocentos e cinco) violações e, o mês de março, 6.015 (seis mil e quinze) denúncias de 26.392 (vinte e seis mil, trezentos e noventa e duas) violações (MMFDH, 2021).

Em análise das espécies de violações do primeiro trimestre de 2021, observa-se o número de 17.856 (dezessete mil, oitocentos e cinquenta e seis) denúncias com 75.044 (setenta e cinco mil, quarenta e quatro) das violações relacionadas à integridade psíquica, física e, em terceiro, a integridade patrimonial, nesta ordem, conforme os dados do MMFDH (2021). Os dados em análise também mostram que os principais estados brasileiros desses registros foram São Paulo – com 3.985 (três mil, novecentos e oitenta e cinco) denúncias e 17.948 (dezessete, novecentos e quarenta e oito) violações –, Rio de Janeiro – com 3.616 (três mil, seiscentos e dezesseis) denúncias e 16.326 (dezesseis mil, trezentos e vinte e seis) violações – e Minas Gerais – com 1.826 (mil, oitocentos e vinte e seis) denúncias e 8.364 (oito mil, trezentos e sessenta e quatro) violações (MMFDH, 2021).

O que fica evidente, a partir desses registros, é o alto índice de violência psicológica e patrimonial, que não deixam marcas a ser vistas a olho nu, como acontece com os hematomas perpetrados pela

agressão física. O que, aliado à prática do atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar, que tem presenciado resistência no registro da violência patrimonial, é inquietante os números encontrados na plataforma ministerial.

O presente estudo espera contribuir para com a necessidade de que as violências psicológicas e patrimoniais, no âmbito doméstico e familiar, sejam elevadas à mesma consideração de rápido reconhecimento da situação de agressão física para imediato acolhimento da vítima. Contemporâneo, aliás, ao presente estudo é o Projeto de Lei nº 741/2021 – aprovado pelo Senado no mês de julho de 2021 e sancionado pelo Presidente como foi aprovado pelo Plenário, isto é, sem vetos –promulgado como Lei nº 14.188 de 28 de julho de 2021, que criou o tipo penal da violência psicológica contra a mulher, introduzido no Código Penal como o art. 147-B³. Referida lei definiu, ainda, a campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) em todo território nacional.

A partir desses dados e elementos, é possível fazer um recorte artificial à participação democrática como objeto de investigação e elege as mulheres como sujeito de análise, por ser um grupo vulnerável. Com apoio no método dedutivo, parte da premissa de que o Brasil é um Estado democrático de direito que tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988). O princípio da dignidade humana é, então, vetor daquele Estado, na medida em que orienta e limita a sua atuação.

Há um específico grupo vulnerável que, aqui colocado como segunda proposição, durante a pandemia, tem padecido com o crescimento da violência de gênero, especificamente em relação à

³ A redação do novo tipo penal prevê a pena de reclusão de 01 (um) a 4 (quatro) anos a quem “Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”.

violência doméstica e familiar. O ponto de intersecção das premissas é a ofensa ao princípio da dignidade humana, porquanto diretriz, objetivo e limite do Estado democrático de direito. Logo, seus indivíduos têm a proteção jurídica da dignidade humana na alçada dos direitos fundamentais individuais e coletivos. A considerar, então, os estudos sobre os direitos da personalidade – a proteção jurídica aos atributos e características individuais emanadas da dignidade humana – o presente trabalho avança nesta perspectiva para com as mulheres, grupo evidentemente vulnerável, no contexto da violência de gênero.

Propõe-se, então, a discutir a seguinte questão: em que medida as *advocacys* auxiliam os direitos da personalidade feminina? E *Advocacy* não se resume à atuação de um grupo de interesse para formulação, implementação ou desenvolvimento de política pública o que limitaria o instituto. Assim como direito da personalidade corresponde a atributos essenciais ao desenvolvimento individual, decorrente da dignidade humana.

A hipótese levantada é a de que *advocacy* aproxima-se de um válido instrumento de participação, na medida que promove campanhas, oficinas, grupos de apoio, de estudo etc. e, ao ser em prol das mulheres serve tanto para expansão dos interesses, conhecimento dos direitos, quanto como instrumentos de participação na democracia, pois influenciam decisões e tomadores de decisões. Desta forma, *advocacys* têm a capacidade de desencadear positiva reação nos agentes públicos ao erguer para discussão junto à sociedade, principalmente pelo uso das redes sociais – uma vez que durante a pandemia o uso das tecnologias tem se destacado para fins de trabalho, reuniões, aulas, consultas etc. –, pois aumenta o alcance da problematização, de tal forma que as campanhas ganham maiores proporções, adeptos, assim como a temática, e as próprias campanhas, se tornarão parte da pauta pública para discussão e possível tomada de providências.

O estudo utiliza como metodologia de procedimento a revisão bibliográfica para levantamento dos principais estudos sobre

advocacy, violência contra mulher e pandemia. Foram selecionadas as seguintes bases de dados: Ebsco, PubMed, Scholar, Biblioteca Digital UniCesumar, Scholar e revistas de programas de pós-graduação com relevância na temática (Revista Culturas Jurídicas, Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Revista Direito Público, Revista de estudos feministas, Revista da ESMESC, Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, Revista juris poiesis, Revista Jurídica) e livros. A pesquisa se deu pela consulta dos termos “democracia participativa”, “advocacy”, “advocacy feminina”; “violência contra a mulher”; “violência de gênero” and “pandemia”; “COVID-19” e, aos resultados, aplicou-se os filtros “relevância” e “última data de publicação”. Chegou-se, então, a seleção de 68 estudos, dentre eles dissertações (5), artigos, publicações, em revistas, periódicos e jornais científicos (49) e livros (14). Além, foram utilizados documentos nacionais do CNJ, MMFDH, AMB, FBSP, Instituto Avon, Natura; e internacionais da ONU, ONU Mulher, UNICEF, OPAS, OMS; e diplomas jurídicos: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Lei nº 11.340/2006 Lei nº 14.022/2020 e Projeto de Lei nº 741/2021.

O levantamento dos registros de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos Indicadores do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), foi feito em dois momentos: até dezembro de 2020, situação em que os dados anteriores ao ano de 2020 ainda estavam disponíveis; em junho de 2021, ocasião em que a plataforma, até então, utilizada pelo MMFDH foi substituída e as informações anteriores a 2020 não estão mais disponíveis. Para fins de comprometimento para com a pesquisa científica, em revisão deste trabalho, a autora manteve nas referências finais o *link* da plataforma antiga, bem como inseriu da atual plataforma.

A partir dos estudos selecionados, constatou-se a escassez de pesquisas sobre *advocacy*, sua confusão as específicas formas, principalmente, com o *lobby*, assim como a expansão de sua utilização no Brasil, principalmente por movimentos feministas. Justifica o presente estudo, dessa forma, pela contribuição ao esclarecimentos do instituto e para expansão dos estudos e sua utilização para a melhora

da condição feminina. Relevante destacar também que a temática de participação democrática feminina, se mostra atual e necessária para superação das injustiças social de opressão às mulheres, que é evidenciado pela inflamação da violência de gênero durante o período de pandemia.

O estudo objetiva, dessa forma, observar a condição da mulher brasileira no contexto da pandemia da COVID-19 e, especificamente, identificar a relação de *advocacy* para com a democracia. O artigo propõe, ainda, analisar duas campanhas em prol das mulheres em situação de violência doméstica associada à pandemia (#IsoladasSimSozinhasNão, #VizinhaVocêNãoEstáSozinha e Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica). Para tanto, o estudo se divide em quatro seções, a primeiro para delimitar a perspectiva dos direitos da personalidade a partir da expansão da dignidade humana. A segunda seção tecerá sobre a violência contra à mulher durante a pandemia da COVID-19, com o cuidado de posicionar a discussão dentro dos estudos sobre gênero, assim como elencar fatores e consequências. A seção seguinte se ocupará com a *advocacy* e a participação feminina. A quarta faz análise das campanhas e tenta relacionar com a Lei 14.022, de 07 de julho de 2020.

2 DELIMITAÇÃO DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O período pós-Segunda Guerra Mundial propiciou ampla atenção aos atributos mais íntimos e essenciais ao desenvolvimento do ser humano. A crescente valorização da pessoa humana e sua dignidade se relaciona com movimentos surgidos global e gradualmente, de acordo novas necessidades, momentos históricos, e inicia o século XXI com a projeção de novas formas de direitos, ou novos direitos, de íntima relação com a personalidade humana, decorrente do respeito ao indivíduo e sua dignidade (SILVEIRA;

CARVALHO, 2019, p. 203-204), embora as raízes dos direitos da personalidade remetam às elaborações doutrinárias germânicas e francesas do século XIX (CANTALI, 2009, p. 28).

Os novos problemas e conflitos aumentam a complexidade da valoração de bem, de necessidades básicas e o surgimento de novos atores sociais, o que desestabilizou a dogmática jurídica tradicional e provocou a necessidade de uma nova teoria jurídica capaz de acompanhar o crescente surgimento dos novos direitos (WOLKMER, 2013, p. 123-124), a constitucionalização do direito civil. Na medida em que o princípio da dignidade humana passa a ser incorporado às constituições, passa a ser reconhecido como valor fundante da ordem jurídica e, assim, é tanto fundamento aos direitos, quanto da atuação do Estado (MORAES, 2019, p. 30). Aliás, a proteção jurídica dos direitos da personalidade não pode vincular-se estritamente à disciplina civil infraconstitucional, seu abrigo é diretamente na Constituição, em razão da sua essencialidade (REZENDE, 2018, p. 72), sob pena de se restringir e limitar os direitos da personalidade.

A dignidade humana é o centro da personalidade, a pessoa humana leva consigo valores privativos, que integram a personalidade e potencializam o desenvolvimento em sociedade (FERMENTÃO, 2006, p. 246). Personalidade é fonte, dela emana direitos da personalidade que prescindem do reconhecimento pela ordem jurídica para sua existência, mas se fazem reconhecidos na medida em que ao ser humano foi atribuída a qualidade de pessoa e sujeito de direitos, a pessoa é o titular dos direitos da personalidade (BARRETO, 2008, p. 12). A personalidade é o conjunto de caracteres do indivíduo e consiste na parte intrínseca da pessoa humana (SZANIAWSKI, 1993, p. 35).

O objeto dos direitos da personalidade são os atributos da personalidade, bens essenciais ao ser humano e que não necessitam ser configurados como realidade exterior do sujeito (ZANINI, 2011, p. 103). Direitos da personalidade referem-se, então, à proteção jurídica necessária aos atributos e caracteres, sob pena de limitar a dignidade humana (CASTRO; SIQUEIRA, 2020, p. 110).

O conteúdo dos direitos da personalidade, como direitos subjetivos, identifica-se com os valores e bens essenciais da pessoa humana, o que abrange aspectos morais, intelectuais e físicos, integridade psicofísica (COIMBRA; QUAGLIOZ, 2007, p. 09; MARQUES, 2018, p. 38; CANTALI, 2009, p. 28; FRASCATI JUNIOR, 2017, p. 44) e confere ao titular a agir na defesa desses direitos (AMARAL, 2000, p. 246).

A violência doméstica e familiar contra a mulher pode, então, ser vista como a materialização da opressão feminina, que provoca violações aos atributos inerentes à dignidade dessas vítimas, assim, violam os direitos da personalidade feminina (SIQUEIRA; CASTRO, 2020, p. 390). A proteção à personalidade feminina é a denominação que se dá à necessidade de proteção aos direitos da personalidade do específico grupo vulnerável das mulheres (SIQUEIRA; RAMIRO; CASTRO, 2020, p. 353)

A perspectiva qual o presente estudo propõe, então, é a de que qualquer afronta a atributo, valor ou caractere individual, isto é, psicológico, físico, moral etc. das mulheres – pois aqui um dos recortes feitos pelo estudo foi o do sujeito de análise, o grupo vulnerável que as mulheres constituem –, além de ser violação de um, ou mais, direito(s) da personalidade é, ainda, uma afronta à própria dignidade humana.

3 VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

O estudo de gênero mira investigações da construção social de homens e mulheres, estereótipos, identificação, identidade de gênero e suas especificidades. Não se busca aqui aprofundar na temática, mas sim localizar as discussões feitas em torno dos direitos das mulheres, que se acha dentro dos estudos de gênero. No presente estudo, a referência à violência de gênero vai, especificamente, de encontro à violência contra mulheres.

3.1 Gênero: Introdução Necessária À Temática Feminina

O termo gênero, do latim *genus*, significa raça, família, e tem sido utilizado desde a década de 70, inicialmente por feministas americanas com o objetivo de demonstrar as distinções sociais baseadas no sexo biológico (MIRANDA; SCHIMANSKI, 2014, p. 78). Gênero é uma construção social, que não corresponde ao sexo biológico do indivíduo, implica dizer que homens e mulheres são produtos sociais e não de sua anatomia (CARDIN; BENVENUTO, 2013, p. 117), e merece especial atenção para desconstrução dos resquícios sociais patriarcais.

A construção do estereótipo de gênero feminino associa que mulheres são sensíveis e suas capacidades instintivas e intuitivas opõem-se às questões racionais, políticas e culturais (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 03). Gênero, acerca do corpo, deve compreender com a pressuposição da tomada de consciência “da administração da vida dos indivíduos humanos por parte de um poder que não permite descrições abstratas, mas administra a vida concreta das pessoas” (WERMUTH; CORREIO, 2017, p. 30).

Em outros termos, gênero é produto da divisão sexual do trabalho, convergindo com gênero, classe, raça e nacionalidade, posto que as diferenças encaradas como naturais femininas ou masculinas decorrem das atribuições de habilidades distintas (BIROLI, 2018, p. 37). No Brasil, a sociedade patriarcal instalada com Brasil Colônia, passou pelo Brasil Império e perpetuou-se a partir das positavações, tais como o Código Civil de 1916, que inferiorizava a mulher, revogado apenas no ano de 2002 (SIQUEIRA; CASTRO, 2020, p. 390) além dos costumes machistas que se naturalizaram como característicos de homens ou de mulheres.

De uma forma geral, foram atribuídos papéis sociais distintos a homens e mulheres, que são acompanhados por condutas introjetadas por educação diferenciada, e que culminou no desproporcional equilíbrio de poder entre os sexos, como uma hierarquia autoritária

(BIANCHINI, 2014, p. 32). A exploração efetivada em razão do trabalho doméstico ser realizado por mulheres, aliás, não significa que seja nas mesmas condições entre mulheres negras, brancas, mais abastadas, mais pobres ou de diferentes regiões (BIROLI, 2018, p. 38).

O próprio direito ainda se constitui em sistemas patriarcais, estigmatizados nas bases de sexo/gênero, e somente a atuação democrática, com a participação feminista, de atuação feminina, garantirá plena acessibilidade à justiça (SANTIAGO; ALVES; TAUIL, 2020, p. 114).

O entendimento de gênero ser produto da divisão sexual do trabalho associado a outros fatores não é isolado, e confirma que gênero deve ser compreendido associado com ideias de classe e de cunho étnico-racial (MIRANDA; SCHIMANSKI, 2014, p. 78-79). Essa breve noção de gênero, que desvela a atribuição de papéis e funções às mulheres distinta da construção do homem, serve ao presente estudo na medida em que revela a necessidade da efetiva participação social feminina. A participação social proposta é pela atuação de movimentos em prol dos direitos das mulheres, para que tenham voz ativa e efetiva participação na democracia.

3.2 Distanciamento Social E Aumento Da Violência Contra Mulher

Nessa sessão, busca-se identificar a condição da mulher brasileira no contexto da pandemia da COVID-19. O ano 2020 marca a inserção global em uma emergência de saúde pública. A situação sem precedentes passou a revelar a fragilidade das estruturas básicas do bem-estar social (RUIZ-PÉREZ; PASTOR-MORENO, 2020, p. 05). A doença COVID-19, causada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2, sigla de *Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*, alterou a rotina mundial (MARQUES; MORAES; HASSELMANN; DESLANDES; REICHENHEIM, 2020, p. 01).

A partir dos estudos e da experiência dos profissionais da saúde, a limitação do contato entre pessoas infectadas e os demais é

uma das medidas fundamentais para interromper a transmissão do vírus. Há, ainda, pessoas infectadas que não apresentam sintomas, entretanto, podem transmiti-lo, por isso recomenda-se o uso de máscara em locais públicos, a higienização constante das mãos, evitar aglomerações etc. (OPAS; OMS, 2020, p. 05).

O distanciamento social é conduta necessária à saúde pública, recomendada a partir das diretrizes nacionais e internacionais, como as elaboradas pela Sociedade Europeia de Medicina Intensiva e pela Sociedade de Infectologia dos Estados Unidos (OPAS; OMS, 2020, p. 05). Dessa forma, o mundo tem, às suas particularidades, adotado o distanciamento social.

Embora as medidas de distanciamento social – isolamento, quarentena, auto quarentena etc. – sejam necessárias para mitigar os efeitos da situação e chegar à interrupção completa da transmissão, a ONU Mulher tem observado o exacerbamento de deficiências sociais. Dentre as deficiências, de ordem econômica, sociais e de saúde, a violência contra a mulher também foi observada (UN WOMEN, 2020, s.p.).

Boaventura de Sousa Santos (2020, p. 16), ao fazer uma análise dos grupos para os quais a quarentena é particularmente difícil, denomina-os de sul. Sul da quarentena não por questão de espaço geográfico, mas por um espaço-tempo político, social e cultural, em metáfora ao sofrimento humano decorrente da exploração capitalista, da discriminação racial e sexual (SANTOS, 2020, p. 16).

Os grupos que possuem vulnerabilidades precedentes à pandemia são as mulheres, trabalhadores informais, populações de rua; moradores de periferia; refugiados; idosos, encarcerados etc., e essa pandemia torna mais visível e reforça a exclusão e o sofrimento desses grupos (SANTOS, 2020, p. 16-22). E o ano de 2020 aprofundou as desigualdades pré-existentes, assim como o ano de 2021 ainda continua na situação desafiadora dessa exacerbação, especialmente no Brasil, onde a população ainda não foi, de modo geral, vacinada.

Os impactos da pandemia são sentidos de forma exacerbada pelas mulheres e meninas que, em razão do seu gênero, geralmente

ganham menos, mantêm-se empregos inseguros ou vivem na linha de pobreza, o trabalho não remunerado aumentou com crianças fora das escolas, (UN, 2020, p. 02). E o abuso doméstico, a violência doméstica, é conhecida por envolver tanto os aspectos físicos, quanto sexuais, psicológicos, financeiros e comportamentos controladores ou coercitivos (GULATI; KELLY, 2020, p. 01). A pandemia aprofunda o estresse econômico e social e acaba a produzir um aumento exponencial da violência de gênero (UN, 2020, p. 02-03).

A exacerbação dos problemas que acompanham os modelos de pensamentos sociais retrógrados, misógeno, encolhem políticas públicas e, nesse momento tão peculiar, é necessário combater à máxima de que em briga de casal não se envolve, pois as mulheres devem desfrutar do lar como um ambiente seguro, como direito básico, mas que, infelizmente é, ainda, um privilégio de classe e de gênero (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 03). A ONU Mulher identificou o aumento drástico da violência doméstica no contexto global e, em apelo urgente, tem concentrado seu trabalho para o que denominam de pandemia-sombria.

A pandemia-sombria é a de violência para com as mulheres e meninas, então apelam para que os Estados-membros ofereçam suporte às vítimas, serviços essenciais, como linhas diretas e abrigos e apoio a grupos de mulheres (UN WOMEN, 2020, s. p.). Sobre a situação de pandemia e o cenário de emergência “a contenção do arbítrio e a valorização dos direitos fundamentais despontam como missões inafastáveis do Estado Democrático de Direito” (VIEIRA JÚNIOR; CARDOSO, 2021, p. 278).

No Brasil, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP publicou, em junho de 2020, o panorama da violência contra a mulher durante o período da pandemia da COVID-19, entre os meses de março e abril, em que foi coletado dados de feminicídios, lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica, estupro e estupro de vulnerável e ameaça junto às unidades federativas de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Acre, Amapá, Pará, Ceará,

Rio Grande do Norte, Maranhão, Rio Grande do Sul e Mato Grosso, em razão da rapidez e transparência com que as unidades divulgam suas estatísticas (FBSP, 2020, p. 04). Os resultados da pesquisa indicaram a redução de registro de violência em delegacias, entretanto, essa queda não indica a redução da violência contra meninas e mulheres, pois, restou constatado o aumento do feminicídio de 22,2%, ao homicídio um aumento de 6%, além das denúncias no Ligue -180, central nacional de atendimento à mulher terem aumentado em 34%, em relação ao mesmo período no ano de 2019 (FBSP, 2020, p. 04).

Em um estudo epidemiológico da temática, destaca que o distanciamento social é imprescindível para a contenção da COVID-19 no Brasil, entretanto, o Estado e a sociedade devem se mobilizar para garantir às brasileiras um direito a viver sem violência, pois embora alijadas das tomadas de decisão, as mulheres têm papel fundamental para superação da pandemia, a maioria populacional brasileira e maior parte da força nos labores da saúde são mulheres (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 04).

Observa-se que as mulheres brasileiras, em meio à pandemia disseminada pela COVID-19, se encontram em uma situação de vulnerabilidade exacerbada, amplificada pelas violências perpetradas em razão de seu gênero. Essa vulnerabilidade, que já era preexistente em razão do seu gênero têm seu agravamento por fatores que merecem ser analisados em uma sessão própria, uma vez que ocasiona consequências particulares na situação da pandemia.

3.2.1 Fatores e Consequências

As mulheres têm o cuidado das crianças, idosos e pessoas com necessidades especiais tanto como parte de suas funções domésticas não remuneradas, quanto como profissão, em desproporcional e elevado grau em relação aos homens (BIROLI, 2018, p. 12). O crescimento da violência contra a mulher em tempos de guerra e crise já era fato conhecido (SANTOS, 2020, p. 17), por razões

socioeconômicas. Por outro lado, mecanismos de produção, reprodução de cidadania e de inclusão social não podem ser aprisionados por segurança pública, pois tornaria a situação ainda mais problemática (REIS, 2020, p. 120)

A ONU Mulher ao analisar que a pandemia da COVID-19 desencadeou uma desaceleração econômica, com crescimento global, que provocou a tomada de decisão do G20, mecanismo de governança econômica mundial, em introduzir pacote de apoio de US \$ 8 trilhões para proteção e recuperação de famílias e empresas, destaca que os esforços devem também centrar na recuperação das mulheres em situação de vulnerabilidade (UN WOMEN, 2020, s. p.). Centralizar a recuperação e auxílio às mulheres e meninas vítimas de violência, no quadro de pandemia, é atender à necessidade de um grupo vulnerável e, grupos vulneráveis são aqueles que têm seus direitos transgredidos, bloqueados de exercício, são parcelas sociais que buscam o exercício de seus direitos (SIQUEIRA; CASTRO, 2017, p. 118).

As circunstâncias de confinamento acabam por favorecer condições para perpetração da violência de gênero, na medida em que isola como medida de segurança à saúde, mas aumenta as barreiras para que as mulheres, em situação de violência, saiam desse ciclo (LORENTE-ACOSTA, 2020, p. 141). Os fatores de risco associados às formas de violência se exacerbam durante a pandemia, porque há maior estresse e frustrações individuais, limitação de espaços pessoais, que certamente aumenta os conflitos nos lares, na mesma proporção em que as restrições de sair de casa obstam a capacidade das vítimas procurar ajuda (BOUILLON-MINOIS; CLINCHAMPS; DUTHEIL, 2020, p. 02) (RUIZ-PÉREZ; PASTOR-MORENO, 2020, p. 01).

Outro fator que amplia a vulnerabilidade das mulheres em seus lares é o aumento do trabalho doméstico (MARQUES; MORAES; HASSELMANN; DESLANDES; REICHENHEIM, 2020, p. 02), com a sobrecarga aliada às tensões, o indivíduo entra em esgotamento físico e psíquico. Recente estudo destaca, inclusive, a necessidade de uma prestação contínua dos serviços psiquiátricos no contexto de violência

doméstica associada à pandemia (GULATI; KELLY, 2020, p. 03), pois a saúde mental resta comprometida.

A dependência econômica feminina de seus parceiros também é fator que já era identificado como causa comum de vítimas de violência doméstica não deixar seus parceiros, pois não se veem aptas a conseguir renda para sustento próprio e dos filhos. A dependência financeira, a estagnação econômica e a impossibilidade do trabalho informal dentro desse período de pandemia, também reduz a possibilidade do rompimento da violência de gênero (MARQUES; MORAES; HASSELMANN; DESLANDES; REICHENHEIM, 2020, p. 02).

A dependência econômica se vê ampliada na medida em que a pandemia desencadeou uma crise econômica global e, como destaca a ONU, ficar isolado durante esse período, com as tensões e insegurança financeira, pode tanto exacerbar abusos e controles existentes, quanto ocorrer pela primeira vez (UN, 2020, p. 02). Nesse sentido, o aumento do nível de estresse do agressor, nesse período, é gerado por incertezas, iminência de redução da renda familiar, medo de adoecer, pelo consumo de álcool ou substâncias psicoativas e, de outro lado, a sobrecarga feminina com o trabalho doméstico, os cuidados com filhos, idosos e doentes, o que contribui para a redução de sua capacidade individual de evitar conflitos, e a coloca ainda mais vulnerável às violências psicológicas e coerção sexual (MARQUES; MORAES; HASSELMANN; DESLANDES; REICHENHEIM, 2020, p. 02).

Em consequência aos fatores que inflamam a violência de gênero, o distanciamento social se coloca como uma barreira material para que as vítimas se comuniquem e denunciem a situação. Os riscos das mulheres e crianças ficarem em casa, por ser a medida institucional exigida para conter a disseminação, com o parceiro ou pai violento é tão perigoso, ou até mais, do que a própria pandemia (BOUILLON-MINOIS; CLINCHAMPS; DUTHEIL, 2020, p. 02).

O impacto da COVID-19 na violência de gênero também atinge o local de trabalho, isso porque há mulheres que conseguem trabalhar

remotamente, em casa, entretanto, não há proteção desse local de trabalho, a mulher fica incapaz de sair de casa, de conversar com colegas sobre a situação ou fazer uma ligação em particular, assim, a pandemia da COVID-19 acrescenta riscos à saúde e segurança da mulher em trabalho remoto (UN, 2020, p. 02).

Na dimensão clínica, as consequências do confinamento se relacionam ao impacto profundo na saúde da mulher, especialmente em termos de continuidade, ameaça e violência sexual, impacto que dependerá do tempo de exposição à violência, do estado de saúde da mulher anterior ao confinamento, inclusive referente a problemas de saúde já causados pela mesma violência ou outra doença que se vê agravada pela nova agressão (LORENTE-ACOSTA, 2020, p. 141). Na dimensão médico-legal são duas as consequências do confinamento: aumento da violência em frequência e intensidade e o sentimento de impunidade pelo agressor, que pode passar a direcionar golpes a áreas menos habituais, o que pede por mais atenção na análise do médico legal para identificar o estado evolutivo das lesões, explorar as características das agressões e consequências, como o risco de suicídio, pois o quadro psicológico inicia-se com a ansiedade e evolui para depressão, e as circunstâncias do confinamento tende a agravar esse quadro (LORENTE-ACOSTA, 2020, p. 141-142).

A busca por proteção resta prejudicada pela diminuição ou interrupção das atividades em igrejas, creches, escolas e serviços de proteção social, reduzido, ainda, o contato social da vítima, além do medo que tem de que a violência atinja seus filhos e pela priorização institucional dos serviços de saúde à assistência dos pacientes e suspeitos de COVID-19 (MARQUES; MORAES; HASSELMANN; DESLANDES; REICHENHEIM, 2020, p. 02).

Concorda-se que as situações de crises não podem ser aproveitadas como forma de desculpa para interrupção e desvio de serviços essenciais, pois acaba por aumentar as vulnerabilidades (JOHN; CARINO; McGOVERN, 2020, p. 03), tal como das mulheres em situação de violência. Cristina Lazzari, Paula Carlos e Aline

Accorssi (2020, p. 228) destacam que as situações em que a dignidade humana das mulheres é ferida impedem que essas conquistem pleno reconhecimento social, seus direitos não são plenamente exercidos e respeitados. A exclusão de alguns grupos evidencia um caráter hierarquizado da democracia, pois os mantêm marginalizados no debate público, nas políticas públicas e na própria construção normativa (BIROLI, 2018, p. 45).

Os serviços de apoio e auxílio às mulheres e meninas vítimas de violência nesse período de pandemia, devem ser priorizados para mitigar os riscos da violência, assim como se mostra fundamental a inclusão feminina para tomada de decisão, pois suas necessidades serão melhor atendidas e incorporadas afim de valorizar, apoiar os papéis das mulheres, reduzir as desigualdades e vulnerabilidades interseccionais em gênero, raça, classe e geografia (JOHN; CARINO; McGOVERN, 2020, p. 04). Dessa forma, redes informais e virtuais de apoio social devem ser estimuladas, pois se mostram como meios legítimos de auxílio às vítimas, assim como servem de alerta aos agressores, de que as mulheres não se encontram completamente isoladas (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 03-04).

Consequente aos fatores, que não são taxativos, tem-se, então, a ausência de proteção do local de trabalho das vítimas que têm trabalhos para ser exercidos de forma remota, em seus lares; profundo impacto na saúde da vítima; sentimento de impunidade no agressor, pois sua vítima está em distanciamento social, o que lhe dificulta procurar auxílio; aumento da frequência e intensidade da violência contra a mulher, que, em distanciamento social, não tem contato fora de seu lar.

4 ADVOCACY E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

O presente capítulo tem por finalidade identificar a relação de *advocacy* para com a democracia e, para tal, se subdividirá em duas sessões, a primeira com esclarecimentos introdutórios, enquanto a segunda se preocupará em analisar a partir da participação feminina.

4.1 Necessários esclarecimentos sobre *advocacy*

Advocacy não possui uma definição exata, o que não é de todo mal, pois não limita seu conteúdo, suas atividades. Por outro lado, talvez seja essa amplitude a própria razão da confusão do instituto com o *lobby*, e até mesmo da escassez dos estudos na área. O termo *advocacy* deriva do latim *advocatus*, particípio de *advocare*, cujo prefixo *ad* tem por significado aproximação, movimento para junto, e *vocare*, originário de *vox* e *vocis*, indica voz (SILVA, 2017, p. 401), entretanto, não possui um significado claro e preciso (BRELÀZ, 2007, p. 05), assim, a compreensão inicial que se sugere para *advocacy* é aproximar vozes.

O amplo significado de *advocacy* representa iniciativas de incidência ou pressão política, de promoção e defesa de causas, interesses, articulações estimuladas por organizações civis com objetivo de dar visibilidade a temas no debate público, influenciar políticas e de transformações sociais (LIBARDONI, 2000, p. 02). *Advocacy* é um processo deliberado para influenciar direta ou indiretamente tomadores de decisões, partes interessadas, público relevante, a exemplo, dos direitos das mulheres, *advocacy* é basicamente o meio de buscar mudanças sociais, de poder, de funções institucionais, com objetivo de tratar de desequilíbrios, desigualdades, disparidades, promover a democracia (UNICEF, 2010, p. 03).

O Brasil importou conceito de *advocacy* dos Estados Unidos, e embora não haja consenso teórico do significado, veio, entretanto, com estigmas pré-estabelecidos, por exemplo, de que *advocacy* representa o *lobbying* do bem (BRELÀZ, 2007, p. 07-08). Os institutos *advocacy* e *lobby* não são sinônimos, nem podem ser confundidos,

pois, brevemente, *lobbying* diz respeito à pressão de grupos de interesse, como intermediários, representantes, que levam ao conhecimento dos legisladores ou *decision-makers* os interesses do grupo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998; p. 563-564). O *lobby* também pode ser exercido no judiciário, exemplo, em audiências públicas, aliás, Gabriela Brelàz (2007, p. 02) identifica que o *lobbying* é parte da atividade de *advocacy*.

Elizabeth Boris e Jeff Krehely (2002, p. 299) demonstram que *advocacy* é um papel vital, além de tradicional, das organizações sem fins lucrativos e que foi utilizada ao longo da história dos Estados Unidos pelas associações com objetivo de modificar o cenário político, econômico e cultural do país, como as organizações sem fins lucrativos de mulheres que impulsionaram reformas políticas e sociais de longo alcance, como o sufrágio feminino. Em comparação entre a sociedade brasileira e a norte-americana, nos Estados Unidos o associativismo surgiu no período de colonização, e a *advocacy* se mostra, desde então, como função tradicional das organizações, ao contrário do surgimento do associativismo no Brasil, que ocorreu somente no final do século XIX, impulsionado pela industrialização, sindicalização e associações de classes, mas ainda controladas pelo Estado, é apenas a partir da década de 70 que o associativismo brasileiro se multiplica e fortalece, a partir de lutas pela democratização do país (BRELÀZ, 2007, p. 08), assim, é recente o associativismo no Brasil.

Viviane Silva (2017) utiliza em seu estudo o termo *policy advocacy* como sinônimo de *advocacy* (p. 398) e, embora o termo *policy advocacy* seja pouco conhecido no contexto brasileiro (SILVA, 2017, p. 404), a autora conceitua como um conjunto de atividades estrategicamente coordenadas com o objetivo da defesa dos interesses de uma causa, além da promoção de mudanças pelo engajamento de atores públicos e privados com objetivo comum (SILVA, 2017, p. 413). O presente estudo não desconhece da atividade de *policy advocacy*, que com amparo em estudos sobre política pública (SECCHI, 2012; COUTINHO, 2012; BUCCI, 2006) faz parecer que *policy advocacy*

tem íntima relação aos ciclos de políticas públicas (*policy cycle*), o que limitaria a amplitude de *advocacy*.

Policy advocacy e *advocacy* não podem ser sinônimos, Craig Jenkins (1987, p. 297) corrobora com essa diferenciação ao afirmar que *policy advocacy* é uma forma específica de *advocacy* com o objetivo de influenciar decisões em prol de um interesse coletivo. A configuração de agenda, no ciclo de políticas públicas, é arena de movimentos sociais e grupos de interesse (ANDREWS; EDWARDS, 2004, p. 492), o que demonstra específica *advocacy*.

A participação civil refere-se s atividades em que os indivíduos relacionam a vida da comunidade e a governança, como em votações, petições apartidárias por melhores serviços públicos etc., e as associações frequentemente ativam e fazem mediação da participação civil (BORIS; KREHELY, 2002, p. 301). Brunna Santiago, Fernando de Brito Alves e Vitória Yoshizawa (2020, p. 113) evidenciaram também a *advocacy* feminista como uma carreira jurídica com aptidão para trabalhar a equidade de gênero no sistema de justiça e nas diversas dimensões sociais (política, econômica, educacional, empregatícia etc.), é dizer que dedica-se à transcendência ao sistema normativo-legal a partir da aplicação da lei e de formas de atuação jurídico-feministas.

Constata-se, então, que *advocacy* são práticas das associações civis que diz respeito à atuação abrangente dessas em prol de interesses e direitos dos representados, com oficinas, feiras, exposições, campanhas, grupos de apoio, de discussão etc. Dessa forma, *advocacy* se coloca como aproximador de vozes, cuja forma pode ser variada, (novamente, campanhas, atos, palestras, oficinas etc.). Mas também se manifesta em formas específicas como *policy advocacy*, *lobby*, *advocacy* feminista etc., entretanto há que ser por organização, uma associação ou similar que tenha legitimidade para representar os interesses do grupo.

4.2 Advocacy: garantia da participação feminina democrática

Uma Constituição vale muito mais por seu significado prático, em suas instituições e políticas públicas concretas, ao discurso abstrato (CASTRO, 2014, p. 731). Cada grupo humano desenvolve-se a partir de valores, modos de criação, vivência, peculiaridades e elementos formadores de identidade, pois a cultura é inerente aos seres humanos e indispensável à sua convivência, entretanto, há um direito universal de participação da vida cultural do ser humano em suas comunidades, o que significa na possibilidade de propor alterações por meios legítimos (CUNHA FILHO, 2019, p. 226).

O Estado democrático de direito, tal como estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º), confere aos cidadãos a participação nas decisões da Administração por duas vias, a indireta, a partir de eleições de seus representantes, e via direta, como ocorre nas audiências públicas. por outro lado, que a redemocratização brasileira, a partir de 1988, sobreleva o controle social para promoção da participação da sociedade na gestão estatal, entretanto, ainda não se consolidou uma cultura ativa de participação dos cidadãos, pois há um despreparo social, falta de conhecimento dos meios de participação de motivação e de vontade dos cidadãos para praticar o controle social (RIBAS, 2015, p. 140). De um modo geral, as pessoas acham chato participar da gestão pública, assim como têm medo dos interesses ideológicos e políticos nas organizações, carecem de cidadania ativa, desconhecem seus direitos e até acreditam que corrupção é inerente à política (SIRAQUE, 2009, p. 177). E, então, ao se ter como normal e indiscutível a distância entre o dito e o praticado consolida-se e fortalece a forma de convivência humana sem pretensões, o que beneficia apenas aos interesses particulares das relações de poder (RÚBIO, 2017 p. 30).

Ao constituir uma democracia participativa, admite-se instituições representativas de interesses de grupos diversos, em prol dos direitos e interesses que representam, como entidades,

organizações e sociedades civis. Essas instituições representativas são institucionalmente convocadas para dar voz às comunidades que representam, entretanto, podem acabar por ser limitadas pelas instituições judiciais, que foram configuradas como contrapoderes e que, então, assumem responsabilidade por decisões que, ao ver da opinião pública, são graves (VECCHIO, 2020, p. 23). Na análise feminista das democracias, que submete à apuração o desequilíbrios de influência entre grupos, destaca-se que o ambiente político provoca o silenciamento, isto é, levanta barreiras à participação feminina, diferente de silêncio, que seria se as vozes contestatórias não estivessem nos espaços públicos, pois os movimentos feministas têm exercido atividades, mesmo que de fora dos espaços públicos, por pressão a partir das ruas (BIROLI, 2018, p. 217-218).

O termo feminismo carrega em si todo um processo de raízes históricas, atrelados a outros movimentos de libertação, de denúncia da existência de opressões, até porque as fontes de discriminação não são isoladas (ALVES; PITANGUY, 1985, p. 07-08). A luta das mulheres tem por foco a libertação de uma cultura machista, o feminismo questiona os padrões e dogmas sociais cimentados, levam à público os problemas enfrentados pelas mulheres, busca a mudança nas estruturas patriarcais para conquista do próprio espaço na sociedade (SIQUEIRA; LAZARETTI, 2017, p. 51-63), as ações feministas são críticas e reflexivas com aptidão para desconstrução da hierarquização dos sexos (SANTIAGO; ALVES; TAUILL, 2020, p. 102).

As *advocacys* são atividades de atuação do lado de fora dos ambientes políticos estatais. A *advocacy* fortalece o processo democrático, isso porque traz as organizações da sociedade civil, representantes de diversos grupos sociais, para os processos de deliberação organizacional e torna esses processos mais participativos (BRELÀZ, 2007, p. 12). A concretização da Lei Maria da Penha no Brasil foi por forte atuação de *advocacy* levado a conhecimento do Poder Judiciário, com ações feministas direcionadas ao enfrentamento da violência contra a mulher, que também estimulou a

mobilização política, deu visibilidade às discriminações, violências e também às experiências bem-sucedidas, como criação de mecanismos institucionais, influência no processo constituinte e ação de *advocacy* em organismos internacionais (BARSTED, 2011, p. 15-16). Mas ainda que já existam concretização de direitos femininos, ainda há muitos outros para ser conquistados, e a atuação da *advocacy* feminista e de todo movimento feminista se mostra necessário (SANTIAGO; ALVES; TAUIL, 2020, p. 110-111).

Na medida em que no Estado democrático de direito o poder emana do povo, que elege seus representantes, mas também pode participar diretamente, conforme prevê a Constituição, em seu art. 1º, parágrafo único (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), constata-se que a *advocacy* se revela como um potencial instrumento de efetivação de direitos do grupo de interesse, como uma garantia de participação democrática.

5 MOVIMENTOS EM PROL DAS MULHERES SURGIDOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

O avanço tecnológico tem propiciado benefícios à humanidade, especialmente no que diz respeito às proporções benéficas que uma campanha pode atingir pela *internet*. Em abril de 2020, quando do início da disseminação da COVID-19 no Brasil, e como ele o estabelecimento de medias para a contenção, por exemplo, pelo distanciamento social, o Instituto Avon firmou parceria com algumas instituições, dentre elas a Natural e The Body Shop, para uma campanha contra a violência doméstica durante o período de quarentena: #IsoladasSimSozinhasNão e #VizinhaVocêNãoEstáSozinha (NATURA, 2020) (INSTITUTO AVON, 2020).

A campanha faz uso das redes sociais para estimular o cuidado para com vizinhas e mulheres em geral, e auxiliar vítimas de violência

doméstica. Orientam, em suas redes, que ao ouvir sinais de violências ou visualizar alguma violência, os apoiadores devem chamar imediatamente as autoridades policiais, inclusive informam os principais telefones (190 e 180), assim como sugerem o cuidado, tanto por parte da vítima, quanto dos apoiadores, para janelas sempre abertas para acolhimento.

Outro movimento em prol das mulheres que surgiu durante o período da pandemia, no Brasil, foi a Campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica. Essa campanha foi criada em junho de 2020, pela iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com especial fim de que vítimas de violência doméstica peçam ajuda nas farmácias do país a partir de um sinal vermelho feito na palma da mão (BANDEIRA, 2020). A campanha foi lançada na plataforma de compartilhamento de vídeos YouTube e alcançou redes sociais gerais em proporção nacional, e sua divulgação tem repercutido em matérias, entrevistas, *lives* e *podcasts* (AMB, 2020). Vinte e uma redes farmacêuticas já aderiram à campanha (CNJ, 2020) e os balconistas ou farmacêuticos não serão conduzidos à delegacia, nem mesmo serão testemunhas (BANDEIRA, 2020).

A AMB elaborou duas cartilhas para a Campanha. A primeira é direcionada às mulheres vítimas de violência para informar a essas o direito de denunciar, silenciosamente, seu agressor, informa também os tipos de violência doméstica (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), os ciclos da violência doméstica (as atitudes dos agressores e suas fases, o ciclo da violência que, basicamente se resume em três fases na cartilha: tensão, agressão e lua de mel) e informa, ainda, o plano de proteção, isto é, passos que podem ser seguidos antes, no momento ou depois da violência (AMB, 2020, p. 08-10). Além, instrui acerca das medidas protetivas e de urgência (AMB, 2020, p. 12-15). A segunda cartilha é direcionada para as farmácias, com explicação da Campanha, motivação para adesão assim como os passos para a ação

dos colaboradores na comunicação com a polícia e no acolhimento da vítima (AMB, 2020, p. 03-04).

A Campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica já recebeu apoio da Abrafarma, Abrafad, Instituto Mary Kay, Grupo Mulheres do Brasil, Mulheres do Varejo, Conselho Federal de Farmácias, Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil, Conselho Nacional dos Comandantes Gerais, Colégio das Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica, Fonavid, Ministério Público do Trabalho, Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais e Conselho Nacional do Ministério Público (BANDEIRA, 2020), assim como do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH, 2020).

Constata-se que ambas campanhas se dão por instituições e buscam a expansão, nos meios extrajudiciais, de proteção e informação em prol das mulheres vítimas de violência doméstica associado ao período de pandemia da COVID-19 no Brasil e indiretamente podem exercer pressão na Administração Pública. Aliás, em 07 de julho de 2020 entrou em vigência a Lei nº 14.022, que alterou a Lei nº 13.979/2020 (medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da COVID-19), e dispôs especificamente sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica durante a emergência de saúde pública da COVID-19.

A referida lei estabeleceu, entre suas medidas, a manutenção dos prazos processuais em matéria de violência doméstica e familiar contra mulheres (art. 5º-A da Lei nº 13.979/2020), a prorrogação e vigência automática das medidas protetivas em favor das mulheres, enquanto perdurar a emergência de saúde pública (art. 5º da Lei nº 14.022/2020). Ainda não se pode afirmar que essa modificação legislativa é decorrência das Campanhas mencionadas, pois não há estudos suficientes de análise da referida lei, entretanto, o cenário político do Brasil, cuja democracia se vê em constante instabilidade, inclusive presidencial, com contínua disseminação de *fake news* e pronunciamentos que ferem os direitos de grupos vulneráveis,

minorias e direitos humanos não aparenta ter sido elaborada e sancionada sem a indireta pressão que as Campanhas representam.

Reforça a ideia aqui defendida, de que as *advocacys* são meios úteis de força e êxito para provocar ação e reação na seara feminina de enfrentamento à violência de gênero, o Projeto de Lei nº 741/2021. Referido PL busca tornar a Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica lei federal. O Projeto de Lei nº 741 é de iniciativa da Deputada Federal Margarete Coelho, foi aprovado sem alterações pelo Plenário, no início do mês de julho, razão pela qual, em 09 de julho de 2021, foi remetido à sanção presidencial, cujo prazo final para apresentação de vetos e/ou sanção se estende até 28 o mesmo mês, isto é, posterior ao fechamento do presente estudo (SENADO FEDERAL, 2021).

Importa fazer conhecer sobre o PL nº 741/2021 que ele busca, entre outros pontos, instituir a Campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica como Programa de Cooperação em todo território para dar cumprimento ao art. 8º da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Referido art. 8º trata da previsão de uma rede de apoio, de articulação entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e ONGs para o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

6 CONCLUSÃO

A partir da perspectiva de que qualquer violação a atributo ou caractere essencial ao pleno desenvolvimento individual, isto é, a direito da personalidade (integridade física, psíquica, identidade, imagem, honra etc.) é uma afronta à própria dignidade humana, a violência contra mulher é nítida uma transgressão à dignidade humana. A violência contra a mulher atinge atributos da personalidade feminina, tanto no aspectos físicos, quanto psíquicos,

uma vez que a violência se perpetra não apenas pela agressão física, mas também nas esferas psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Os estudos de violência gênero têm se dedicado a desnudar as construções sociais de papéis e funções às mulheres e homens a partir de seus sexos biológicos. A divisão sexual do trabalho associado a fatores de gênero, étnicos-raciais, de classe e geográfico, foi tomada pelas sociedades patriarcais como natural, com justaposição de condutas às mulheres, como a obrigação de afazeres domésticos, sensibilidade, inaptidão política, hierarquização perante o sexo masculino para construção de um estereótipo do gênero feminino. E é nesse contexto de dominação masculina que a violência de gênero, especificamente contra a mulher, se insere e que, aqui, se buscou propor reflexões a partir do contexto de pandemia da COVID-19 no Brasil às mulheres.

Observou-se que as mulheres, no Brasil, se encontram em situação de exacerbação de sua vulnerabilidade. Não só no Brasil, mas de forma global, tem-se vivenciado, no ano de 2020, uma situação de distanciamento social como medida necessária à saúde pública, entretanto, esse distanciamento tem agravado violências contra as mulheres, como, por exemplo, a violência doméstica, no interior dos lares.

Os fatores de agravamento da violência de gênero revelou-se por: condições físicas ideais, pois com o distanciamento social os espaços físicos estão limitados; há estresse, carga emocional e frustrações individuais tanto por parte do agressor, quanto por parte da vítima, essa que se vê incapaz de evitar conflitos; a dependência econômica feminina para com seus agressores. A considerar, ainda, que toda essa situação dentro dos lares tem potencial para ativar gatilhos mentais e despertar condutas agressivas e violentas em indivíduos que nunca se mostraram agressivos, até então, bem como intensificar agressões pré-existentes.

Em consequência aos fatores, que não são taxativos, mas que foram identificados a partir dos principais textos já publicados na temática, tem-se: ausência de proteção do local de trabalho das

vítimas, inclusive pelo fato de que têm trabalhado de forma remota, em seus lares; impacto na saúde da vítima; sentimento de impunidade no agressor, pois a vítima tem dificuldade em procurar auxílio; aumento da frequência e intensidade da violência perpetrada contra a mulher.

Ao mesmo contexto pandêmico, por outro lado, constatou-se a existência de duas campanhas com repercussão nacional: a Campanha #IsoladasSimSozinhasNão e #VizinhaVocêNãoEstáSozinha, em abril de 2020, de iniciativa do Instituto Avon, Natura e Body Shop; e a Campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica, lançada em junho do mesmo ano, pela iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Destacou-se, no decorrer deste estudo, três especiais indícios de que *advocacys* são instrumentos de efetivação de direitos, aqui especialmente pelo uso das mulheres, pois se mostraram de força e êxito para provocar reação em prol do enfrentamento à violência de gênero: (i) que o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDM) integrou a segunda Campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica; (ii) a Lei nº 14.022/2020, publicada em 07 de julho de 2020, dispôs especificamente sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica durante a emergência de saúde pública da COVID-19 – com a prorrogação e vigência automática das medidas protetivas em favor das mulheres, enquanto perdurar a situação (art. 5º); (iii) o Projeto de Lei nº 741/2021 que, mesmo pendente de sancionamento pelo presidente da República (ao presente momento do fechamento deste trabalho), é mais do que mero indício do êxito das *advocacys* aqui apresentadas, isso porque o PL busca definir a Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas do enfrentamento à violência doméstica e familiar que a própria Lei Maria da Penha previu (art. 8º da Lei nº 11.340/2006), a aprovação pelo Senado sem alterações é a própria materialidade da reação à pressão exercida pelas Campanhas que

repercutiram durante, ao menos, do segundo semestre de 2020 e o primeiro trimestre de 2021.

Campanhas são aptas a influenciar decisões e tomadores de decisões, pois faz parte de *advocacy*. *Advocacy* não possui definição exata, como verificado, entretanto são práticas comuns de associações civis para expandir os interesses do grupo de representado, influenciar decisões da administração pública, em prol de interesses de um grupo específico, como aconteceu quando da concretização da Lei Maria da Penha a partir de *advocacys* e movimentos femininos.

Identificou-se uma íntima relação de *advocacy* para com a democracia, isso porque se revelou como um instrumento de participação direta, isso porque *advocacy* é uma aproximação de vozes. A forma de *advocacy* pode ser variada, por campanhas, atos, palestras, oficinas etc., mas também se manifesta em formas específicas como *policy advocacy*, *lobby*, *advocacy* feminista etc., que pelo associativismo, além de expandir os interesses do grupo representado, acabar por influenciar direta (nos ambientes públicos) ou indiretamente decisões administrativas e tomadores de decisão política.

O foco da *advocacy* é retirar o manto das desigualdades sociais para modificação da realidade social, a partir engajamento da causa pela qual se propôs de uma forma muito clara, cotidiana, comum, é para dar voz àquelas e aqueles que não teriam individualmente. *Advocacy* é uma garantia da participação na democracia. É instrumento legítimo de participação democrática e no que diz respeito aos direitos das mulheres, os movimentos feministas têm utilizado da *advocacy*, como ocorreu na concretização da Lei Maria da Penha.

No Estado democrático de direito o poder emana do povo, tanto por eleição de seus representantes, mas também podem participar diretamente (art. 1º da Constituição de 1988). Assim, campanhas, oficinas, grupos de apoio, de estudo etc., enfim, *advocacy* em prol das mulheres servem tanto para expansão dos interesses, conhecimento dos direitos, quanto como instrumentos de participação na

democracia, pois influenciam decisões e tomadores de decisões. Logo, *advocacy* revelou-se para o estudo como potencial instrumento de efetivação de direitos do grupo de interesse das mulheres e de sua participação democrática.

O questionamento, em que medida as *advocacys* auxiliam os direitos da personalidade feminina?, deve ser respondido, então, da seguinte forma, além das reflexões inferidas até aqui: na proporção em que a participação democrática é garantia e legitimação do Estado democrático de direito, instituído com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, entidades civis estão aptas a atuar em prol de grupos vulneráveis.

As mulheres, cuja vulnerabilidade é evidente no contexto da violência de gênero, têm vivenciado período de exacerbação da violência doméstica no período da pandemia da COVID-19 no Brasil, vez que os espaços físicos estão limitados, a convivência familiar se intensificou, juntamente com a intensificação das incertezas e dubiedades socioeconômicas, também sentidas na ordem internacional.

Neste contexto, então, surgem *advocacys* para alarmar a sociedade sobre a violência doméstica durante a pandemia e tentar o acolhimento dessas vítimas. Logo, as *advocacys* auxiliam aos direitos da personalidade feminina na medida em que foram propostas e disseminadas – principalmente pelas redes sociais com o uso de *hashtags* com as palavras chaves das campanhas –, em prol dos atributos da personalidade feminina, isto é, para proteção dos aspectos psicofísicos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, que estão em distanciamento social com seus agressores.

A hipótese levantada então se confirma, *advocacys* são instrumentos democráticos de participação social. A promoção de campanhas, oficinas, grupos de apoio, de estudo etc. por entidades civis, aqui analisadas em prol das mulheres, serve tanto para expansão dos interesses, conhecimento dos direitos, quanto como instrumento

de participação na democracia. E mais, essa participação tem o condão de influenciar decisões e tomadores de decisões.

Advocacys são ações que desencadeiam reações nos agentes públicos. Essas reações, por vezes, serão positivas ao que foi problematizado, levantado como bandeira. Essas reações positivas devem ser entendidas como a introdução nas pautas públicas, para formação de agenda, assim como nas medidas a ser tomadas para resolução ou mitigação da problemática levantada.

Data de Submissão: 25/03/2021

Data de Aprovação: 17/09/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araujo

Assistente Editorial: Bruna Agra de Medeiros

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ALVES, Fernando de Brito; RIGÃO, Livia Carla Silva. Cultura da periferia e as canções de rap: um olhar para as “vozes silenciadas” a partir da filosofia de Enrique Dussel. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, n. 1, 2020.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Campanha Sinal Vermelho contra violência doméstica tem ampla divulgação das associações de magistrados e TJs**. 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/campanha-sinal-vermelho-contra-violencia-domestica-tem-ampla-divulgacao-das-associacoes-de-magistrados-e-tjs/>. Acesso em: 16 jul. 2020.

AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Sinal vermelho contra a violência doméstica: você não está sozinha.

Cartilha para as farmácias. 2020. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/07/cartilha-sinal-vermelho-AMB_farm%C3%A1cias.pdf. Acesso em: 16 jun. 2020.

ANAYA, José Adriano; ALTAMIRANO, Yolanda Castañeda; RINCÓN Adrián Reyes. El derecho al desarrollo y los derechos de la naturaliza. **Revista direitos sociais e políticas públicas – Unifafibe.** V. 8, n. 2, 2020.

ANDREWS, Kenneth; EDWARDS, Bob. Advocacy organizations in the U.S. political process. **Annual review of sociology.** v. 30, pp. 479-506, 2004.

BANDEIRA, Regina. Sinal Vermelho: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia. **Notícias CNJ.** 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. *in* **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** CAMPOS, Carmen Hein (Organizadora). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARRETO, Wanderlei de Paula. Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro. **Mitteilungen der Deutsch – Brasilianischen Juristenvereinigung.** Frankfurt am Main. Heft 2, 22. Jahrgang, Oktober, 2008, pp. 03-19, p. 12. Disponível em: https://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340/2006:** aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. Coleção Saberes Monográficos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades:** os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018. [*e-book kindle*]

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução: Carmen C.; Varriale, et al. Brasília, Universidade de Brasília, 1998.

BORGES, Gustavo SILVEIRA; CARVALHO, Marina Moura Lisboa Carneiro de Farias. Os “novos” direitos e a irrupção da proteção constitucional dos direitos da natureza. **Revista Culturas Jurídicas.** UFF. v. 06, n. 13, pp. 188-207, 2019. Disponível em:

<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/448>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BORIS, Elizabeth T.; KREHELY, Jeff. Civic participation and advocacy. Cap. 9, pp. 299-329. *in* **The state of nonprofit America**. SALAMON, Lester M. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2002.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, n. 2, 2020.

BOUILLON-MINOIS, Jean-Baptiste; CLINCHAMPS, Maëlys; DUTHEIL, Frédéric. Coronavirus and quarantine: catalysts of domestic violence. **Sage journals**. 06 jul. 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32627703/>. Acesso em: 10 jul. 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/l11340.htm. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 14.188, de 28 de julho de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 01 set. 2021.

BRELÀZ, Gabriela de. Advocacy das organizações da sociedade civil: principais descobertas de um estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos. **XXXI Encontro da ANPAD**. Rio de Janeiro, RJ. 22 a 26 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A1916.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

CARDIN, Valéria da Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. v. 13, n. 1, pp. 113-130, 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899/1896>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CASTRO, Alexander; NASCIMENTO, Gabriel Bassaga. Liberdade de expressão frente à liberdade religiosa: direitos fundamentais em conflito e proteção de direitos da personalidade frente a discursos de ódio. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 3, 2019.

CASTRO, Lorena Roberta Barbosa; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Helena, de Machado de Assis, o amparo constitucional de 1824, e a Constituição de 1988: direitos da personalidade a todas. **Revista de direito, arte e literatura**. v. 6, jan./jun., pp. 98-117, 2020.

Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/6652>. Acesso em: 12 out. 2020.

CASTRO, Marcus Faro de. Globalização, democracia e direito constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança. *in*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: Análise, Crítica e Contribuições**. pp. 697-719. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Fabrício Veiga; PINTO, Alisson Alves. A ressocialização do detento a partir do prazo para o cumprimento da função social da empresa na sociedade contemporânea. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, n. 3, 2019.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Redes que assinaram o termo de adesão. **Notícias CNJ**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/REDES-QUE-ASSINARAM-TERMO-DE-ADES%C3%83O.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2020.

COIMBRA, Clarice Helena de Miranda; QUAGLIOZ, Flaviano Ribeiro. Direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes, v. 2, n. 2, abr. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18139>. Acesso em: 26 fev. 2020.

CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime; NAVAS-CAMARGO, Fernanda; ORTIZ-TORRES, Diana; RICO, Antonio Fajardo. La libertad de expresión en colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A Constituição de 1988 e as partilhas culturais: processos, responsabilidades e frutos. **Revista Direito Público**. IDP, v. 16, pp. 209-228, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3085>. Acesso em: 16 jun. 2020.

FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante pandemia de Covid-19**. 2. ed., 01 de junho de 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-

domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/. Acesso em: 03 jul. 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. v. 6, n. 1, pp. 241-266, 2006, p. 255. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 26 abr. 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A resolução n. 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, n. 2, 2020.

FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. La necesidad de transversalizar los derechos humanos en las políticas públicas para hacer frente a las crisis: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, n. 2, 2020.

FRASCATI JUNIOR, Nicola. **A ética processual como garantia dos direitos da personalidade e o acesso à justiça**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Maringá: UniCesumar, 2017.

GULATI, Gautam; KELLY, Brendan D. Domestic violence against women and the COVID-19 pandemic: What is the role of psychiatry? **International journal of law and psychiatry**. v. 71, jul./ago., 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160252720300534>. Acesso em: 03 jul. 2020.

INSTITUTO AVON. **Campanha Isoladas sim, sozinhas não**. Abril, 2020. Disponível em: https://www.avon.com.br/instituto-avon/isoladassimsozinhasnao?gclid=EAIaIQobChMIpcfl7mg6QIVFgaRCh1oHQl5EAAYASAAEgJk4fD_BwE&gclidsrc=aw.ds. Acesso em: 23 abr. 2020.

JENKINS, J. Craig. Nonprofit organization and policy advocacy. *in* **The nonprofit sector: a research and handbook**. POWELL, Walter W. Yale University Press, 1987.

JOHN, Neetu; CASEY, Sara E.; CARINO, Giselle; McGOVERN, Terry. Lessons never learned: crisis and gender-based violence. **Developing world bioethic**. 08 abr. 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32267607/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. El derecho convencional y los retos de su implementación en los estados parte. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, n. 3, 2019.

LAZZARI, Kellen Cristina Varisco; CARLOS, Paula Pinhal de; ACCORSSI, Aline. Violência de gênero e direito das mulheres no Brasil. **Inter faces científica**. v. 8, n. 3, pp. 221-234, 2020.

Disponível em:

<https://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=73429695-a58b-425a-9c67-1b6493315383%40pdc-v-sessmgr01&bdata=Jmxhbmc9cHQYnImc2loZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=edsbas.C42C3811&db=edsbas>. Acesso em: 02 jul. 2020.

LIBARDONI, Marlene. Fundamentos teóricos e visão estratégica da advocacy. **Revista de estudos feministas**. UFSC, v. 8, n. 2, 2000.

Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11936>. Acesso em: 13 jun. 2020.

LORENTE-ACOSTA, Miguel. Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento. **Revista española de medicina legal**. Universidad de Granada. v. 46, n. 03, pp. 139-145, 2020. Disponível em:

<https://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=8948e4d7-6255-4ba7-b181-cc5b9d11ed38%40pdc-v-sessmgr06&bdata=Jmxhbmc9cHQYnImc2loZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=S0377473220300250&db=edselp>. Acesso em: 19 jul. 2020.

LOZANO, Luis Gerardo Rodríguez. León duguit y el servicio público: ideas para el siglo XXI. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, n. 1, 2020.

LUCAS, Doglas Cesar. Direitos humanos, identidade e a política de reconhecimento de Charles Taylor. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, n. 3, 2019.

MAGLIACANE, Alessia. L'armee des reserves dans la mondialisation: la parabole de la femme italienne de la constitution au post-fordisme. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, n. 3, 2019.

MARQUES, Ana Paula Lemos Baptista. **Inteligência artificial no meio ambiente de trabalho e a violação aos direitos da personalidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Maringá, PR: UniCesumar, 2018. Disponível em:

<http://rdu.unicesumar.edu.br/xmlui/handle/123456789/1018>. Acesso em: 27 fev. 2020.

MARQUES, Emanuele Souza; MORAES, Claudia Leite de; HASSELMANN, Maria Helena; DESLANDES, Suely Ferreira; REICHENHEIM, Michael Eduardo. **Reports in public health.** Violence against women, children, and adolescents during the COVID-19 pandemic: overview, contributing factors, and mitigating measures. v. 36, n. 4, 2020. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32374808/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MARTÍN, Ignacio Durbán Origen y fundamentos del sistema plurilegislativo civil español. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe.** V. 8, n. 1, 2020.

MIRANDA, Tereza Lopes; SCHIMANSKI, Edina. Relações de gênero: algumas considerações conceituais. **Relações étnico-raciais, de gênero e sexualidade:** perspectivas contemporâneas. pp. 78-107. Ponta Grossa: UEPG, 2014. ISBN 978-85-7798-210-3. [e-book kindle]

MMFDH – MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Painel de dados da ONDH.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/paineldedadosdaondh>. Acesso em: 23 jul. 2021.

MMFDH – MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Indicadores.** Disponível em: <https://ouvidoria.mdh.gov.br/portal/indicadores>. Acesso em: 12 jul. 2020.

MMFDH – MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Ministério integra a campanha “Sinal vermelho contra a violência doméstica”.** Junho 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/junho/ministerio-integra-a-campanha-201csinal-vermelho-contr-a-violencia-domestica201d>. Acesso em: 16 jun. 2020.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo tribunal federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no brasil? **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe.** V. 7, n. 3, 2019.

MORAES, Vinícius Caleffi de. **Da abordagem crítica do ressarcimento ao SUS e o acesso à saúde.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Maringá, PR: UniCesumar, 2019. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/xmlui/handle/123456789/1032>. Acesso em: 27 abr. 2020.

NATURA. **Isoladas sim, sozinhas não:** movimento alerta sobre violência doméstica na quarentena. 03 de abril de 2020. Disponível

em: <https://www.natura.com.br/isoladas-sim-sozinhas-nao>. Acesso em: 23 abr. 2020.

OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Transmissão do SARS-CoV-2: implicações para as precauções de prevenção de infecção.** Resumo científico. 09 de julho de 2020. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52472>. Acesso em: 10 jul. 2020

REIS, Izis Morais Lopes dos. Feministas falam sobre segurança pública? Uma revisão bibliográfica. **Revista Direito Público**. IDP, v. 17, n. 92, pp. 100-128, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3465>. Acesso em: 16 jun. 2020.

REZENDE, Pedro Roderjan. **Tutelas preventivas para proteção dos direitos da personalidade e seus limites à luz do pós-positivismo.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Maringá-PR: UniCesumar, 2018.

RIBAS, Carolline Leal. Equilíbrio democrático e controle social: o controle dos atos de gestão da Administração Pública por meio da participação popular. **Revista Direito Público**. IDP, v. 12, n. 64, pp. 127-146, 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2398>. Acesso em: 16 jun. 2020.

RÚBIO, David Sanchez. Crítica a una cultura estática y anestesiada de Derechos Humanos: por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. **Revista culturas jurídicas**. UFF, v. 4, n. 7, pp. 26-60, 2017. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/370>. Acesso em: 02 jun. 2020.

RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de COVID-19. **Gaceta sanitaria**. SESPAS, 2020. Disponível em: <https://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=0&sid=af7487fe-e4f8-45f1-9957-be49d1566ca9%40sessionmgr103&bdata=Jmxhbm9cHQtYnImc2loZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=So213911120300881&db=edselp>. Acesso em: 19 jul. 2020.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; ALVES, Fernando de Brito; TAUILL, Vitória Sumaya Yoshizawa. Numape/UENP como instrumento de administração do sistema de justiça: a advocacy feminista que deu certo. **Revista direito público**. IDP, v. 17, n. 91, pp. 97-116, 2020. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3535/o>. Acesso em: 16 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. São Paulo: Boitempo, 2020. ISBN 978-85-7559-776-7 (*e-book kindle*).

SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 741, de 2021. **Atividade legislativa**. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148849>. Acesso em: 24 jul. 2021.

SILVA, Juvêncio Borges; IZÁ, Adriana de Oliveira. A importância da participação popular na elaboração do orçamento e os limites estabelecidos pela lei de responsabilidade fiscal para a administração pública. **Revista direitos sociais e políticas públicas**. Unifafibe. v. 8, n. 2, 2020.

SILVA, Viviane Regina da. Policy advocacy: contribuições para a construção de um conceito a partir de uma revisão sistemática da literatura. **Revista da ESMESC**. v. 24, n. 30, pp. 395-417, 2017. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/176>. Acesso em: 13 jun. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas**. Unifafibe. v. 5, n. 1, pp. 105-122, 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Castro. Quarentena com o inimigo: análise da violência doméstica e familiar pelos direitos da personalidade. **Prim facie**. UFPB, v. 19, n. 42, pp. 371-401, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/52415>. Acesso em: 09 dez. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LAZARETTI, Bruna Furini. Representatividade e liderança feminina nas grandes corporações: uma leitura sob a perspectiva dos movimentos sociais. **Revista juris poiesis**. Universidade de Sá. Rio de Janeiro, v. 20, pp. 45-67, 2017. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/3873/1716>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RAMIRO, Marcus Geandré Nakano; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Lobby em audiência pública no Supremo Tribunal Federal: instrumentos democráticos para efetivação dos direitos da personalidade feminina. **Revista direitos**

culturais. Santo Ângelo, v. 15, n. 37, pp. 339-364, 2020. Disponível em:
<http://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/172>. Acesso em: 16 set. 2020.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado**. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

STORINI, Claudia; QUIZHPE-GUALÁN, Fausto César. Hacia otro fundamento de los derechos de la naturaliza. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Unifafibe. v. 8, n. 2, 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

UNICEF. **Advocacy toolkit**: A guide to influencing decisions that improve children's lives. New York: United Nations Children's Fund, 2010.

UN – United Nations. **Policy brief**: The impact of COVID-19 on women. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&vs=1406>. Acesso em: 03 jun. 2020.

UN – UNITED NATIONS. **The COVID-19 shadow pandemic domestic violence in the world of work**: a call to action for the private sector. Maio 2020. Disponível em:
<https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/brief-covid-19-domestic-violence-in-the-world-of-work-en.pdf?la=en&vs=5715>. Acesso em: 03 jun. 2020.

UN WOMEN – United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women. **Un women's response to COVID-19**. New York, 2020. Disponível em: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/brief-un-womens-response-to-covid-19-en.pdf?la=en&vs=4846>. Acesso em 03 jun. 2020.

UN WOMEN – United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women. **Women as drivers of economic recovery and resilience during COVID-19 and beyond**. Statement by UN Women and Women 20 (W20) to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors. 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/7/statement-joint-w20-women-during-covid-19-and-beyond>. Acesso em: 15 jul. 2020.

VECCHIO, Fausto. O Estado Constitucional em perigo: crise da representação e instituições judiciais sob ataque. Tradução: Valentina Faggiani. **Revista Direito Público**. IDP, v. 17, n. 91, pp. 9-27, 2020. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4026>. Acesso em: 16 jun. 2020.

VIEIRA JÚNIOR, Nilzir Soares; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Toque de recolher e a questão das restrições a direitos fundamentais em tempos de pandemia. **Prim Facie**. UFPB, v. 20, n. 43, 2021.

Disponível em:

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54193>. Acesso em: 25 jul. 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, 2020. Disponível em:

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32321005/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

VIÑA, Jordi García. Aspectos laborales de empresas complejas en España. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, n. 2, 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CORREIO, Joice Graciele Nielsson. O campo como espaço da exceção: uma análise da produção da vida nua feminina nos lares brasileiros à luz da biopolítica.

Revista Prim Facie. v. 15, n. 30, p. 01-34, 24 maio 2017.

Disponível em:

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33084>. Acesso em: 20 dez. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**. UniCuritiba. v. 2, n. 31, pp. 121-148, 2013. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 02 jun. 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; CENCI, Daniel Rubens; MANCHINI, Alex. A justiça social e a agenda 2030: políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades justas e inclusivas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. v. 8, n. 2, 2020.

Advocacy In Pandemic Times: Fight Against Violence To Women From The Perspective Of Personality Rights

Lorena Roberta Barbosa Castro

Dirceu Pereira Siqueira

Abstract: Domestic and family violence against women has worsened during the pandemic, due to the limitation of physical spaces due to a public health issue. Social distancing, together with socioeconomic factors, individual and collective uncertainties and tensions, end up favoring family conflicts and being an obstacle to the denunciation of the situation. The increase in domestic and family violence, at least in the period observed here from June 2020 to March 2021, in Brazil, will not always be evidenced by numbers. Within this context, then, the objective is to analyze the factors and consequences caused to the victims of this violence, as well as to analyze the use of *advocacy* to expand female participation in favor of women's rights and guarantees. The problem of research is, therefore, to what extent *can advocacy help* the rights of the female personality? And by rights of the female personality is understood the legal protection to individual attributes and essential to women, such as their physical and psychic integrity, clearly attributes achieved in domestic and family violence. The hypothesis raised is that *advocacy causes* pressure on public agents, by raising flags, causes and problematizing them before the social body, especially in the technological spaces of social networks, that there will be reaction of those agents to make the flag as a public agenda, as well as to take action in the search to solve, or mitigate, the problematization raised. The study will be developed from the survey of studies in the area of *advocacy*, democratic participation and violence against women for a bibliographic review. And, based on the deductive method, from the existence of the Brazilian democratic state, based on the principle of human dignity and, on the other hand, the aggravation of violence against women in the current social conjuncture. The results show an intimate *relationship of advocacy*, approximation of voices, here feminine, towards democracy, because it is revealed an instrument of direct participation and potential for the realization of interests and rights for women.

Keywords: Feminist advocacy; Rights of the personality; Domestic violence; Pandemic.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.58670>


Conteúdo sob licença Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



Discurso De Ódio Na Sociedade Da Informação: Um Abominável Que Corrói O Direito De Imagem Da Pessoa Humana


Ana Elizabeth Cavalcanti *

Faculdades Metropolitanas Unida, Programa de Mestrado em Direito da Sociedade e da Informação, São Paulo-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-7324-4741>

Priscilla dos Reis Siqueira **

Faculdades Metropolitanas Unida, Programa de Mestrado em Direito da Sociedade e da Informação, São Paulo-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-9246-0116>

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de realizar uma reflexão a respeito do discurso de ódio e o direito de imagem da pessoa humana no campo da sociedade da informação. Para o desenvolvimento da pesquisa entendeu-se necessária a análise da liberdade de expressão como direito e de que forma o seu exercício impacta comportamentos, gerando, inclusive, violações à direitos individuais como o caso do direito à imagem. A metodologia de pesquisa adotada foi a dedutiva, partindo-se do estudo da legislação, doutrina e jurisprudência no campo do ordenamento jurídico brasileiro que trata dos direitos da personalidade e direitos individuais subjetivos, tomando-se como exemplo o direito de imagem, obtendo como resultado a constatação de que o discurso de ódio pode ser considerado como mecanismo para violação de direitos e que são potencializados pelo uso das novas tecnologias na atual sociedade da informação. Em sede de conclusão, chega-se à ideia de que as expressões das personalidades humanas minoritárias, que se encontram em vulnerabilidade, diante de uma sociedade informatizada com a qual lidamos atualmente, são frontalmente violadas pelos discursos de ódio que, por sua vez, devem ser freados para que os direitos individuais sejam protegidos.

Palavras-chave: Discurso de ódio; Direito à imagem; Liberdade de expressão; Direitos da personalidade; Sociedade da informação.

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da graduação, Pós-graduação e Mestrado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unida - FMU. E-mail: aelwc@terra.com.br

** Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. E-mail: pridosreisqueira@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.52006>

Discurso De Ódio Na Sociedade Da Informação: Um Abominável Que Corrói O Direito De Imagem Da Pessoa Humana

Ana Elizabeth Cavalcanti

Priscilla dos Reis Siqueira

1 INTRODUÇÃO

As aproximações entre o discurso de ódio e o direito de imagem se mostram uma infinita fonte de reflexões. Pareceu-nos instigante destacar aqui quando o discurso de ódio não é liberdade de expressão e o quanto a restrição dessa liberdade pode frear as violações ao direito de imagem da pessoa humana na sociedade brasileira.

As pessoas que são vítimas do discurso de ódio, podem tanto ter a sua imagem real (imagem-retrato), como a sua imagem ou identidade social (imagem-atributo) violadas, perdendo, ou deixando de ganhar, assim, um lugar de fala no discurso público.

Se vivêssemos em sociedade tal como Sêneca (2018, *e-book*, paginação irregular) com o pensamento de “que nasci para os outros e agradecerei à natureza por conta disso [...] Ela me deu para todos e todos para mim sozinho”, é provável que se pudesse falar sobre a garantia do desenvolvimento da cidadania, do respeito ao próximo, de um convívio social mais agregador, e, se assim fosse, inspirações acadêmico-investigativas do tipo que neste artigo se concretizam não teriam sido sequer cogitadas. Isto porque num contexto de reconhecimento do outro existiria o desenvolvimento de um afeto por quem não se é familiar, um sentimento que seria capaz de reconhecer

e valorizar os traços que diferenciam as pessoas, numa existência, fundamentalmente, pluralista.

No entanto, vivemos na Sociedade da Informação, numa verdadeira era em que os dados sobre as pessoas se mostram mais interessantes que as próprias pessoas.

O desenvolvimento tecnológico aliado à transmissão de dados na rede mundial de computadores *internet*, propiciou o surgimento de um mundo virtual – simulacro do mundo real – no qual modos de expressão humanos (verbal ou imagético) se mostram candidatos a servir como novos paradigmas comportamentais, sobretudo no ambiente de rede. Além do mais, é bem verdade que a própria dinâmica da Sociedade da Informação pode impulsionar conflitos no mundo virtual, ao passo que se mostra capaz de entregar o direito à palavra a todas as pessoas conectadas entre si nas redes virtuais.

A sensação de liberdade experimentada na *internet* alimenta a impressão de que lá se pode copiar tudo do mundo real, inclusive aquilo que traz prejuízo à coletividade; também de que nela o ‘eu virtual’ se dissocia por completo do ‘eu real’, abandonando suas obrigações e direitos; e mais, de que as leis do mundo real lá não são capazes de operar.

Graças ao desenvolvimento da *internet*, ao Direito coube o hercúleo desafio de pensar as relações humanas num contexto de virtualidade social que se marca por novos padrões comportamentais de livre expressão nas redes, abarcando os discursos de ódio contra minorias, os quais se mostram capazes de ferir a identidade social do sujeito, fato este que, ainda mais, vem mitigar, conforme demonstraremos, o direito de imagem da pessoa humana no espaço público.

No que concerne aos direitos humanos e da personalidade, ênfase maior será aqui dada à liberdade de expressão e ao direito de imagem, quando confrontados pelo discurso de ódio da Sociedade da Informação.

São estas reflexões que, essencialmente, pretendemos desenvolver neste artigo.

De forma a cumprir com o intento revelado, utilizamos o procedimento de pesquisa bibliográfica, pretendendo alcançar objetivos descritivo-explicativos que embasem nosso estudo. Para tanto, primeiramente será analisada o conceito e evolução da liberdade de expressão como direito, bem como o seu exercício em tempos de Sociedade da Informação. Em seguida, será abordada a questão do discurso de ódio e de que forma o seu uso causa impacto nos direitos individuais, em especial no direito de imagem do indivíduo tendo como fundamento a sociedade informatizada em que vivemos.

2 OBSERVAÇÕES INICIAIS SOBRE ASPECTOS ORIGINÁRIOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

À frente de tudo, recordemos aqui que o conceito de liberdade de expressão já foi revelado por outros termos desde a Grécia antiga. Stone (2005, p. 255) inferiu “que nenhum outro povo na história deu mais valor à liberdade de expressão do que os gregos, particularmente os atenienses”.

Examinando o vocabulário dos antigos, Stone conseguiu extrair uma defesa consciente do povo grego acerca da liberdade de expressão, por intermédio de quatro palavras que a representava e que, em nosso íntimo, consideramos explicitá-las desde já com vistas a reforçar a historicidade da expressão:

1) Isegoria: esse termo aparece em Heródoto, historiador grego, quando relata que os atenienses conseguiram derrotar os persas na guerra, graças à conquista prévia da *isegoria*; atribuiu a bravura dos soldados ao direito adquirido à palavra nas assembleias, vez que “[...] Para os atenienses, o direito de falar em assembleia implicava igualdade política”, uma igualdade que os livravam da opressão e os fortaleciam para lutar. “[...] Qualquer um que desejasse falar podia fazê-lo sem ter de ser reconhecido pela autoridade que presidia a

assembleia; isso era a *isegoria*. [...]”, ou seja, a liberdade de expressão. (STONE, 2005, p. 256/259);

II) *Isologia*: Políbio, outro historiador grego, discorre que na Liga Aqueia – um exemplo de união federativa – vigorava o direito de se exprimir livremente; em um só termo, prevalecia a *isologia* em sua assembleia federal, “como símbolo e garantia de que as cidades-Estados membros tinham plena igualdade política”. (STONE, 2005, p. 256);

III) *Eleutherostomou glosses* (“línguas que falam livremente”): surge na peça teatral *Suplicantes* do poeta grego Ésquilo. O enredo da peça gira em torno da fuga das cinquenta filhas do rei egípcio, as quais buscam asilo na Grécia para fugir de seus pretendentes, interessados em suas posses. O rei do Egito requer que elas sejam extraditadas, mas as suplicantes apelam para um direito de asilo por serem vítimas de perseguição. O rei grego propõe que o direito de asilo seja debatido e votado pelos atenienses. A expressão da aprovação dos atenienses vem expressa por uma “floresta de braços erguidos”, e a decisão é anunciada como produto de um *eleutherostomou glosses*, ou seja, de uma vitória da liberdade de expressão. (STONE, 2005, p. 260);

IV) *Parrhesia*: na peça teatral *Íon* do poeta grego Eurípedes, o personagem investiga quem é sua mãe e deseja que ela seja ateniense, “para que a *parrhesia* seja seu direito inato”, porque “[...] O termo espelhava a auto-imagem idealizada do ateniense, um homem livre acostumado a dizer o que pensava”; na peça *Fenícias*, também de Eurípedes, o filho da rainha – rebelde e fugitivo – diz que a pior coisa da condição de exilado é não ter *parrhesia*, ou seja, um exilado perdia, por sua condição, o conteúdo político da *parrhesia*, fazendo cessar a sua liberdade de expressão (STONE, 2005, p. 263).

Como se pode notar, a liberdade de expressão era um conceito a que os atenienses davam, de fato, extremo valor e, pelos ecos de Stone (2005, p. 255), “[...] É possível que o conceito em si tenha sido elaborado como reação a tentativas de abolir essa liberdade – ou na luta pela sua reconquista”.

Resta investigar, considerando os limites da presente pesquisa, a continuação da luta histórica pela manutenção da liberdade de expressão no Brasil.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA CONSTRUÇÃO

Consoante Schreiber (2013, p. 240), o embate pela retomada da liberdade de expressão se deu entre os particulares e o Estado graças às históricas reprimendas à essa liberdade:

[...] A censura estatal à liberdade de expressão marca não apenas o período longínquo do absolutismo monárquico, mas se reedita na experiência recente da República brasileira, tendo representado uma das mais nítidas facetas da ditadura militar. [...]

Por isso, a garantia da liberdade de expressão vem destacada em duas oportunidades na atual Constituição Federal (BRASIL, 1988): “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV); “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX).

Interessante exercício nos parece aqui importante realizar: percebe-se a existência de uma relação biunívoca entre a liberdade de pensamento e a liberdade de comunicar ou manifestar o pensamento, a qual somente ganha contornos na existência humana com a interação necessária que se faz com o outro, na transmissão e, conseqüente comunhão, de ideias entre as pessoas. Entendimentos irrefletidos, guiados pela orientação de outrem, se mostram incapazes de se denotar constrangimentos às garantias humanas ou mesmo a erosão da, até aqui tratada, liberdade de expressão.

Em Kant (1969, p. 16), encontramos a síntese da tal reflexão:

À liberdade de pensar contrapõe-se, em primeiro lugar, a coação civil. Há decerto quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode ser-nos tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção pensaríamos nós se, por assim dizer, não pensássemos em comunhão com os outros, aos quais comunicamos os nossos pensamentos e eles nos

comunicam os seus! Pode, pois, muito bem dizer-se que o poder exterior, que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, lhes rouba também a liberdade de pensar: o único tesouro que, não obstante todos os encargos civis, ainda nos resta e pelo qual apenas se pode criar um meio contra todos os males desta situação.

Sendo assim, a liberdade de expressão se mostra um freio à atuação do poder estatal de censura à comunicação do pensamento.

No entanto, a proteção da pessoa abarcada pelo princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III), contém a ideia de que ninguém, ou seja, nem o Estado, nem o particular, poderão cercear o exercício de direitos, sendo estes todos aqueles decorrentes das manifestações humanas e que integram a dignidade da pessoa humana, não se excluindo, evidente, a liberdade de expressão. (BRASIL, 1988)

Daí, muito embora a liberdade de expressão não faça expressamente parte do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002, arts. 11 a 21) como um dos direitos da personalidade – ou seja, daquele conjunto de atributos essenciais da personalidade humana (direito ao corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade) –, ela poderá sofrer ameaças nos conflitos entre particulares e merecerá, por isso, a proteção do ordenamento jurídico civil, porque, defendemos que a liberdade de expressão possui as características dos direitos da personalidade, assim definidos por Bittar (2003, p. 11):

São prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam num dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária. Outrossim, são inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, segundo a melhor doutrina e o artigo 11 do Código Civil.

No entanto, conforme ensina Schreiber (2013, p. 15), referindo-se a liberdade de expressão e outros direitos, “Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. [...]”.

Controvérsia de relevo instaurou-se no julgamento pelo STF no caso das biografias não autorizadas. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 promovida pela Associação Nacional dos Editores de Livros, em que discutiu-se sobre o conflito entre princípios constitucionais da liberdade de expressão, de informação, artística e cultural (art. 5º IV, IX, XIV, 220 §§ 1º e 2º da CF) e o princípio da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º X CF)¹, decidiu o STF, por unanimidade, impedir a censura prévia das biografias, afastando a exigência de autorização do biografado, privilegiando, assim, o direito à liberdade de expressão, em face dos direitos à honra, à imagem e à privacidade do biografado, desde que, porém, as biografias não ofendessem aqueles direitos individuais da pessoa biografada (BRASIL, ADI 4815, 2016).

Nos exatos termos do trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, tem-se que: “É impossível que se censure ou exija autorização prévia de biografias. A Corte hoje reafirma a mais plena liberdade de expressão artística, científica e literária desde que não se ofendam outros direitos constitucionais dos biografados”. (BRASIL, ADI 4815, 2016)

Vale nosso destaque para o trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual ressalta nossa posição antes explanada, a de que a liberdade de expressão pode ser entendida como sendo um direito da personalidade humana:

[...] a liberdade de expressão é pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Os direitos

¹ Sobre a ação direta de inconstitucionalidade [ADI], o art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal do Brasil de 1988, assim dispõe na sua parte inicial: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei [...]”. A ação direta de inconstitucionalidade é regulamentada pela Lei 9.868/1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento desse tipo de ação perante o STF (BRASIL, 1999). Observa-se que o denominado controle de constitucionalidade, em regra, compete ao Supremo Tribunal Federal. Comentando o controle de constitucionalidade, Moraes (2012, p. 735) refere que “Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. Sobre o assunto, em síntese, infere-se que uma lei deverá ser declarada inconstitucional e invalidada pelo STF no caso de ser incompatível com as disposições da Constituição Federal do Brasil, seguindo o rito da ADI, tal como disposto na Lei 9.868/1999.

políticos, a possibilidade de participar no debate público, reunir-se, associar-se e **o próprio desenvolvimento da personalidade humana dependem da livre circulação de fatos, informações e opiniões.** Sem liberdade de expressão e de informação não há cidadania plena, não há autonomia privada nem autonomia pública. (BRASIL, ADI 4815, 2016) (Grifado)

Sublinhamos, mais, que o resultado do julgamento se afigura consonante com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos especialmente quanto ao convencionado de que o exercício da liberdade de pensamento e de expressão

[...] não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública. (BRASIL, 1992, art. 13, II)

Examinando um pouco mais as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no que tange à liberdade de expressão, observamos nela a defesa de um conceito que vem expresso por uma locução substantiva que o representa. Se existe o nome 'liberdade de expressão', existe, então, a ideia do que vem a ser 'liberdade de expressão'. Para investigar a intenção daqueles que convieram pactuar os termos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devemos perquirir com cuidado a construção do vocabulário empregado.²

Para tal intento, ressaltamos os incisos 1 e 5 referentes ao seu artigo 13:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

[...]

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à

² O *modus operandi* da investigação proposta é realizado nos termos assim edificados por Stone (2005, p. 255): “Quando se defende conscientemente um conceito, ele sempre é expresso por uma palavra que o representa. Se a palavra não existe, não existe a ideia.”

hostilidade, ao crime ou à violência. (BRASIL, 1992, art. 13)

Aqui, tem-se uma óbvia forma de se revelar o conteúdo do conceito de liberdade de expressão, assim como o que dele escapa. Não existe a necessidade de se interpretar em profundidade o inciso 1, já que ele, pura e simplesmente, discorre sobre o alcance daquela liberdade, trazendo as ações que estão contidas na ideia de liberdade de expressão.

Já no inciso 5, quer-se que determinadas situações sejam afastadas (por lei!) do manto da liberdade de expressão, sendo que enfatizaremos na sequência – considerando o objetivo do presente estudo de se abordar essencialmente a questão do discurso de ódio e seus impactos nos direitos individuais – a referência aos discursos de incitação ao ódio, também chamados de *hate speech*.

Resta-nos agora verificar se a liberdade de expressão, tomada como verdadeiro escudo protetor do conteúdo do discurso humano (informações, opiniões e ideias) de qualquer natureza, quando confrontada com o *hate speech*, validará, ou não, os discursos de ódio fertilizados nos espaços de interação virtuais construídos na Sociedade da Informação.

4 HATE SPEECH: UM ABOMINÁVEL QUE LIMITA A PRÓPRIA EXPRESSÃO?

O discurso de ódio, denominado na língua inglesa por *hate speech*, na visão de Meyer-Pflug (2009, p. 97), “é um dos aspectos mais polêmicos que envolvem a garantia à liberdade de expressão”. Prescreve a autora que “Ele consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97)

No mesmo caminho são as palavras de Danielle Anne Pamplona e Patrícia Almeida de Moraes (2019, p.121) ao dizer que o discurso de

ódio "é a manifestação de discriminação e desprezo a pessoas que compartilham de alguma característica que as torna componentes de um grupo, por meio de palavras que as insultam, intimidam ou assediam em virtude de suas características". Assim, para as mencionadas autoras, o discurso de ódio é composto por atos discriminatórios e intolerantes que pretendem a exclusão de grupos minoritários da participação social, diminuindo-lhes direitos, sendo, portanto, contrário a princípios democráticos (PAMPLONA e MORAES, 2019, p. 122, 123).

Consoante Farah (2018, p. 119), o *hate speech*, traz prejuízos à coletividade tanto no mundo real, quanto na esfera virtual:

O *hate speech*, como é de fácil constatação, não nasceu na ou com a *Internet*. Em que pese as maravilhas trazidas com o mundo digital, o mesmo possibilitou a prática de atitudes bastante violadoras de direitos. Com a intolerância que atualmente permeia a sociedade, o extravasamento do discurso de ódio encontrou campo fértil. O mundo paralelo digital apenas colocou combustível a uma chama que não estava apagada.

É inegável que a *internet* possibilitou a ampliação da comunicação entre as pessoas de diferentes locais do planeta: não há mais as barreiras das fronteiras geográficas, dos fusos-horários, ou até mesmo do idioma. O aparato tecnológico atual é capaz de conectar as pessoas em tempo real, divulgando suas palavras, opiniões e manifestações a quem quer que seja.

Desse modo, o próprio *modus operandi* da comunicação na *internet* – que une a tríade facilidade, rapidez e interatividade – possibilitou a difusão do *hate speech*, criando uma verdadeira atmosfera de ódio também no meio digital.

Libel Waldman e Nogueira Neves (2020, p. 11) erigem que “A liberdade de expressão [...] vem sendo utilizada como pretexto para inúmeras manifestações lesivas no ambiente digital [...]. O que se observa é uma disseminação de conteúdos ofensivos, discriminatórios [...]”.

Note-se que o *hate speech* tanto manifesta o ódio, quanto o incita, ou seja, tanto faz vítimas, quanto agrega aliados para também praticá-lo.

Sarmento (2018, p. 122/123) rotula o *hate speech* como sendo “[...] manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, [...]”. Já Silva *et al* (2018, p. 123), ao construir que “[...] por incitar a discriminação contra pessoas que partilham de uma característica identitária comum, como a cor da pele, o gênero, a opção sexual, a nacionalidade, a religião [...]”, parecem enxergar um caráter fomentador no *hate speech*.

Consultando Ribeiro (2017, p. 36), não é com tranquilidade que aprendemos “[...] que a alteridade seria uma categoria fundamental do pensamento humano. Nenhuma coletividade, portanto, se definiria nunca como *Uma* sem colocar imediatamente a *Outra* diante de si.”. Por exemplo, para os nacionais de um país as pessoas nele refugiadas são *os outros*; bem como para os que tem moradia, *os outros* são as pessoas nomeadas de ‘sem teto’. Parece criar-se, assim, uma atmosfera de beligerância contributiva do acirramento de discursos de ódio contra reconhecidas minorias.

Paradoxalmente, no entanto, há de se pontuar que considerando o período da infância humana, há um reconhecido movimento de abertura em direção ao outro, consoante Mounier (2014, p. 333):

[...] o primeiro movimento que revela um ser humano, na primeira infância, é um movimento em direção aos outros: a criança, dos seis aos doze meses, saindo da vida vegetativa, descobre a si mesma nos outros. É somente mais tarde, perto dos três anos, que haverá a primeira onda de egocentrismo consciente [...]. A primeira experiência da pessoa é a experiência da segunda pessoa: o tu e, portanto, o nós vem antes do eu, ou, pelo menos, o acompanham.

Entretanto, as outras tantas ondas de egocentrismo que assolam a existência humana causam irrestrita amnésia e as experiências subsequentes àquelas da primeira infância se afiguram em desvio e distanciamento em relação ao outro.

Tomando por empréstimo de Beauvoir (2017, p. 37) o seu argumento do lugar do outro que, no contexto da sua filosofia, foi

construído refletindo acerca do *locus* social da mulher, verificando que ela ocupava, segundo a filósofa, a posição de segundo sexo pelo olhar masculino, queremos aproveitar o excerto de seu pensamento, com vistas a ainda refletir sobre o *hate speech*:

Os judeus são “outros” para o antisemita, os negros para os racistas norte-americanos, os indígenas para os colonos, os proletários para as classes dos proprietários. Ao fim de um estudo aprofundado das diversas figuras das sociedades primitivas, Levi Strauss pôde concluir: ‘A passagem do estado natural ao estado cultural define-se pela aptidão por parte do homem em pensar as relações biológicas sob a forma de sistemas de oposições: a dualidade, a alternância, a oposição e a simetria, que se apresentam sob formas definidas ou formas vagas, constituem menos fenômenos que cumpre explicar os dados fundamentais e imediatos da realidade social’. Tais fenômenos não se compreenderiam se a realidade humana fosse exclusivamente um *mitsein* baseado na solidariedade e na amizade. Esclarece-se, ao contrário, se, segundo Hegel, descobre-se na própria consciência uma hostilidade fundamental em relação a qualquer outra consciência; o sujeito só se põe em se opondo: ele pretende afirmar-se como essencial e fazer do outro o inessencial, o objeto.

Sendo assim, o ‘outro’ tornado coisa desaparece enquanto pessoa humana e um movimento de afastamento o converte em um ser socialmente secundário.

Daí, então, que o discurso do ‘nós e eles’ existiria desde sempre como categoria fundamental do pensamento e, assombrosamente, a união de pessoas com identidade de pensamento no meio digital, faz daquele sabido trabalho do algoritmo de criação de bolhas virtuais, uma mera reprodução do que ocorreria naturalmente na realidade dos fenômenos.

Han (2018, p. 13) reflete que “O ‘digital’, em francês, diz-se *numérique*. O numérico faz com que tudo se torne *numerável* e comparável. É assim que perpetua o idêntico” e, ainda, de maneira iluminada, descreve os encontros em conexão pela *internet*:

A interconexão digital total e a comunicação total não facilitam o encontro com outros. Servem antes para encontrarmos pessoas idênticas e que pensam de maneira idêntica, fazendo-nos passar de largo pelos desconhecidos e pelos que são diferentes, fazendo assim com que o nosso horizonte de experiências se torne cada vez mais estreito. Prendem-nos num anel interminável do eu e, em última análise, levam-nos a uma ‘autopropaganda que nos doutrina com as nossas próprias ideias’. (HAN, 2018, p. 11)

Quando as pessoas que pensam igualmente são aproximadas pela *internet* o resultado pode até ser bom, como, por exemplo, quando minorias historicamente discriminadas encontram um lugar de existir no espaço virtual: os canais de vídeo, *sites* e *blogs* se mostram locais de disputas de narrativas das vozes dissonantes que não ocupam as esferas de poder. (RIBEIRO, 2017, p. 86/87)

Nesse sentido, Barreto Junior e Barroso Uelze (2020, p. 16/17), ao destacarem o papel dos diferentes tipos de redes de pessoas no meio ambiente virtual como verdadeiros instrumentos de representatividade de grupos sociais, nesse sentido, expõem o entendimento de Rousiley Celi Moreira Maia (2008, p. 118-120 *apud* BARRETO JUNIOR e BARROSO UELZE, 2020, p. 16/17), segundo o qual acrescenta o potencial da rede como uma esfera pública para que grupos e movimentos sociais possam expressar suas identidades.

No entanto, tal como ocorre na vida real, quando o grupo que sempre deteve o poder social se incomoda com as vozes das minorias e, “pelo medo de não ser único” (RIBEIRO, 2017, p. 87), pode vir a instigar um discurso de ódio contra aquelas pessoas, por meio também da *internet*, que, ironicamente, foi o meio que propiciou a criação do espaço virtual daquela conturbação de vozes. Na disputa pelo poder, exclui-se o historicamente oprimido, porque “É na natureza material (à qual realmente estamos submetidos) que reina a exclusão, porquanto um espaço não pode ser ocupado duas vezes;”. (MOUNIER, p. 2014, p. 333)

Ensina Travassos (2013, p. 291) que

Em feição geral, o *hate speech* valida todas as formas de manifestação de opinião, ainda que revestida de palavras e pensamentos que, direta ou indiretamente, expressem o ódio do interlocutor a determinadas pessoas ou grupo de pessoas com características convergentes, comumente tratados sob o enfoque das minorias.

Com inquietação, percebemos que a difusão de ideias de toda natureza, até mesmo as de incitação ao ódio, se mostram manifestações, *lato sensu*, da liberdade de expressão.

No entanto, conforme ecoa Sarmiento (2006, p. 90):

[...] é inegável que, ao proibir a difusão de ideias ainda que abomináveis, como as latentes no *hate speech*, o Estado atinge negativamente a autonomia individual tanto daqueles que têm estas ideias e são impedidos de comunicá-las publicamente, como dos integrantes do público em geral, que ficam privados do acesso a elas. Não obstante, esta perda do ponto de vista da autonomia individual deve ser cotejada com o “ganho” que se obtém em relação a este mesmo valor, no que concerne não só à autonomia e autorrealização dos indivíduos que seriam os alvos destas manifestações de ódio, preconceito e intolerância, como também dos outros componentes da sociedade.

Aqui o *case* famoso é o assim conhecido “caso Ellwanger”. O STF negou *habeas corpus* ao editor de livros Siegfried Ellwanger que fora condenado por racismo contra judeus e por publicar, vender e distribuir material antissemita, com a alegação de que

[...] O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (BRASIL, HC 82424, 2004)

Sublinhamos que o resultado do julgamento se mostra alinhado com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especialmente quanto ao convencionado de que o exercício da liberdade de pensamento e de expressão deve repudiar quaisquer discriminações entre os homens, prescrevendo que o ordenamento jurídico interno deve proibir “toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. (BRASIL, 1992, art. 13, 5)

Vale, pelo sopesamento realizado em relação aos aspectos da pessoa humana, o destaque para o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Por isso o texto constitucional erigiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível. (BRASIL, HC 82424, 2004)

No caso em tela, contudo, reprimiu-se o discurso de ódio e, por consequência, limitou-se o exercício da liberdade de expressão,

ficando demonstrado que o direito de expressar opiniões não é absoluto, encontrando seus limites no próprio *hate speech*.

5 UM COTEJO NECESSÁRIO, AINDA QUE BREVE

Por todo o raciocínio construído até aqui, e entendendo que os discursos comunicam e transmitem mensagens, então podemos asseverar que são igualmente discursos tanto as biografias, quanto os *hate speeches*.

Por isso, retomando, como visto, *a)* que sobre as biografias, no ano de 2015, a Suprema Corte brasileira protegeu a liberdade de expressão das opiniões do autor acerca do biografado, independentemente da autorização prévia deste, desde que não lhe fossem ofendidas a honra, a imagem e a privacidade; *b)* que acerca dos *hate speeches*, em 2003, a mesma Corte proibiu a liberdade de expressão de ideias e opiniões de natureza manifesta de ódio, protegendo, assim, a honra das vítimas; pode-se cotejar – ainda que em pouco mais de uma década a liberdade de expressão tenha sido juridicamente fitada por diferentes prismas – que os direitos da personalidade [honra, imagem e privacidade, citados) se mostram mais que necessários de serem resguardados, vez que se revelam como genuínos expoentes da garantia da dignidade humana.

Nesse sentido, Libel Waldman e Nogueira Neves (2020, p. 12) ressaltam que

O exercício da liberdade de expressão certamente deve ser exercido na sua plenitude, sem violações ou qualquer tipo de censura, porém devemos refletir quando o exercício se torna abusivo, momento em que afronta outros direitos fundamentais de igual hierarquia, como a privacidade, a intimidade e a honra. Neste caso o exercício da liberdade de expressão deve encontrar limites. O respeito ao Outro é base para tanto.

Complementando esta ideia, lembramos as palavras de Francisco de Castilho Prates (2018, p. 104) ao dizer que "a liberdade

de expressão não é um sinônimo de 'direito a discriminar' ou de 'incitar a exclusão'.

Em sendo assim, assimilado que os direitos da personalidade realmente implicam naquele dever geral de abstenção para a sua defesa, de que bem expõe Bittar (2003, p. 11), cabe-nos questionar se a falta de reconhecimento social que pode ser gerada pelas mensagens que transmitem esses discursos – seja com a divulgação de fatos do núcleo mais íntimo de um indivíduo em textos biográficos, seja pelo discurso de ódio dirigido às minorias no ambiente virtual – é capaz de mitigar a identidade social, chegando a violar o direito de imagem da pessoa humana no espaço público.

6 DIREITO DE IMAGEM NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Muito se pode falar acerca da imagem, sendo que não podemos interpretar o Direito que a tutela de maneira alheia à realidade que a construiu, desde os tempos mais remotos, conforme passamos a expor.

As representações rupestres da pré-história nos autorizam a afirmar que as imagens são formas de compreensão da realidade e, por que não, que as expressões imagéticas podem ser consideradas manifestações concretas de discurso sobre o mundo sensível, o qual veio a aperfeiçoar-se com o desenvolvimento da escrita.

Consoante Joly

Palavra e imagem, é como cadeira e mesa: para estar à mesa necessitamos das duas.' Esta analogia referida por Godard a propósito da imagem e das palavras [...] mostra que elas se complementam, que têm necessidade uma da outra para funcionarem e serem eficazes. (JOLY, 2007, p. 135)

[...]

A complementaridade das imagens e das palavras reside também no fato de elas se alimentarem umas das outras. Não existe qualquer necessidade de uma co-presença da imagem e do texto para que este fenômeno se verifique. As imagens engendram palavras que engendram imagens, num movimento sem fim. (JOLY, 2007, p. 141/142)

Sobre esta espécie de biunivocidade das palavras e das imagens, Sócrates indaga se não é bem verdade que “não reconheceremos as

imagens das letras, quer nos apareçam na água, quer no espelho, se não conhecermos antes as próprias letras, por ser tudo isso objeto da mesma arte e do mesmo estudo?”. (PLATÃO, 2000, 402-b, p. 160)

Então, no exame dos discursos se está a estudar as imagens: desde as visuais, das letras que desenham as palavras; como as imagens mentais, enquanto representação psíquica, construídas pela significação das palavras.

Joly (2007, p. 13) constrói e questiona que “[...] imaginária ou concreta, a imagem passa por alguém, que a produz ou a reconhece. Quer isto dizer que a natureza não nos propõe imagens e que estas são forçosamente culturais?”.

A Sociedade da Informação, a qual “provoca a mudança do paradigma tecnológico, cultural, social comportamental e laboral a todo instante, pois essa é a sua própria natureza” (JORGETTO e CAVALCANTI, 2018, p. 34) traz, sem dúvida, uma resposta afirmativa para a indagação da autora. A imagem apresenta uma surpreendente facilidade de ser albergada pelo homem na Sociedade da Informação, essencialmente por vivermos contemporaneamente uma civilização de imagens, impulsionada pela geração das imagens virtuais, representadas pelos ícones, *stickers*, *gifs*, *memes* que se propagam vertiginosamente no espaço virtual.

Cecília Meireles (1989, p. 106), que reluziu o mundo com seu verso “Liberdade – essa palavra, que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda!”, pode emplacar, em tempos de Sociedade da Informação, para outro signifiante o significado que deu à ‘liberdade’. Assim, imagem e liberdade se mostram, poeticamente falando, palavras sinônimas, sendo que ousamos reescrever, com escusas à autora, o verso: Imagem – essa palavra, que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda! A imagem, portanto, provém de uma construção humana, que não a explica na essência, porém, essencialmente, a compreende.

E nessa identidade de significados, a vida imita a arte da poesia e a imagem não deixa de ser mesmo a imagem de uma liberdade, prevista como um direito essencial da personalidade humana, segundo a doutrina e o Código Civil brasileiro, no artigo 20³. (BRASIL, 2002)

Entretanto, a Sociedade da Informação – a qual trouxe uma outra realidade ao fenômeno comunicacional, impulsionada pelas novas tecnologias – exigiu uma ampliação da proteção do direito de imagem: “[...] para além da ‘imagem-retrato’, o aspecto fisionômico, a forma plástica do sujeito, hoje se protege também a ‘imagem-atributo’, isto é, o conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo [...]”, conforme ensina Bodin de Moraes (2008, p. 379).

A imagem-atributo liga-se à ideia de identidade pessoal e, nos dizeres daquela autora

[...] Enquanto o nome identifica o sujeito físico no plano da existência material e a imagem evoca os traços fisionômicos da pessoa, a identidade pessoal representa uma “fórmula sintética” para destacar a pessoa globalmente considerada, de seus elementos, características e manifestações, isto é, para expressar a concreta personalidade individual que veio se consolidando na vida social. (BODIN DE MORAES, 2008, p. 380)

A imagem-atributo da pessoa, portanto, “se refere à verdade biográfica, ao estilo individual e social [...], àquilo que a diferencia e singulariza em sociedade” (BODIN DE MORAES, 2008, p. 380/381).

Interessante notar que Joly (2007, p. 21/22) vai aproximar os mecanismos de construção da imagem de si de uma pessoa, ou seja, de sua representação no meio social, da imagem de uma marca comercial; é – no limite – pensar que como a imagem-atributo poderia se referir tanto a pessoas como a objetos fabricados, também seria ela capaz de fabricar imagens de pessoas:

Quando falamos de imagem de si ou de imagem de marca, estamos ainda a fazer alusão a operações mentais, individuais ou coletivas, que neste caso

³ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

insistem mais no aspecto construtivo e de identificação da representação do que no seu aspecto visual ou de semelhança. [...] Estudar imagem de..., modificá-la, construí-la, substituí-la, etc. – é a palavra chave da eficácia, seja ela comercial ou política.

Joly (2007, p. 22) exemplifica que:

[...] podemos utilizar imagens (de cartazes, de fotografias) para construir a imagem de alguém: as campanhas eleitorais são um viveiro representativo [...] deste tipo de procedimento. Toda a gente compreende que se trata de estudar ou de provocar associações mentais sistemáticas (mais ou menos justificadas) que servem para identificar este ou aquele objeto, esta ou aquela pessoa, esta ou aquela profissão, atribuindo-lhe um certo número de qualidades socioculturalmente elaboradas.

No entanto se pensarmos que a nova narrativa humana é criada no espaço virtual, o problema que se põe é que tanto imagens podem ser construídas, como também corroídas por meio das redes virtuais.

Dias (2000, p. 66) defende a importância da proteção da imagem na Sociedade da Informação:

O avanço tecnológico, a necessidade de rapidez na comunicação causam grande impacto na vida das pessoas. O aperfeiçoamento dos meios de comunicação, das máquinas ligadas à imagem proporcionam ao indivíduo a possibilidade de reter um número infinito de informações num menor espaço de tempo. A globalização é um fato incontestável em nossos dias.

A grandiosidade desse sistema deixa o homem e a sua individualidade à mercê da sua própria sorte. Agora a civilização da imagem busca a proteção da personalidade de cada um. Enfrentamos a busca incessante da proteção da pessoa. Numa sociedade caracterizada pela importância da comunicação, é necessário um forte controle na divulgação da imagem (DIAS, 2000, p. 66)

Podemos acrescentar que os discursos contra determinados tipos humanos – materializados em mentiras biográficas e nos *hate speeches* –, sobretudo quando o lugar para destilar tais mensagens são as redes sociais, tornam-se eles capazes de desgastar determinadas identidades sociais, o que entendemos violar o direito de imagem dessas pessoas, especialmente em relação à imagem-atributo delas.

A preocupação é justificada, porque o ódio é “Un impulso relacional destructivo. ‘El odio puede ser considerado como una relación virtual con una persona y con la imagen de esa persona, a la

que se desea destruir, por uno mismo, o, por otros” (PINO, 2007, p. 7).

Cenário deprimente é ver atacada a imagem de si de alguém, pois se trata de um bem intrínseco da pessoa; e que se configura numa espécie de aura capaz de tornar um ser humano, pessoa humana. Coloca-se em xeque, assim, a representação moldada pela própria pessoa no ambiente coletivo, porque, ecoa Mounier (2014, p. 332/333) que “Não posso pensar em ser, e ser sem meu corpo: por meio dele eu estou *exposto* a mim mesmo, ao mundo e aos outros”.

Entretanto, tão deprimente quanto é entender, junto com Taylor (1993, p. 58), que “La proyección sobre otro de una imagen inferior o humillante puede en realidad deformar y oprimir hasta el grado en que esa imagen sea internalizada. [...] no dar este reconocimiento (igualitário) puede constituir una forma de opresión”.

Isto porque, a comunidade específica a que o sujeito pertence determina como alguém se percebe como ser humano, ideia que assim se afirma na expressão de Charles Taylor:

A tese consiste no fato de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento incorreto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto podem afetar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe. (TAYLOR, 1994, p. 45)

Nesse mesmo sentido, Mounier (2014, p. 333) afirma que existe uma “dialética interioridade-subjetividade”, porque a “existência pessoal está sempre sendo disputada entre um movimento de exteriorização e um movimento de interiorização: ambos lhe são essenciais e podem ao mesmo tempo enquistá-la, ou dissipá-la”.

Evidencia-se, assim, que a identidade social é uma moeda de dupla-face que reluz, por um lado, a intimidade num movimento de recolhimento de si, assim como distingue, no seu anverso, a exposição da imagem nas suas ações de configuração e reconfiguração do eu humano e presença no mundo.

A revolução tecnológica tem um papel preponderante no cenário social contemporâneo em que a perseguição da ‘interioridade humana alheia’ já não é mais novidade, conforme ensina Urquiaga (2000, p. 466): “En la sociedad de masas aquel núcleo íntimo del individuo se encuentra en jaque o acoso permanente. Ello, fundamentalmente, por el avance vertiginoso de las tecnologías y el desarrollo de los medios de comunicación.”.

Num horizonte de perseguição digital, no nosso sentir, consideramos potencialmente destrutivos os *hate speeches*, vez que são capazes de corroer sincronicamente a existência humana na sua dialética interioridade-subjetividade. Isto porque, os discursos de ódio se constituem em formas claras de agressão, as quais induzem a uma imagem de si que restringe a pessoa afetada na sua presença no mundo, ferindo, por um lado, a sua subjetividade social e, de outra banda, violando o seu íntimo de tal sorte a provocar inevitáveis distorções na formação da sua identidade pessoal.

Contudo, considerando que as tecnologias de informação e comunicação, no olhar de Gouveia (2019), “[...] não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação”, tal aparato tecnológico, aliado à internet, fez alargar o alcance dos abomináveis discursos de ódio às minorias no espaço público.

Diante da conexão propiciada pela *internet*, o homem passa a se organizar em rede no ciberespaço, em maior interação uns com os outros. Nas palavras de Monteiro (2004, p. 108), “O virtual é o principal atributo do ciberespaço e aquele que melhor o descreve”.

Na lição de Pierre Lévy têm-se que o “surgimento do ciberespaço acompanha, traduz e promove a evolução geral da civilização” (LÉVY, 2001, p. 07, *apud* MARTINS, 2018, p. 1100).

Tal ‘evolução’, acreditamos, até pode se pretender generalizante, mas nem de longe se mostra benevolente com grupos humanos que apresentam determinadas características identitárias,

vez que o ciberespaço veio permitir a realização de ações violadoras de direitos, como a prolação de discursos de ódios contra minorias, atingindo a identidade social dos indivíduos e mitigando, sobremaneira, o direito de imagem da pessoa humana na contemporânea Sociedade da Informação.

7 CONCLUSÃO

Há razões categóricas para se acreditar que as tecnologias mais inovadoras surgidas com a Sociedade da Informação, refletem necessariamente na vida das pessoas, transformando profundamente a incorporação delas no mundo.

Até mesmo o já estanque direito de imagem foi atravessado pela revolução digital ocasionada pelo *modus operandi* da *internet*, vez que, com a conexão propiciada por ela, a distância não separa mais as pessoas, as quais se encontram inevitavelmente no ambiente virtual do ciberespaço.

A Sociedade da Informação, que provocou a mudança de paradigma social comportamental, fez ampliar a tutela do direito de imagem para além da constituição física do indivíduo, protegendo o conjunto de características que decorrem do comportamento das pessoas, ou seja, da maneira como elas se mostram na esfera pública.

Não se protege mais, contudo, tão-somente o ‘ser’, personificado na imagem-retrato do indivíduo, mas também o ‘estar’ no mundo, o qual se atrela a uma imagem-atributo ou, ainda, à identidade social da pessoa.

No entanto, quando falta reconhecimento social a determinados grupos com características convergentes (como a cor da pele, o gênero, a opção sexual, a nacionalidade, a religião, etc.), ocorre uma diminuição da possibilidade de desenvolvimento humano calcado na estima por tais atributos particulares que identificam socialmente a pessoa.

A falta de reconhecimento social das minorias, comumente extravasadas por manifestações de ódio e intolerância, foi impulsionada pelo mesmo *modus operandi* da *internet* que propiciou o encurtamento da distância entre pessoas: a facilidade, rapidez e interatividade na ‘rede das redes’ de comunicação possibilitou a difusão do *hate speech*, criando uma verdadeira atmosfera de ódio também no meio digital.

O *hate speech* tanto manifesta o ódio, quanto o incita, ou seja, tanto faz vítimas, quanto promove alianças para propagá-lo. Manifestar e incitar, neste caso, são ações que comunicam, invariavelmente, opiniões preconceituosas contra grupos humanos determinados.

Nitidamente, então, a restrição da liberdade de expressão para esta situação faz limitar os discursos de ódio, freando as violações ao direito de construção da imagem-atributo da pessoa humana na Sociedade da Informação.

Data de Submissão: 21/04/2020

Data de Aprovação: 22/06/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Tâmisia Rubia Silva

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; BARROSO UELZE, Hugo. Cibercultura e o poder informacional na esfera pública: crise do paradigma positivista no Direito Tributário. **Prim@Facie**, v. 19, n. 40, p. 01-29, 24 abr. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In.: **20 anos da Constituição Cidadã de 1988:**

efetivação ou impasse institucional. Org.: José Ribas Vieira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Código Civil.** Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

Acesso em 17 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

. Acesso em 17 jun. 2020.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

(Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro 1969. Decreto

n.º 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/DO678.htm. Acesso

em 17 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 09

ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4815**. Plenário. Rel.

Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 10/06/2015. Publicado em

01/02/2016. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>. Acesso em 17 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82424**. Plenário. Rel.

Ministro Moreira Alves. Julgamento em 17/09/2003. Publicado em

19/03/2004. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 17 jun. 2020.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte:

Del Rey, 2000.

FARAH, André. Hate speech digital: em busca de respostas. **Acta**

Científica – Ciências Humanas, Engenheiro Coelho/SP, v. 27, n.

2, p. 117-130, set./dez. 2018.

GONZÁLEZ, Ángela Sierra. Los discursos del odio. **Cuadernos del**

Ateneo. Espanha: Ateneo de La Laguna, n. 24, p. 5-18, 2007.

GOUVEIA, Luis Manuel Borges. **Sociedade da Informação –**

Notas de contribuição para uma definição operacional. Luis

Manuel Borges Gouveia: novembro de 2004. Disponível em:

http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf.

Acesso em 04 dez. 2019.

HAN, Byun-Chul. **A expulsão do outro**. Lisboa-PT: Relógio D'Água, 2018.

JOLY, Martine. **Introdução à análise da imagem**. Lisboa: Edições 70, 2007.

JORGETTO, Leonardo Felipe de Melo Ribeiro Gomes; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O direito à privacidade dos dados pessoais sensíveis e os e-mails corporativos: uma visão sob o aspecto dos direitos da personalidade na sociedade da informação. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Salvador, vol. 4, n. 1, p. 33-50, jan./jun. 2018.

KANT, Immanuel. **Que significa orientar-se no pensamento?** Covilhã/Portugal: LusoSofia press – Biblioteca on-line de filosofia e cultura, 1969.

LÉVY, Pierre. **Cyberculture**. Minneapolis: University of Minesota Press, 2001.

LIBEL WALDMAN, Ricardo; NOGUEIRA NEVES, Marcelo. Sociedade da Informação: A responsabilidade na Internet e o mau uso da tecnologia, a busca pela ética no convívio digital. **Prim@Facie**, v. 19, n. 40, p. 01-28, 16 abr. 2020.

MAIA, Rousiley Celi Moreira. Redes cívicas e internet: efeitos democráticos do associativismo. **Revista Aurora** – PUC-SP, n. 2, 2008, p. 110-133.

MARTINS, Marcelo Guerra. Influência da *common law* na implantação dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil na era da sociedade da informação. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, Santa Maria-RS, v. 13, n. 3, p. 1098-1133, 2018.

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEIRO, Silvana Drumond. Aspectos filosóficos do virtual e as obras simbólicas no ciberespaço. **Ciência da Informação**, v. 33, n. 1, p. 108/116, jan./abr. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

PAMPLONA, Danielle Anne; MORAES, Patrícia Almeida de. O discurso de ódio como limitante da liberdade de expressão. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro - RJ, v. 12, n.º 02, p. 113-133, 2019.

PLATÃO. **A República – ou sobre a Justiça: Gênero Político**. Belém: EDUFPA, 2000.

PRATES, Francisco de Castilho. Discursos de ódio e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: enfrentando os desafios à liberdade de expressão. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 93-115, abr. 2018.

RAMPAZZO. Lino. O personalismo de Mounier: uma inspiração para a Bioética? **Revista Bioethikos**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, v. 8, n. 3, p. 330-341, jul./set. 2014.

RIBEIRO. Djamilia. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte/MG: Letramento: Justificando, 2017.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 56-102, out./dez. 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SÊNECA. **A vida feliz: De Vita Beata**. São Paulo: Montecristo, 2018, *e-book*.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann e BORCHARDT, Carlise Kolbe *apud* FARAH. André. Hate speech digital: em busca de respostas. **Acta Científica – Ciências Humanas**, Engenheiro Coelho/SP, v. 27, n. 2, p. 117-130, set./dez. 2018.

STONE, Isidor Feinstein. **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política do reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Hate speech e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Org.); **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

URQUIAGA, Emilio Pfeffer. Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen: su protección frente a la libertad de opinión e información. **Ius et Praxis**. Chile: Universidad de Talca, vol. 6, n. 1, p. 465-474, 2000.

Hate Speech In The Information Society: Something Heinous That Erodes The Image Rights Of The Human Person

Ana Elizabeth Cavalcanti

Priscilla dos Reis Siqueira

Abstract: This work aims to reflect on the *hate speech* and the personality rights focusing on the right to image in the context of The Information Society. For the development of this research, it was necessary to analyze the liberty of expression as a right and how its exercise impacts the behavior of our society, even the possibility of violations of individual rights such as the right to image. The research methodology adopted was the deductive, starting from the study of legislation, doctrine and jurisprudence in the field of the Brazilian legal system that deals with the personality rights and individual rights, taking as an example, the right of image, obtaining as a result the indicative that *hate speech* can be considered as a mechanism for the violation of rights and that they are enforced by the use of new technologies in the current Information Society. In conclusion, it comes to the idea that the expressions of the minority human personalities, who are in vulnerability, in the face of a computerized society that we currently deal with, are frontally violated by *hate speech* that, in turn, must be stopped so that individual rights can be protected.

Keywords: Hate Speech; Image Rights; Freedom of speech; Personality rights; Information society.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.52006>


Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



A Lei nº. 13.467/2017 E A Prevalência Do Negociado Sobre O Legislado Face À CRFB/88 E Aos Tratados E Convenções Internacionais: Pode Haver Primazia Da Segurança Do Mercado Sobre A Justiça Social Nas Relações De Trabalho?

Suzy Elizabeth Koury *

Centro Universitário do Pará, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento, Belém-PA, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-1244-6221>

Resumo: Este artigo visa a discutir e analisar se cláusulas normativas derogatórias de direitos dos trabalhadores harmonizam-se com a CRFB/88 e com os tratados e convenções internacionais reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, ao privilegiarem os empresários em detrimento da justiça social nas relações de trabalho. A análise desenvolvida terá abordagem baseada em uma pesquisa bibliográfica qualitativa, de natureza aplicada e com objetivos exploratórios. Defender-se-á que os arts. 611-A e 611-B da CLT, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, devem ser interpretados de acordo com a Constituição brasileira e os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, considerando-se que têm caráter vinculante e que a disponibilidade dos direitos dos trabalhadores encontra claros limites e restrições na observância dos seus direitos fundamentais, que são intangíveis e irrenunciáveis, não cabendo a sua relativização em prol da segurança dos empresários.

Palavras-chave: Cláusulas normativas; Derrogação de direitos trabalhistas; Constituição brasileira de 1988; Tratados e convenções internacionais; Vedação.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. E-mail: suzykoury@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.48645>

A Lei nº. 13.467/2017 E A Prevalência Do Negociado Sobre O Legislado Em Face À CRFB/88 E Aos Tratados E Convenções Internacionais: Pode Haver Primazia Da Segurança Do Mercado Sobre A Justiça Social Nas Relações De Trabalho?

Suzy Elizabeth Koury

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar a validade de cláusulas coletivas derogatórias de direitos trabalhistas, com base nos arts. 611-A e 611-B da CLT, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, que, conforme a sua Exposição de Motivos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017), visou à atualização e à modernização da legislação trabalhista brasileira, em face à CRFB/88 e aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

Pretende-se responder à seguinte indagação: são válidas cláusulas normativas derogatórias de direitos trabalhistas, com base nos artigos 611-A e 611-B, introduzidos na CLT pela Lei n. 13.467/2017, em face à CRFB/88 e aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, ao argumento de prevalência da segurança dos empresários, em detrimento da justiça social?

Por primeiro, enfrentar-se-á a evolução do papel do Estado na proteção dos direitos dos trabalhadores e no estabelecimento de políticas de emprego, o que não se verificava no liberalismo econômico e que foi introduzido pelas constituições modernas, com destaque à mexicana de 1917, à de Weimar de 1919, à Portuguesa de 1976 e à Brasileira, de 1988.

Discorrer-se-á sobre o que chamaremos de antagonismo entre a verdade mercadológica e a jurídica, que, ao fim e ao cabo, conduz à ideia de que as leis trabalhistas devem ser negociáveis e que a segurança do empreendedor deve ter primazia sobre a justiça das relações sociais de trabalho, por intermédio da contextualização das mudanças operadas, dentre outras, pela Lei n. 13.467/2017, em uma sucessão de normas que reduzem os direitos e as garantias dos trabalhadores no Brasil.

A análise desenvolvida no artigo terá abordagem baseada em uma pesquisa bibliográfica qualitativa, de natureza aplicada e com objetivos exploratórios. Estabelecidas essas premissas, defender-se-á que os artigos 611-A e 611-B, acrescidos à CLT pela Lei da Reforma, que tratam dos limites da negociação coletiva e da primazia do negociado sobre o legislado, devem ser interpretados de acordo com a CRFB/88, os tratados e as convenções internacionais reconhecidos pelo Brasil, que têm caráter vinculante, razão pela qual cláusulas normativas derogatórias de direitos trabalhistas não resistem ao controle de constitucionalidade, nem, tampouco, ao de convencionalidade, hipótese que se pretende defender.

2 A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

O liberalismo clássico, cujo precursor foi Adam Smith (2009) em sua obra “*A Riqueza das Nações*”, não admitia nenhum tipo de intervenção do Estado na economia, que seria regida por leis naturais, decorrendo harmoniosamente, sem qualquer interferência. O pensamento liberal, segundo Souza (1970), é expresso pela máxima divulgada por Vincent de Cournay: *laissez-faire, laissez passer*, cunhada por Le Gendre, um fisiocrata que pediu ao ministro mercantilista francês Colbert que o Estado liberasse as atividades

econômicas, então por ele monopolizadas, aos particulares, dizendo-lhe “*laissez nous faire...*” (“deixe-nos fazer”).

Isso, por óbvio, incluía a questão do emprego ou de sua falta, atribuídas por Smith (2009, pp. 9-10) ao maior ou menor esforço pessoal, justificando a ausência de meios para a subsistência dos pobres por sua preguiça e ócio.

Entendia-se que o desemprego era sempre voluntário na medida em que haveria, sem dúvida, uma atividade remunerada qualquer que pudesse ser executada, ainda que não pelo valor pretendido pelo seu prestador, em uma espécie de lei da oferta e da procura de trabalho.

As sucessivas crises no Pós-Primeira Guerra Mundial, que culminaram com o *crash* da Bolsa de Nova York, em 1929, deram início à chamada “Grande Depressão”. Em busca de recuperação, os Estados Unidos da América passaram a combater o desemprego involuntário, com o plano conhecido como *New Deal* (LIMONCIC, 2009), instituído por Roosevelt, que assumiu a presidência daquele país em março de 1933, pelo qual foram propostas reformas econômicas, a regulação de diversos setores da economia por meio de agências reguladoras e a realização de investimentos públicos para estimular a produção e o consumo, com o apoio de economistas influenciados pelas ideias de Keynes.

Relata Wapshott (2016, p. 187-206) que, em um encontro pessoal com Roosevelt, em maio de 1934, Keynes manifestou sua aprovação às medidas adotadas para superar a crise, apesar de ter defendido que houvesse o seu aprofundamento, com mais investimentos públicos, pois, para ele, a saída da recessão dependia do aumento de investimentos, da substituição das importações e do uso do excesso de poupança para sustentar o emprego através de um programa de realização de obras públicas, e não pela adoção de medidas de desvalorização cambial, nem pelo corte de salários.

Bercovici (2005, p. 11) ressalta que, após a Segunda Guerra Mundial, as ideias keynesianas foram cada vez mais difundidas, o que

se revelou nos textos constitucionais do século XX, nos quais, ao contrário do que ocorrera nos do século XIX, que tinham como fundamento a separação entre o Estado e a sociedade, houve a declaração, ao lado dos direitos individuais, dos chamados direitos sociais, vinculados ao princípio da igualdade material, que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos.

Não se olvide que, desde os anos 1970, com a crise estrutural do capitalismo iniciada com o abandono, pelos Estados Unidos, do Consenso de Bretton Woods¹ e sua substituição pelo Consenso de Washington², houve a volta das ideias liberais, que passaram a predominar na política econômica, dentre elas a de que o desemprego não deveria ser a maior preocupação dos economistas, e sim o combate à inflação e a redução de salários e de outras vantagens dos empregados. Como ensina Nunes:

Estava recuperada a velha Lei de Say. Estava relançada a tese de que o desemprego é sempre *desemprego voluntário*: se o mercado de trabalho funcionar sem entraves, quando a oferta de mão-de-obra for superior à sua procura, o preço da mão-de-obra (salário) baixará até que os empregadores voltem a considerar rentável contratar mais trabalhadores. As economias tenderiam para uma determinada 'taxa natural de desemprego', que traduziria o equilíbrio entre a oferta e a procura de força de trabalho, qualquer que fosse a taxa de inflação (NUNES, 2016, p. 63).

¹ O Consenso de Bretton Woods foi produto da reunião dos países aliados após a vitória na Segunda Guerra Mundial, com o fito de minimizar as disputas financeiras, permitindo-lhes reconstruir as suas economias e assegurar a reestruturação do comércio internacional, dentre outros. Houve a criação do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e do Fundo Monetário Internacional (FMI), bem como a adoção do padrão dólar-ouro, sistema cambial atrelado ao dólar, que visava a dar estabilidade à economia mundial.

² Foi um encontro realizado em novembro de 1989, em Washington D. C., convocado pelo *Institute for International Economics*, que teria por objetivo avaliar as reformas econômicas empreendidas nos países da América Latina. O evento teve um formato, em tese, puramente acadêmico e sem natureza deliberativa, mas acabou por formular um documento, que ficou conhecido como Consenso de Washington, com recomendações cuja observância se tornou imprescindível à concessão de cooperação financeira externa, mormente através do FMI - Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e do BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento. Maiores informações podem ser obtidas em Batista (1994).

São essas ideias neoliberais que têm influenciado reformas pelo mundo todo e que no Brasil, iniciaram nos anos 90, “período de desertificação neoliberal social”, conforme Antunes (2020, p. 127), e prosseguiram no Governo Lula (2003-2010), que, ao final de seu primeiro mandato, tentou fazer uma reforma sindical e trabalhista, cujo elemento mais negativo era, precisamente, a permissão de que o negociado pudesse prevalecer sobre o legislativo (ANTUNES, 2020, p. 125), o que veio a ser efetivado pela Lei n. 13.467/2017, introduzida no ordenamento jurídico ao argumento de que a CLT não se adequa aos novos tempos de economia globalizada, nem às novas necessidades do mercado de trabalho, sendo responsável pelo grande desemprego que assola o país³, cujas taxas, apesar do suposto avanço, vêm aumentando após a sua entrada em vigor.

Ocorre que a CRFB/88 constitucionalizou os direitos dos trabalhadores e conferiu status de emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, por três quintos dos votos de seus membros, de modo que a primazia do negociado sobre o legislativo, com o estabelecimento de normas derogatórias da legislação trabalhista, precisa ser analisada sob esses prismas.

3 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES

No Brasil, a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores iniciou com a Constituição de 1934, que tratou, dentre

³ O IBGE divulgou que a taxa de desemprego no Brasil subiu para 12,2% no primeiro trimestre, na comparação com o último trimestre de 2019, atingindo 12,9 milhões de pessoas. No último trimestre de 2020, alcançou 13,9% e, no primeiro trimestre de 2021, chegou a 14,7% (IBGE, 2021).

outros aspectos, da liberdade sindical, do salário-mínimo, do repouso semanal e das férias anuais (BRASIL, 1934).

A Carta de 1937 permitiu a intervenção do Estado no domínio econômico em caráter subsidiário e previu, como dever do Estado, proteger o trabalho honesto, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa (BRASIL, 1937).

A preocupação do legislador constitucional com o emprego garantidor de condições dignas de vida ficou clara na CRFB/46, que, em seu artigo 146, previa que: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna”, além de ter introduzido, em nosso ordenamento jurídico, a participação dos trabalhadores nos lucros e o direito de greve (BRASIL, 1946).

A CRFB/67-69, por sua vez, estabeleceu, no inciso VI do artigo 160, que a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social deveria se dar mediante “a expansão das oportunidades de trabalho produtivo (BRASIL, 1967).”

A CRFB/88, em seus artigos 1º, 3º, 7º e 170, *caput*, deixa claro que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Prevê, ainda, que constituem objetivos fundamentais da República:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, enumerando, não exaustivamente, os direitos dos trabalhadores em seu artigo 7º (BRASIL, 1988).

Por fim, em seu artigo 170, estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme

os ditames da justiça social, além de destacar, como um dos seus princípios, a busca do pleno emprego.

Em que pese a clareza do texto constitucional e o fato de, como lembra Bercovici (2005, p. 57), sequer se ter conseguido instaurar a sociedade de bem-estar social que a Constituição de 1988 assegura, efetivou-se uma reforma trabalhista que teve por base a redução de direitos dos trabalhadores enquanto política econômica estatal, em consonância com uma postura mais liberal.

Note-se que cenário semelhante foi enfrentado pelo Direito do Trabalho na França, no ano de 1994, quando se propôs, como solução à crise econômica enfrentada por aquele país, “queimar o Código do Trabalho” (SUPIOT, 2016, p. 67), pois bastaria abolir a proibição do trabalho noturno, o descanso dominical e a regulamentação das demissões, restringir o direito sindical e o direito de greve, entregar aos mercados os serviços públicos e a proteção social, que tudo se resolveria. Em suma, bastaria acabar com a “miragem da justiça social” para reavivar a prosperidade e o pleno emprego. Os trabalhadores seriam postos a serviço das coisas, seriam considerados como um material, que se deve vergar, se possível, sem quebrar, às exigências do mercado (SUPIOT, 2016, p. 72).

O discurso por mais liberdade e menos Estado é o mesmo que se propaga no Brasil, o que é explicado pelo fato de a reação do capital ser igual em todos os países do mundo, defendendo-se menos tutela aos trabalhadores e uma falsa valorização das suas vontades, ao argumento de que podem e devem negociar as suas condições de trabalho como bem entenderem, uma vez que são livres e suficientemente iguais aos empregadores.

Foi em contexto semelhante que a Lei n. 13.467, de 13.07.2017, com vigência a partir de 11.11.2017, após cumprido *vacatio legis*, alterou a CLT e as Leis ns. 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, com o declarado propósito de adequar a legislação às novas relações de trabalho, proporcionar segurança jurídica ao empregador e investimentos na economia.

Contudo, assegurar o que se chama de ambiente institucional favorável à atração de investimentos, não pode implicar em inobservância do modelo econômico de bem-estar, eleito pelo constituinte de 1988, sob pena de inconstitucionalidade, como lembrou Grau (2015, p. 46), ao referir-se às propostas neoliberais durante os Governos de Fernando Collor (1990/1992 e 1992/1994, com a assunção de Itamar Franco) e de Fernando Henrique Cardoso (1995/2002), que não poderá ser efetivada sem a prévia alteração do previsto nos seus arts. 1º, 3º e 170.

Desse modo, passar a pensar o trabalhador e o trabalho com base no livre contratualismo do Direito Civil ou sob a égide do princípio da legalidade estrita, próprio à Administração Pública, ao impor regras e critérios de interpretação que limitam a atuação dos juízes e dos tribunais⁴, olvidando os seus princípios informadores mais caros, como o da proteção ao hipossuficiente, não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.

Note-se que nem mesmo o Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) aplica a autonomia da vontade de forma absoluta, na medida em que estabelece que a interpretação da validade dos negócios jurídicos deve ser conforme a boa-fé (art. 113), que deve ser observada pelos contratantes na conclusão e na execução dos contratos (art. 422), tal qual o deve ser o princípio da probidade.

Uma outra crítica que se dirige à CLT é que seria inspirada pelo fascismo⁵ e pelo corporativismo e que teria ficado “congelada” no tempo, o que também se revela falacioso, não só porque houve diversas alterações legislativas ao longo da história, como também pelo

⁴ Os parágrafos 2º e 3º do artigo 8º, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, estabelecem que: §2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

⁵ Biavaschi (2005, p. 78) demonstra que é equivocada a tese de que a legislação trabalhista brasileira é cópia da *Carta del Lavoro* da Itália – a “Carta de Mussolini”.

respaldo garantido aos direitos trabalhistas pela CRFB/88, que, se assumir-se como verdadeira a crítica, também seria anacrônica, porque prejudicaria o mercado livre.

Aliás, não se pode olvidar que o “mercado” não é uma criação da natureza, que deve e pode se reger por suas próprias leis, mormente no Brasil, pois a CRFB/88 deixa claro, em seu artigo 219, que: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico (sic), o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.” (BRASIL, 1988).

Como quer Grau (2015, p. 35), o mercado “[...] é instituição jurídica, constituída pelo direito posto pelo Estado”, do qual se requer, “[...] a um tempo só, que garanta a liberdade econômica e, concomitantemente, opere a sua regulamentação[...]”, e que, conforme a CRFB/88, deve garantir o bem-estar da população e viabilizar o desenvolvimento socioeconômico, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CRFB/88).

Por outro lado, tentar fazer crer que o excesso de demandas trabalhistas se deve ao grande número de direitos assegurados aos trabalhadores é uma falácia. A maior parte das ações ajuizadas em 2019 perante a Justiça do Trabalho foi fruto do descumprimento puro e simples da legislação trabalhista e de direitos básicos dos trabalhadores, como demonstram os dados publicados pelo CNJ no Relatório Justiça em Números 2020, que destaca que, em 12% do total de processo ingressados, são requeridas “verbas rescisórias de rescisão do contrato de trabalho”, o que constitui o maior quantitativo de casos novos do Poder Judiciário (CNJ, 2020, p. 237). Percebe-se, portanto, que se vêm negando aos trabalhadores direitos de muito consagrados e que são incontestáveis, como o de receberem, corretamente, as verbas rescisórias.

É nesse contexto que se passa ao exame das alterações introduzidas pelos artigos 611-A e 611-B da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, que estabelecem que o previsto em convenções coletivas e acordos coletivo de trabalho tem prevalência sobre a lei quando dispuser sobre diversos temas nele listados, inclusive os relativos a normas de saúde e segurança (grau de insalubridade, por exemplo), complementado pelo parágrafo único do artigo 611-B, que impede que se considere, como tais, as regras sobre duração do trabalho e intervalos.

4 A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: A CRFB/88, OS TRATADOS E AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O Poder Legislativo cumpriu o seu papel ao aprovar a Lei n. 13.467/2017. Agora, e sem que isso represente nenhuma afronta ou negativa de aplicação da lei, cabe ao Judiciário analisar a constitucionalidade⁶ e a convencionalidade dela, em hipóteses concretas a ele submetidas. A interpretação da reforma é função jurisdicional e os juízes sempre a exerceram - e assim devem continuar fazendo -, verificando a sua compatibilidade com as normas constitucionais e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Assim, nada mudou no que diz respeito à atuação jurisdicional. O juiz continuará a proceder ao exame do caso concreto a partir da CRFB/88 e dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, após o que deverá realizar o controle de

⁶ Não se desconhece que o controle de constitucionalidade preventivo cabe ao Legislativo, por intermédio de sua Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), que, todavia, em muitos casos, tem se revelado equivocado.

legalidade, integrando as alterações havidas na CLT com as demais leis, sem olvidar que a LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê, em seu artigo 5º, que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942).” e que o artigo 9º da CLT estabelece que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (BRASIL, 1943).

Cabe destacar que o *caput* do artigo 8º da CLT, mantido sem qualquer alteração pela Lei n. 13.467/2017, estabelece, como fontes do Direito do Trabalho, além das disposições legais ou contratuais, a jurisprudência, a analogia, a equidade e os princípios e as normas gerais de direito, mormente os relativos à área trabalhista, deixando claro que a sua aplicação deve se dar “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (BRASIL, 1943).”

A alteração procedida no Parágrafo Único do mesmo artigo, que previa que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” e passou a prever que “§1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, não tem o condão de impedir que a análise seja feita em consonância com os princípios fundamentais que informam o Direito do Trabalho, não só porque foi mantido o *caput* do artigo, como também pela necessidade de se realizar uma interpretação sistemática a partir da CRFB/88 e da própria CLT (BRASIL, 1943).

De igual sorte, o fato de o novo § 3º do artigo 8º estabelecer que:

No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e norteará a sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (BRASIL, 1943).

Como se pode ver, não se afasta o disposto no artigo 113 do Código Civil, segundo o qual “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (BRASIL, 2002).” Na verdade, não há como limitar-se a análise de cláusulas de convenções e acordos coletivos de trabalho aos elementos de validade do negócio jurídico, na medida em que a disponibilidade dos direitos dos trabalhadores encontra claros limites na observância dos direitos fundamentais deles, que são intangíveis e irrenunciáveis, projetando-se no elenco consagrado no artigo 7º da CRFB/88.

Além do controle de constitucionalidade, há que se destacar o de convencionalidade, que, a partir da Emenda Constitucional n. 45, que introduziu o § 3º ao artigo 5º da CRFB/1988, ganhou especial relevância, pois foi conferido status de emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, por três quintos dos votos de seus membros (ROCHA; SOUZA, 2019).

O STF reconheceu o status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, ao analisar a possibilidade ou não de prisão do depositário infiel após a adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica, no RE 466.343-I-SP, em que o relator, Min. Gilmar Mendes, deixou assente que:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil - Lei nº 10.406/2002.” (grifo nosso) (STF, 2008).

Por certo, há que se reconhecer os direitos humanos fundamentais do trabalhador, pelo fato de ele ser, antes de tudo, uma pessoa que detém direitos derivados da sua qualidade humana e dos quais não abdica ao firmar um contrato de trabalho.

Como adverte Romita: “Provavelmente, é no âmbito da relação de trabalho que, do ponto de vista quantitativo, são cometidas as mais clamorosas violações dos direitos humanos, mesmo que entre elas não se encontrem as mais graves (ROMITA, 2009, p. 129).”

Pode-se afirmar, então, que as Convenções Internacionais do Trabalho internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro são “tratados de direitos humanos” (ABREU; SILVEIRA, 2014, p. 2) e devem ser interpretadas à luz da garantia internacional dos direitos humanos, buscando-se sempre aplicar aquela que materialize a proteção mais ampla aos cidadãos.

O Tribunal Superior do Trabalho já exerceu o controle de convencionalidade ao decidir sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos autos do Processo RR-107272.2011.5.02.0384, que é vedada pelo artigo 193, § 2º, da CLT, tendo a sua 7ª Turma decidido que era incompatível com a Constituição de 1988 e inconvencional, por violar as Convenções 148 e 155 da OIT, decisão que veio a ser revista pela Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do TST, o que mereceu a crítica de Mazzuoli (2016).

No que diz respeito à questão que é objeto do presente estudo, cabe referir que, antes mesmo da aprovação da Reforma Trabalhista, houve denúncia de entidades sindicais à Organização Internacional do Trabalho - OIT contra, dentre outras, as disposições que, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2011, passariam a corresponder aos artigos 611-A e 611-B da CLT, por violarem a Convenção nº 98, que trata do direito de organização e de negociação coletiva.

A previsão contida no Parágrafo Único do artigo 611-B, de que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho” para que

possam ser objeto de negociação coletiva, não tem o condão de alterar a realidade e nem as regras de hermenêutica, sob pena de violar-se o direito fundamental à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (CF/1988, art. 7º, inc. XXII), tendo em vista a influência que a jornada de trabalho e os intervalos exercem sobre o tempo de exposição do trabalhador aos riscos inerentes ao ambiente de trabalho.

Essa influência encontra respaldo no artigo 52 da Convenção 155 da OIT, que trata da saúde e da segurança do trabalhador, ratificada pelo Brasil em maio de 1993. Por meio da norma internacional, o Brasil assumiu o compromisso de instituir e colocar em prática uma política de prevenção de acidentes e doenças do trabalho que leve em consideração vários aspectos que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores, dentre os quais, a adaptação do tempo de trabalho às suas capacidades físicas e mentais.

Com *status* supralegal, essa norma internacional impõe ao legislador ordinário não apenas a consideração da jornada na instituição das normas de saúde e higiene do trabalho (CF/1988, art. 7º, XXII), como também a adaptação da jornada de trabalho, conforme os riscos presentes no ambiente de trabalho, a fim de reduzir o tempo de exposição do trabalhador. Por assim ser, é inconstitucional disposição legal que afirme que a jornada de trabalho e os intervalos intra e interjornadas não sejam normas que impactem a saúde e a higiene do trabalho, de modo que, ao interpretar a norma, o juiz, no caso concreto, pode exercer o controle difuso de constitucionalidade. Em consequência, não há como prevalecer cláusula normativa que amplie a jornada de trabalho, em desacordo com os limites previstos no art. 7º da CF/88.

Isso porque os limites constitucionais e legais da jornada constituem patamares civilizatórios mínimos inegociáveis, que a sociedade não pode conceber sejam reduzidos, sob pena de afronta à dignidade humana e à valorização mínima destinada pela Constituição ao trabalho (CF/1988, arts. 1º, 3º. 7º e 170, *caput*).

A garantia de reconhecimento da vontade coletiva dos trabalhadores não é um princípio novo, pois a CF/88 em seu artigo 7º, inciso XXVI, que dispõe sobre o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, já o prevê, e ele não serve e nunca serviu para afastar direitos garantidos pela Constituição e nem para que se reduzam direitos, o que resta claro na vedação ao retrocesso que é expressa no *caput* do referido artigo, que, pela melhor técnica interpretativa, rege os seus incisos.

Lembre-se que a regulação do trabalho foi resultado de lutas sociais, que buscaram, “partindo da compreensão da desigualdade como elemento fundante da relação capital e trabalho”, “limitar o arbítrio privado patronal” e “civilizar o capital”, pela instituição de normas de ordem pública irrenunciáveis e inafastáveis das partes, visando, assim, a compensar, minimamente, essa desigualdade, conforme aponta o Dossiê intitulado Contribuição crítica à Reforma Trabalhista do CESIT (2017).

Após a denúncia, em um primeiro momento, a OIT incluiu o Brasil na lista dos 40 países sob investigação, razão pela qual, ao fim da 107ª Conferência Internacional do Trabalho, a OIT requereu ao Governo brasileiro que fossem definidas, com maior precisão, as situações em que o negociado poderia prevalecer sobre o legislado, assim como o alcance dessas normas. O Governo brasileiro, por sua vez, sustentou a regularidade da implementação da reforma trabalhista (LOPES, 2019).

Durante a 108ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada entre os dias 10 e 21 de junho de 2019, a OIT, por meio da Comissão de Aplicação de Normas da entidade, incluiu o Brasil na chamada *short list* dos 24 países suspeitos de violar convenções internacionais, em razão dessas novas previsões.

A Comissão pediu, então, ao governo brasileiro que: i) continuasse a examinar, em conjunto com as organizações mais representativas de trabalhadores e de empregadores, o impacto das reformas e se manifestassem sobre se requerem alterações e ii)

preparasse, após consulta a essas organizações, um documento a ser apresentado ao Comitê de Peritos (OIT, 2020, p. 85).

A questão de prevalência do negociado sobre o legislado foi reanalisada quando da 109^a Conferência Internacional de 2020 pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Resoluções (2020), que verificou se os artigos 611-A e 611-B da CLT violam ou não o artigo 4^o da Convenção 98 da OIT, que trata sobre a promoção da negociação coletiva.

Após analisar as manifestações do Governo e das entidades representativas de empregados e empregadores, a Comissão destacou que, disposições específicas relativas a determinados aspectos das condições de trabalho, podem ser compatíveis com a Convenção, desde que prevejam, de forma circunscrita e motivada, a sua derogabilidade por meio de negociação coletiva. Todavia, uma disposição que estabeleça a possibilidade geral de deixar de lado as normas de proteção da legislação laboral por meio da negociação coletiva seria contrária ao objetivo de promover a negociação livre e voluntária, como estabelecida no artigo 4^o da Convenção n. 98 da OIT. Desse modo, em conclusão, a Comissão:

[...] reiterou o seu requerimento ao Governo para que, em conjunto com essas entidades representativas, adote as medidas necessárias para revisar os artigos 611-A e 611-B da CLT a fim de estabelecer, de maneira mais precisa, as situações em que as cláusulas sobre exceções à legislação poderiam ser negociadas, assim como em que alcance. (OIT, 2020, p. 87)

No ano de 2021, o Caso Brasil deixou de integrar a *short list* dos 24 casos considerados mais urgentes, mas permaneceu na lista dos 40 países, de modo que continua em análise na OIT, registrando-se que os esclarecimentos requeridos ao Governo não foram respondidos (CONFORTI, 2021).

Por fim, cabe referir que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em maio de 2019, a existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.121.633, interposto pela

Mineração Serra Grande de Goiás, em que se discute a validade de cláusula de acordo coletivo que prevê o fornecimento de transporte para deslocamento dos empregados ao trabalho sem o pagamento de horas *in itinere* (Tema 1.046 de Repercussão Geral – STF, 2018).

Atribuindo um caráter amplo à repercussão, o relator, Ministro Gilmar Mendes, determinou a suspensão nacional de todos os processos em que se discuta a validade de cláusula de acordo coletivo que limite ou restrinja direito trabalhista não assegurado constitucionalmente. Note-se que o Procurador-Geral da República, em novembro de 2019, emitiu parecer sustentando, em síntese, que são válidos acordos coletivos de trabalho que reduzem direitos não previstos de forma expressa na Constituição Federal. A ação tem seu julgamento previsto para o dia 2 de agosto de 2021.

Portanto, pode-se afirmar que, como toda e qualquer lei, a da Reforma Trabalhista deve ser aplicada e interpretada de acordo com os preceitos constitucionais e os tratados e convenções internacionais reconhecidos em nosso ordenamento jurídico, o que afasta a possibilidade de se exigir que o juiz se atenha a aspectos formais de validade de acordos e convenções coletivas em suas decisões, na medida em que a disponibilidade dos direitos dos trabalhadores encontra claros limites na observância dos seus direitos fundamentais.

Especificamente quanto aos artigos 611-A e 611-B da CLT é possível afirmar que violam o *caput* e os incisos XXII e XXVI da CRFB/88 do artigo 7º da CRFB/88 e a Convenção n. 98 da OIT, na medida em que possibilitam supressões ou reduções de direitos, o que não se coaduna com a melhoria da condição social dos trabalhadores, princípio que limita as cláusulas de convenções e de acordos coletivos de trabalho.

A gravidade da questão, como bem destacado por Perrusi e Araújo (2020, p. 66), aumenta no atual cenário de grande desemprego e de enfraquecimento das entidades sindicais, que, além de perderem mensalidades voluntárias pagas por empregados, em virtude de demissões e de dificuldade de recolocação, deixaram de receber a

contribuição sindical obrigatória, que passou a ser facultativa, conforme o art. 597 da CLT, alterado pela Lei n. 13.467/2017, o que acabou por fragilizar ainda mais as negociações, levando à “aceitação” de renúncias de direitos apenas para que sejam mantidos os empregos, o que não se coaduna com o fundamento da República de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, nem, tampouco, com os objetivos fundamentais, de construir uma sociedade justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais (CRFB/88, arts. 1º, IV e 3º, I, II e III).

Ora, a prevalência do negociado sobre o legislado só poderia ser cogitada, desde que observados certos limites, se houvesse real empoderamento dos sindicatos e em uma situação próxima do pleno emprego, casos em que o poder de barganha dos trabalhadores aumentaria e poderia mitigar a condição de desvantagem e de hipossuficiência perante os empregadores.

Ademais, como adverte Cecato (2012, p. 37.), apesar da grande relevância das negociações coletivas, como diálogos sociais, para a garantia de condições dignas de trabalho, “...os direitos fundamentais devem estar contidos na lei, norma heterônoma, garantia da presença do Estado nas relações laborais”, único meio de estarem “...ao abrigo de negociações que possam, eventualmente, provocar sua derrogação”.

Desse modo, resta patente a inconstitucionalidade e a inconveniência dos artigos 611-A e 611-B da CLT, pois viabilizam a renúncia, em decorrência do desequilíbrio econômico e social entre os trabalhadores e os empresários, a direitos humanos fundamentais protegidos em nosso ordenamento jurídico, quer por normas constitucionais, quer por tratados e convenções internacionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história do capitalismo, que se constituiu, plenamente, com a Primeira Revolução Industrial, as questões do emprego ou de sua falta e dos direitos garantidos aos trabalhadores foram enfrentadas de modos diversos, alternando períodos de prevalência da ideia de que o desemprego traduziria o equilíbrio entre a oferta e a procura de força de trabalho, e outros, em que predominaram ideias keynesianas, defendendo-se o aumento em investimentos público e a realização de obras públicas para gerar empregos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que culminaram em um período conhecido como “os 30 Anos Dourados do Capitalismo” (1945-1975).

A partir dos anos 70, houve clara inflexão, retomando-se ideias neoliberais, de modo a se promover, inclusive no Brasil e apesar da entrada em vigor da CRFB/88, o que Antunes (2020, p. 125) chamou de “período de desertificação neoliberal social”.

Em que pese a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a clareza dos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se destaca o de instaurar uma sociedade de bem-estar social, tem prevalecido entre nós um discurso por mais mercado e menos Estado, o que se revela, dentre outras medidas que, ao longo do tempo, vêm alterando a legislação trabalhista em prejuízo dos direitos dos trabalhadores, pela prevalência do negociado sobre o legislado, a partir dos arts. 611-A e 611-B da CLT, decorrentes da Lei n. 13.467/2017, passando-se a permitir a derrogação, por intermédio de negociação coletiva, de direitos trabalhistas assegurados pela legislação.

A ideia é defendida sob o argumento de que o Estado não deve interferir nas relações laborais, uma vez que os trabalhadores, por meio de seus sindicatos, teriam ampla possibilidade de decidir se preferem manter os seus empregos, ainda que com menos direitos reconhecidos, mas com ampla liberdade. Todavia, não há igualdade, nem liberdade real do trabalhador, para a fixação de regras contratuais

por negociação com os empregadores, dada a notória hipervulnerabilidade daqueles perante o capital.

Não se pode, em nome de uma pretensa garantia de segurança jurídica aos empregadores, que, assim, fariam investimentos na economia, reduzir direitos fundamentais dos trabalhadores, que devem, sim, ser previstos em normas aprovadas pelo Congresso Nacional, descabendo a sua relativização, sob pena de violação à CRFB/88 e aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, com destaque, no caso dos arts. 611-A e 611-B, à Convenção n. 98 da OIT

Por assim ser, é possível afirmar que os artigos 611-A e 611-B da CLT violam o *caput* e os incisos XXII e XXVI da CRFB/88 do artigo 7º da CFRB/88 e o artigo 4º da Convenção n. 98 da OIT, pois estabelecem a possibilidade geral de deixar de lado as normas de proteção da legislação laboral por meio da negociação coletiva, contrariando o objetivo de promover a negociação livre e voluntária e supressões ou reduções de direitos. Espera-se que o STF, na análise da repercussão geral, faça prevalecer as normas constitucionais, sob pena de, mais uma vez, o Brasil vir a ser condenado pela OIT.

Data de Submissão: 28/10/2019

Data de Aprovação: 16/06/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Jaime W. Rodrigues Mangueira

REFERÊNCIAS

ABREU, Fernanda de Miranda S. C.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Internalização das Convenções da OIT no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Prim@ Facie**, vol. 13., número 25, 2014.

Disponível em:

<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/26850/14289> . Acesso em 13/06/2020.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão; o novo proletariado de serviços na era digital**. 2 ed. São Paulo: BOITEMPO, 2020.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O consenso de Washington**. 1994.

Disponível em

<https://humbertocapellari.wordpress.com/2006/06/20/o-consenso-de-washington-leia-com-ate-nao-e-interesse-redobrado-2>. Acesso em: 30 jan 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930/1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. 2005. Disponível

em:<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/286488?mode=full> . Acesso em 13/06/2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em Números 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> . Acesso em 27/07/2021.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm . Acesso em 14/06/2020.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 17 jan 2018.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Ver artigos 135 e 136. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343-I-SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CECATO, Maria Áurea Baroni. Interfaces do Trabalho com o Desenvolvimento: o Espaço do Trabalhador Segundo os Preceitos da Declaração de 1986 da ONU. **Revista Prim@ Facie - Direitos Sociais e Desenvolvimento**, v. 11, n. 20 (2012), pp. 23-42.

Disponível em:

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/13805/8593>. Acesso em 28.07.2021.

CONFORTI, Luciana Paula. **A Reforma Trabalhista e o Brasil na OIT: guerra de ideias ou disputa de narrativas?**

09.06.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-09/conforti-reforma-trabalhista-guerra-ideias-ou-disputa-narrativas>. Acesso em 28.07.2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD contínua. Disponível em:

<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?t=resultados> . Acesso em 14/06/2020.

LIMONCIC, Flávio. **Os inventores do New Deal: Estado e sindicatos no combate à Grande Depressão**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

LOPES, Luana. **Análise da Prevalência do Negociado sobre o Legislado frente à Reforma da Lei 13.467/2017**. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/199466/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em 13/06/2020.

MAZZUOLI, Valério. **TST desrespeita tratados internacionais ao julgar pagamento de adicionais. 2016**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-mai-13/valerio-mazzuoli-tst-desrespeita-tratados-adicionais> . Acesso em 14/06/2020.

NUNES, António José Avelãs. **O neoliberalismo não é compatível com a democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2020. Conferência Internacional del Trabajo. 109ª Reunión. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_736217.pdf . Acesso em 12/06/2020.

PERRUSI, Caroline Helena Limeira Pimentel; ARÁUJO, Jailton Macena de. A Reforma Trabalhista brasileira: como a Indústria 4.0 redefiniu a morfologia do trabalho na dinâmica do capital globalizado. *In*: NUNES, António José Avelãs; ARAÚJO, Jailton Macena de; CARMO, Valter Moura do (Org.). **Direitos e Política Sociolaborais; crise do capitalismo e novos rumos para o trabalho**. Andradina: Meraki, 2020, pp. 45-72.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ROCHA, Cláudio Janotti da; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho Souza. O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista: uma real necessidade contemporânea em prol do Estado democrático brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22, n. 44. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1155> . Acesso em 13/06/2020.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações; Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. Tradução por Getúlio Schanoski Jr. São Paulo: Madras, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico e Economia Política**. v. 1. Belo Horizonte: Prisma, 1970.

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Tradução por António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 466.343-1** São Paulo. j. 03.11.2008. Disponível em : <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 13.06.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **TEMA 1046- Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente**. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndame>

[ntoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046#](#) . Acesso em 27/07/2021.

UNIVERSIDADE DE CAMPINAS - UNICAMP. **Dossiê Reforma Trabalhista**. Instituto de Economia. CESIT - Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho. Setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie-14set2017.pdf> . Acesso em: 13/06/2020.

WAPSHOTT, Nicholas. **Keynes x Hayek: as origens e a herança do maior duelo econômico da história**. Tradução por Ana Maria Mandim. Rio de Janeiro: Record, 2016.

The Law 13.467/2017 And The Primacy Of The Negotiated Over The Legislated In The Light Of The Brazilian Federal Constitution And The Treaties And Conventions Recognized In The Legal Order: May The Employer's Safety Prevail Over The Fundamental Labor Rights?

Suzy Elizabeth Koury

Abstract: This article aims to analyze if collective bargaining clauses that derogate employees' legal protective provisions conform to the 1988 Brazilian Constitution and to the international treaties and conventions recognized in our legal order, despite favouring the employers in detriment to the justice of labor social relations. The analysis will be based on bibliographical applied research, with exploratory objectives. The hypothesis investigated is that the articles 611-A and 611-B of the Brazilian Labor Law, added by the Brazilian Labor Reform (Law n. 13.467/2017), must be interpreted and applied according to the 1988 Brazilian Constitution and to the international treaties and conventions recognized in our legal order, because they have binding authority as they protect fundamental rights that are intangible and irrevocable, so that they prevail over the employer's safety.

Keywords: Collective bargaining clauses. Derogation of workers' fundamental rights. 1988 Brazilian Constitution. International treaties and conventions. Prohibition.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.48645>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



Crime Organizado: Origem, Desenvolvimento, Características E Combate Estatal Deficiente

José Antonio Remédio*

Universidade Metodista de Piracicaba, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unimep, Piracicaba-SP, Brasil.

 <http://orcid.org/0000-0002-5592-8792>

William de Almeida Vieira**

Universidade Metodista de Piracicaba, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unimep, Piracicaba-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-0218-4619>

Resumo: A dimensão e a complexidade da criminalidade organizada impedem que os instrumentos legais estatais sejam suficientes para seu combate e prevenção. O crime organizado, com alguma frequência, interage com o Estado, normalmente valendo-se da ineficiência estatal e da prática da corrupção por diversos agentes e órgãos públicos. As consequências decorrentes da atuação do crime organizado são bastante deletérias para o indivíduo, a sociedade e o Estado, em especial quando essa atuação conta com a participação criminosa de agentes e órgãos estatais. A pesquisa tem por objeto analisar a origem, desenvolvimento e características do crime organizado, sua relação com o Estado e os efeitos decorrentes de seu exercício. O método utilizado é o indutivo, por meio de pesquisa legal e doutrinária. Conclui que o Estado, seja em face de sua ineficiência, seja em razão da participação delituosa de parte de seus agentes e órgãos públicos, acaba contribuindo para a ineficácia do combate e para a perpetuação do crime organizado.

Palavras-chave: Combate ao crime organizado. Corrupção administrativa. Crime organizado. Estado e Crime organizado. Organizações criminosas.

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIMEP. E-mail: jaremedio@yahoo.com.br

** Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). E-mail: almeidavieirawilliam@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.51525>

Crime Organizado: Origem, Desenvolvimento, Características E Combate Estatal Deficiente

José Antônio Remédio

William de Almeida Vieira

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade organizada, movimentando valores superiores ao Produto Interno Bruto anual da maioria dos países, assola a quase totalidade dos Estados do planeta e é integrada por vários modelos, com características próprias, complexas e diversificadas, o que dificulta sua conceituação, identificação, forma de atuação e combate pela sociedade e pelo Estado (REMEDIO; PINCA, 2015, p. 232).

O crime organizado, atuando nas esferas local, regional, nacional e internacional, possui estrutura organizacional bastante complexa, com atuação arquitetada e estruturada em bases que não permitem sua plena identificação, ameaçando e lesando com sua ação bens e valores jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito, sem que se consiga desarticular e combater com eficiência essa estrutura.

A legislação, de uma forma geral, em especial a legislação brasileira, tem-se mostrado inadequada e insuficiente para prevenir, controlar e combater a atuação das organizações criminosas.

A pesquisa objetiva analisar o crime organizado, com ênfase à sua formação, estrutura, forma de atuação, bem como a relação do Estado com as organizações criminosas, por meio de seus agentes e

órgãos públicos. De forma específica, busca identificar a origem da criminalidade organizada no Brasil, desde os movimentos regionais de pequenos grupos criminosos até os movimentos atualmente existentes no âmbito dos próprios estabelecimentos prisionais, e os impactos decorrentes da atuação estatal em relação a seu combate.

No tocante à estrutura, a pesquisa inicia-se com a abordagem do crime organizado, com ênfase em seu conceito, características, origem e desenvolvimento no mundo e no Brasil. A seguir, trata da legislação brasileira aplicável ao crime organizado. Por fim, analisa a relação existente entre crime organizado e corrupção administrativa, com destaque à atuação estatal no combate à criminalidade organizada.

O método utilizado é o indutivo, com base na legislação e doutrina. Tem-se, como hipótese, que o Estado, embora busque preventiva e repressivamente combater o crime organizado, possui atuação ineficaz e insuficiente para esse desiderato, seja em razão da complexidade inerente à estrutura e força de atuação das organizações criminosas, seja em razão da insuficiência legislativa para prevenir e combater sua atuação, seja em face da participação delituosa, em diversos casos, de agentes e órgãos públicos.

2 O CRIME ORGANIZADO

O crime organizado não possui conceito doutrinário uniforme, suas características são bastante variadas, sua origem deu-se de forma não unitária temporal e espacialmente, o mesmo se verificando em relação a seu desenvolvimento no mundo e no Brasil.

2.1 Conceito e Características

O crime organizado exerce certo fascínio em muitas pessoas. A mística do fora da lei existe no folclore de todo o mundo. Contos

sussurrados das proezas realizadas pela sociedade secreta criminosa espanhola conhecida como *Garduna* eram o principal elemento de contadores de história na Idade Média. A combinação de sigilo, poder e violência, ocultos nas sombras da vida diária das pessoas, representada pelo crime organizado, é material constante de inúmeras manchetes de jornais na atualidade (SOUTHWELL, 2014).

Em larga ou curta medida, todos possuem uma ideia do que seria uma organização criminosa, seja algo inspirado nos filmes sobre máfia, seja algo absorvido dos noticiários relacionados aos atentados terroristas. Há um certo consenso de que, ao se falar em crime organizado, vem à mente um grupo de pessoas, um comando, um pacto de silêncio entre os integrantes, um controle territorial, bem como o uso do medo, ameaça e violência (FONSECA, 2017).

Desse modo, imprescindível tratar do conceito de organização criminosa, que é bastante heterogêneo e complexo, assim como ocorre com a própria atividade do crime organizado, relacionada a diversas formas de atuação.

Para GUIDI (2006), a organização criminosa tradicional pode ser concebida como um organismo ou empresa, cujo objetivo é a prática de crimes de qualquer natureza, ou seja, é empresa voltada à prática de crimes.

Segundo NUCCI (2015), organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturadas em organismos preestabelecidos, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

Consoante Ana Luiza Almeida Ferro (2019), o crime organizado é uma espécie de macrocriminalidade, de alcance transnacional, que vulnera em grande medida o direito humano à segurança em suas várias dimensões, não se restringindo à violação do direito a políticas e segurança pública.

A Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015/2004, no art. 2º, letra “a”, (BRASIL, 2004) define o grupo criminoso organizado como:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Todavia, importante destacar que a internacionalização e a universalização dos conceitos e mecanismos de controle fazem com que “o fenômeno do crime organizado transnacional e as respostas ao mesmo retirem do âmbito estatal doméstico a exclusividade da definição da atividade criminosa” (SUCCI JUNIOR; CASTRO, 2019, p. 43).

Há na atualidade diversos tipos de organizações criminosas, embora tais organizações assumam características próprias e peculiares, amoldadas às necessidades e facilidades que encontram no âmbito territorial em que atuam (GUIDI, 2006).

Entre as características das organizações criminosas destaca-se a acumulação de poder econômico de seus integrantes, com a obtenção de extraordinários lucros, o que é possível em razão do alto poder de corrupção e de um grande poder de intimidação pelo grupo, com a prevalência da lei do silêncio. Também se inserem, entre suas características, a necessidade de legalizar o lucro obtido ilícitamente, com conexões locais e internacionais, bem como a estrutura piramidal e, em certos casos, fortes relações com a comunidade (SILVA, 2003).

FONSECA (2017) elenca como características essenciais das organizações criminosas, a pluralidade de agentes, a estabilidade, a finalidade de lucro, a organização de grupo estruturado. Além dessas características, aponta a hierarquia, a divisão de tarefas, a compartimentalização, a conexão com o Estado (corrupção, clientelismo e infiltração), o uso da violência, a exploração de mercados ilícitos ou a exploração ilícita de mercados lícitos, o

monopólio ou cartel, o controle territorial, o uso de meios tecnológicos sofisticados, a transnacionalidade ou internacionalidade e a obstrução da Justiça.

A infração criminosa, conforme a Convenção de Palermo será considerada de caráter transnacional. De acordo com BRASIL (2004), se for cometida em mais de um Estado; Se for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; Cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado, ou for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

A divisão de tarefas desses grupos criminosos segue uma estrutura empresarial, pois em sua base há elevado número de pessoas responsáveis pelas mais variadas atividades, que são gerenciadas regionalmente por integrantes de média importância. Por sua vez, são comandados e financiados por um *boss*, que não raras vezes utilizam sofisticados meios tecnológicos para integrar todos os seus membros. Quando necessário, para ganhar a simpatia da comunidade em que atuam e facilitar o recrutamento de seus integrantes, realizam ampla oferta de prestações sociais, aproveitando-se da omissão do aparelho do Estado e criando na prática um verdadeiro Estado Paralelo (SILVA, 2003).

Talvez a principal característica das organizações criminosas de cunho mafioso seja a *omertà*. Isto é, o pacto de silêncio firmado pelos que são aceitos no grupo. As máfias difundem, interna e externamente, o medo, de modo a gerar a chamada cultura da lei do silêncio. Neste ambiente de coação, onde vale a lei da organização criminosa, verifica-se por parte do cidadão um sepulcral silêncio sobre os fatos testemunhados. Se o medo intimida quem não faz parte da associação criminosa, ele é ampliado quando há um juramento de lealdade por parte de quem se associa à organização (MAIEROVITCH, 1995).

Para a vinheta da transnacionalidade, adequado seria o “mapa-múndi transformado em cabeça humana”, com a massa encefálica

moldada no formato da geografia física. O interior, evidentemente, tomado pelas metástases decorrentes de um tumor maligno chamado criminalidade sem limites (MAIEROVITCH, 1995).

A estruturação dos participantes da criminalidade organizada é um ponto bastante relevante, vez que supõe meios e pessoas orientadas a delinquir em âmbitos sensíveis da convivência humana. Assim, a associação criminosa deve representar um maior grau de agressão ou perigo que a simples somatória de pessoas revelando o nível de ameaça que representa para a ordem pública em geral, não só para as instituições políticas do Estado, mas também para o sistema socioeconômico e o respeito pelas regras do jogo que regulam os intercâmbios sociais (NUCCI, 2015).

2.2 Origem e desenvolvimento do crime organizado no mundo

Com o surgimento do Estado e a conseqüente divisão da sociedade em classes, principalmente com o sistema de castas adotado pelo Império Romano, as questões socioeconômicas passaram a ter uma dinâmica completamente diferente da economia de subsistência até então adotada (GODOY, 2011).

A origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, em razão das variações de comportamento em diversos países, as quais persistem até os dias atuais. Essas associações tiveram início no século XVI, como movimentos de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado, em face de pessoas que geralmente residiam em localidades rurais menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos (SILVA, 2003).

Segundo SOUTHWELL (2013), a mais antiga das associações criminosas formais são as Tríades chinesas, que tiveram origem no ano de 1644, como movimento popular para expulsar os invasores do império Ming. Com a declaração de Hong Kong como Colônia

Britânica em 1842, seus membros migraram para essa Colônia e posteriormente para Taiwan, onde não encontraram dificuldades para incentivar os camponeses para o cultivo da papoula e a exploração do ópio. Um século mais tarde, quando foi proibido o comércio de ópio em todas as suas formas, as Tríades passaram a explorar solitariamente o controle do mercado negro da heroína.

Por sua vez, a organização criminosa *Yakuza* remonta aos tempos do Japão feudal do século XVIII, tendo-se desenvolvido nas sombras do Estado para a exploração de diversas atividades ilícitas e legalizadas, com a finalidade de dar publicidade às suas iniciativas (SILVA, 2003).

A *Yakuza*, com cerca de 2.500 gangues criminosas, foi considerada a maior rede mundial do crime organizado, estando entre as organizações criminosas mais antigas, com rígidos rituais e regras ancestrais, entre as quais tatuagens que chegam a cobrir todo o corpo (FONSECA, 2017).

Provavelmente, o maior impulso para a *Yakuza* moderna chegou no final da Segunda Guerra Mundial, durante a ocupação do Japão pelos Estados Unidos da América. O colapso da velha ordem social, acoplado à demanda de soldados americanos, levou a um *boom* no divertimento do “mundo flutuante” nos distritos sob o controle da *Yakuza*. Com a atuação dos Estados Unidos da América objetivando instalar políticos de direita, a *Yakuza* viu o florescimento de sua economia e velhos amigos políticos subindo ao poder, fatores que a elevaram como a maior rede mundial do crime organizado (SOUTHWELL, 2013).

A máfia italiana (*onorata società*) também se insere entre as entidades que deram origem às organizações criminosas. Segundo GUIDI (2006), a máfia italiana é considerada a célula-mãe da criminalidade organizada, tendo em vista que serviu de inspiração e modelo para diversas máfias conhecidas hoje e que se espalham por todo o mundo.

A máfia italiana teve início como movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes, que contrataram *uomini d'onore* para proteger as investidas contra a região, os quais passaram a constituir associações secretas denominadas máfias. Em 1865, com a unificação forçada da Itália, esses homens passaram a resistir contra as forças invasoras na luta pela independência, o que lhes possibilitou angariar simpatia, pela atitude patriótica, dos indivíduos e da sociedade (SILVA, 2003).

Contudo, conforme referido por GUIDI (2006), alguns pensadores sustentam que a máfia italiana nasceu como secreta associação no “*Regno delle due Sicilie*” (Reino das duas Sicílias). Para uma corrente de pensamento, a máfia tinha como objetivo político a oposição ao rei espanhol Francisco II, da casa de Bourbon. Em um segundo entendimento, tinha-se que a máfia existia bem antes do período conhecido como Ressurgimento. Com o tempo, porém, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, a máfia começou a sentir a concorrência do movimento sindical e passou a assassinar sindicalistas, transferindo-se, então, para as florescentes cidades, disseminando intimidação e estabelecendo poder paralelo ao Estado.

Portanto, estão inseridas entre as principais máfias italianas, a *Cosa Nostra* (siciliana), a *Comorra* de Nápoles e a *Ndrangheta* da Calábria, todas constituídas de associações ou estruturas empresariais formadas para atividades lícitas e ilícitas, como contrabando, tráfico de drogas, extorsão e assassinatos, com controle sobre certos territórios, em posição de vantagem econômica na competição com outras empresas e de poder político no intercâmbio com instituições do Estado (GUIDI, 2006).

Há quem sustente que a máfia italiana chegou a constituir um Estado Paralelo, ainda que não informal, no âmbito das organizações criminosas. Nesse sentido, afirma Maierovitch (1995, p. 58):

[...] a *Cosa Nostra* não se limitou à constituição de um Estado-informal, delinquencial, que acabou por dominar, conquistar, o Estado-legal. *La Piovra* (polvo), como emblematicamente é conhecida a organização, alongou seus tentáculos para fora do seu território, usando, por vezes, os canais legais de imigração. Na América, por exemplo, aproveitou a presença de um mesmo ambiente cultural [...].

Além da forte imigração, Silva (2003) observa que nos Estados Unidos da América a proibição irrestrita da comercialização do álcool e o contrabando da bebida favoreceram o nascimento da criminalidade organizada.

No entanto, afirmar que a *Cosa Nostra* se estabeleceu como forma dominante do crime organizado nos Estados Unidos da América com fundamento na imigração italiana em massa, a pré-existência do crime organizado na Itália e a Lei Seca, embora todos esses elementos tenham desempenhado papéis vitais no crescimento e sucesso da máfia na América, não fornecem uma explicação completa ou por que superou as gangues do crime organizado irlandês (SOUTHWELL, 2013).

A máfia americana deve sua existência à situação fática que a precedeu. Ou seja, a criminalidade organizada nos Estados Unidos da América do século XIX era dominada por gangues irlandesas, que representavam uma rede de poder criminoso entrelaçado com a política. Em Nova Iorque, gangues de rua, como *Roach Guards* e *Kerryonians*, tinham começado protegendo imigrantes irlandeses da violência anti-irlandesa, mas logo se deslocaram para o controle da prostituição, extorsão e assalto armado. A máquina política do Partido Democrata, no final do século XIX, estabeleceu em partes de Nova Iorque ligações com as gangues, usando-as para garantir que bairros votassem da forma como eles queriam, conluio esse que levou a um sistema corrupto (SOUTHWELL 2013).

Na América do Sul, de acordo com SILVA (2003), o cultivo e a exploração da coca remontam ao século XVI, época em que os colonizadores espanhóis monopolizavam o seu comércio no Peru e na Bolívia, utilizando-se para tanto da mão-de-obra indígena.

Posteriormente, agricultores locais dominaram o cultivo da planta e sua transformação em pasta base para o refinamento da cocaína, expandindo suas atividades para a Colômbia. A comercialização ilegal dessa substância para os Estados Unidos da América e para a Europa passou a ser comandada por diversos grupos organizados da região, que deram origem aos poderosos e violentos cartéis do narcotráfico, sediados principalmente nas cidades colombianas de Cali e Medellín.

2.3 Origem e desenvolvimento do crime organizado no Brasil

No Brasil, é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada, o movimento conhecido como Cangaço, que atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e começo do século XX, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do Coronelismo (GUIDI, 2006).

Personificados na lendária figura de Virgulino Ferreira da Silva, o Lampião, os cangaceiros tinham organização hierárquica, e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem, e sequestrar pessoas importantes e influentes para exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes, e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições (SILVA, 2003).

Todavia, conforme referência de GUIDI (2006), alguns doutrinadores sustentam que a prática da contravenção penal, que consistia em um sorteio de prêmio a apostadores mediante recolhimento de apostas e usando caracteres de animais, chamada de jogo do bicho, iniciada no começo do século XX, no Rio de Janeiro, foi a primeira infração penal organizada no Brasil.

A origem da contravenção penal do jogo do bicho é atribuída ao Barão de Drummond, que teria criado o jogo de azar para arrecadar dinheiro com a finalidade de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Porém, a ideia foi posteriormente popularizada e patrocinada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo mediante corrupção de policiais e políticos (SILVA, 2003).

O Brasil, com uma sociedade civil marcada por extrema desigualdade social e um Estado emperrado pela burocracia, minado pela corrupção e pela ineficiência administrativa, é um mercado atraente para a expansão dos negócios e do poder do crime organizado (GUIDI, 2006).

Observa-se no cenário contemporâneo que os pequenos grupos criminosos, cuja origem e capacidade de influência se limitavam a uma comunidade, ou até mesmo a um determinado estabelecimento prisional, passaram a se disseminar para outros setores do submundo da criminalidade, frente à necessidade de uma nova organização, buscando profissionalizar suas atividades ilícitas, aumentar o seu poder de comando e intimidação, e expandir sua capacidade de captação de recursos econômicos (GODOY, 2011).

Para Silva (2003) diversas e violentas organizações criminosas, que emergiram dos estabelecimentos prisionais da cidade do Rio de Janeiro nas décadas de 1970 e 1980: a Falange Vermelha, formada por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos, que nasceu no presídio da Ilha Grande; O Comando Vermelho, comandado por líderes do tráfico de entorpecentes, que surgiu no Presídio Bangu 1; e o Terceiro Comando, como dissidência do Comando Vermelho, idealizado no Presídio Bangu 1 em 1988, formado por presos que não concordavam com a prática de sequestros e de crimes comuns nas áreas de atuação da anterior organização.

No Estado de São Paulo, surgiu no presídio de segurança máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, a organização criminosa denominada PCC – Primeiro Comando da

Capital, fundada em 1993, durante uma rebelião de presos. Com o tempo, autoridades da área de segurança pública chegaram a comparar o PCC às máfias e aos cartéis de drogas colombianos, principalmente após os atentados desencadeados pelo grupo em 2006, em São Paulo, que culminaram com a morte de centenas de pessoas, inclusive autoridades públicas, bem como com diversas rebeliões em presídios, deixando a sociedade em estado de terror (GODOY, 2011).

Constata-se, assim, a existência de alguns traços comuns entre as diversas origens das organizações criminosas nos diferentes países e no Brasil, tais como: a maioria teve como nascedouro movimentos populares, o que facilitou sua aceitação na comunidade local, assim como o recrutamento de voluntários para o exercício de suas atividades ilícitas. Muitas delas passaram a atuar no vácuo de algumas proibições e vedações estatais; Contaram com a conivência de agentes do Estado para o desenvolvimento de suas atividades ilícitas e impuseram sua própria lei, à margem do Estado, pelo emprego de ameaça e violência, voltada sobretudo para delatores e integrantes de grupos concorrentes (SILVA, 2003).

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E CRIME ORGANIZADO

Apesar da criminalidade organizada não ser adequadamente combatida pelos organismos estatais brasileiros, a legislação brasileira contempla diversos instrumentos objetivando seu controle, combate e repressão.

Assim, em 1995 foi editada a Lei 9.034, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, embora a atenção fosse chamada pela ausência legislativa sobre a definição do próprio objeto da lei (CUNHA; PINTO, 2016).

Diante da omissão legislativa da Lei 9.034/1995, com a finalidade de melhor compreender o conceito, oportuno destacar o que

prevê a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida Convenção de Palermo, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015/2004, principal instrumento normativo global de combate ao crime organizado, aprovada na Assembleia Geral da ONU do dia 15 de novembro de 2000.

A Convenção de Palermo, no art. 2.º, letra “c”, define como grupo estruturado, o “grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada” (BRASIL, 2004).

Além de tal conceituação, a Convenção de Palermo, ao tratar da criminalização da participação em um grupo criminoso organizado, estatui no art. 5º que cada Estado parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente, a tentativa ou a consumação da atividade criminosa, envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado, bem como suas atividades ilícitas e outras atividades da organização criminosa.

A respeito da aplicação da Convenção de Palermo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 77.771-SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, entendeu cabível a acusação contra casal denunciado por lavagem de dinheiro, tendo como delito antecedente a organização criminosa (BRASIL, 2008):

Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004 [...].

Todavia, a decisão do Superior Tribunal de Justiça não escapa a críticas. Nesse sentido, Cunha e Pinto (2016) asseveram que a

definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica e viola a garantia da taxatividade, que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade.

Corroborando referido entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 96.007-SP, definiu como atípica a conduta atribuída a quem comete crime de lavagem de dinheiro, tendo como fundamento a hipótese de organização criminosa, vez que a atipicidade decorre de inexistir no ordenamento jurídico definição de crime de organização criminosa, que vem apenas definido na Convenção de Palermo, introduzida no Brasil por meio de simples decreto (BRASIL, 2013).

Em 2012 foi editada a Lei 12.694, que no art. 2º definiu organização criminosa nos seguintes termos (BRASIL, 2012):

Considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Na sequência, em 2013, com o advento da Lei 12.850/2013, o conceito de organização criminosa passou a ser ditado pelo § 1º do art. 1º da referida lei, com o seguinte teor (BRASIL, 2013):

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Importante destacar que, embora a Lei 12.850/2013 não faça qualquer referência à revogação total ou parcial da Lei 12.694/2012, notadamente no que respeita ao conceito de organização criminosa, não se pode admitir a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude.

No caso, a referida superposição deve ser solucionada à luz dos critérios utilizados para a superação do conflito aparente de normas,

especificamente o critério cronológico, de forma que se deve entender que a Lei 12.850/2013 revogou a Lei 12.694/2012 no que se refere ao conceito de organização criminosa, ou seja, deve prevalecer a definição prevista na Lei 12.850/2013 (PACELLI, 2014).

Contudo, a definição legal ditada pela Lei 12.850/2013 também não ficou imune a críticas. Assim, para Masson e Marçal (2016), a lei do crime organizado pecou no ponto em que exigiu o número mínimo de quatro integrantes para a formação da organização criminosa, representando um retrocesso em relação à derrogada Lei 12.694/2012, que se contentava com o número mínimo de três pessoas, posto que essa orientação vai na contramão da tendência legislativa internacional.

Vale também observar que, a partir da edição da Lei 12.850/2013, com a modificação da redação do artigo 288 do Código Penal, eliminou-se da legislação penal o título “quadrilha ou bando”, que de fato era defasado e corroído pelo tempo, obtendo-se assim a terminologia adequada à matéria, ou seja, “associação criminosa” (NUCCI, 2015).

4 CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA E CRIME ORGANIZADO

A criminalidade organizada, além de extremamente diversificada, está impregnada na sociedade, inclusive na sociedade estatal, em especial por meio da corrupção administrativa de inúmeros agentes e órgãos públicos.

O fenômeno da globalização, apesar de contribuir para a aproximação dos povos, também constitui um fator que concorre de forma expressiva para o aumento da improbidade e da corrupção administrativas em nível mundial. Estima-se, em escala mundial, que a criminalidade financeira, alimentando um gigantesco sistema de corrupção que envolve governos, empresas transnacionais e

organizações mafiosas, movimente cerca de um trilhão de dólares anuais (REMEDIO; REMEDIO, 2018).

O termo corrupção é derivado do latim *corruptio/corruptiones* (corromper, estragar, destruir, adulterar). Antes de passar a designar o abuso do poder estatal visando ao benefício privado, a corrupção era entendida apenas como a deterioração da matéria, decadência física ou putrefação de algo. O termo, com origem na Sociologia e na Ciência Política, foi incorporado paulatinamente ao universo jurídico-penal. A corrupção, um dos grandes flagelos da humanidade, atrelada à criminalidade especializada, é questão fundamental que deve ser enfrentada pelos Estados, iniciando-se com um tratamento jurídico eficaz em relação ao seu combate (FREITAS JUNIOR, 2017).

Conceituar corrupção é tarefa quase impossível, pois o termo comporta inúmeros significados e extensa gama de consequências. Contudo, há um ponto em comum entre os diversos conceitos, ou seja, trata-se de algo negativo, jamais positivo. Do ponto de vista jurídico, a corrupção não foge do linguajar comum, pois as figuras criminosas punidas no Código Penal nos artigos 317 e 333 nada mais significam do que a desmoralização concretizada no campo da Administração Pública por meio de favores e vantagens ilícitas (NUCCI, 2017).

Em uma definição mais direcionada à Administração Pública, tem-se que a corrupção promove o desvirtuamento da Administração e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas, às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções do emprego público (REMEDIO, 2018).

O crime organizado e a corrupção são dois fenômenos intimamente relacionados. Nas organizações criminosas a corrupção atingiu níveis tão altos, que não raro as forças de segurança do Estado encarregadas de combater o crime apoiam facções criminosas com armas, pessoal, redes, territórios e imunidade. Além disso, a corrupção tem a capacidade de penetrar em qualquer esfera do Poder Público, e esse fato é funcional para os interesses do crime organizado, que busca tirar proveito das autoridades do Estado para o cumprimento de seus

próprios propósitos. Por exemplo, na Colômbia, um dos fatores decisivos em relação ao funcionamento de instituições formais e informais, é a variedade de atores legais e ilegais que intervêm nos processos públicos do Estado Colombiano (RINCON-ANGARITA, 2019).

O caso da Colômbia é particularmente interessante. O desenvolvimento no país foi acelerado na década de 1970, quando grupos criminosos nos Estados Unidos concentraram um mercado pago pelo uso de cocaína. O processo foi realizado inicialmente no Peru e na Bolívia, e depois exportado para a Colômbia, de onde organizações criminosas o enviaram para a América do Norte. Nos anos 1980 nasceram os primeiros grandes pôsteres de cocaína na Colômbia, ou seja, o Cartel de Medellín e o Cartel de Cali (RIQUELME-RIVERA; SALINAS-CANAS; FRANCO-SEVERINO, 2019).

Quanto à situação brasileira, os desmandos com os recursos econômico-financeiros envolvendo o Poder Público acabaram colocando em risco a preservação do próprio Estado Democrático de Direito, por inviabilizarem a concretização da finalidade do Estado, consistente na realização do bem comum, sendo que há muitos anos o País está envolto em inúmeros casos de corrupção (REMEDIO, 2018).

Neste sentido, conforme Índice de Percepção da Corrupção (IPC) da Transparência Internacional, o Brasil caiu 9 posições no IPC no ano de 2018, em comparação ao ano anterior, passando a ocupar a 105^a colocação entre 180 países avaliados, sendo que a pontuação obtida passou de 37 para 35. Este é o pior resultado do País desde 2012, quando os dados passaram a ser comparáveis ano a ano, e representa a terceira queda anual seguida (TRANSPARÊNCIA, 2018).

Ainda, o resultado da pesquisa reforça o alerta no sentido de que os esforços do País contra a corrupção podem estar em risco e não foram suficientes para chegar à raiz do problema. Não se observou nos últimos anos qualquer trabalho de resposta às causas estruturais da corrupção no país, exceção feita à Lava Jato, que foi crucial para

romper com o histórico de impunidade da corrupção no Brasil, principalmente de réus poderosos (TRANSPARÊNCIA, 2018).

Coadunam com esse entendimento José Antônio Remédio e Davi Pereira Remédio (2018), ao afirmarem que a operação Lava Jato, na atualidade, é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil, inclusive com a participação de grande parte da cúpula política do País, estimando-se que os recursos desviados dos cofres da Petrobrás atingissem dezenas de bilhões de reais. Entre as fraudes investigadas na operação, grandes empreiteiras, organizadas em cartel, pagavam propinas a executivos da Petrobrás e a outros agentes políticos, inclusive deputados e senadores, celebrando, com isso, contratos superfaturados e bilionários.

Assim, para o país avançar e mudar de patamar no controle e combate à corrupção é preciso haver necessárias reformas legais e institucionais, que de fato possam alterar as condições que perpetuam a corrupção no País. Para isso, diante do grande crescimento dos crimes cometidos no meio empresarial, diversas propostas surgem para tentar proteger as violações aos bens jurídicos coletivos dentro do contexto da sociedade de risco. O *compliance* ou programa de integridade, por exemplo, é uma forma de regular, estabelecer regras e procedimentos internos de integridade no âmbito da empresa, visando a não conformidade na conduta da empresa e de seus funcionários no que se refere à prática da corrupção (FREITAS JUNIOR, 2017).

Não se nega, sob o ponto de vista jurídico-formal, que o Estado tipifica penalmente a corrupção, tanto ativa como passiva, objetivando responsabilizar os respectivos infratores. O crime de corrupção ativa está previsto no Código Penal (Decreto-lei 2.848/1940), no Título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública), Capítulo II (Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral), artigo 333, nos seguintes termos: “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (BRASIL, 1940).

O crime de corrupção passiva encontra-se previsto no Código Penal, no Título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública), Capítulo I (Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral), art. 317 do Código Penal, nos termos seguintes: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (BRASIL, 1940).

Na Antiguidade, era grande a severidade punitiva no caso de venalidade dos magistrados, destacando os doutrinadores que a lei mosaica punia o juiz corrupto com o flagelo, e a grega com a morte. No antigo Direito Romano também era aplicada a pena capital aos magistrados que faziam mercancia com a função de julgar (BITENCOURT, 2017).

Na Idade Média, a pena continuava arbitrária, distinguindo-se as espécies de corrupção, punindo-se não só a corrupção de juízes, como a de outros funcionários. À época, a corrupção era confundida com a concussão, embora houvesse algumas diferenças para alguns praxistas. Nessa linha de pensamento, a corrupção resultava da espontaneidade do interessado, enquanto a concussão seria uma espécie de extorsão, obrigando a vítima a agir por medo ou temor. As Ordenações Filipinas puniam os oficiais do Rei que recebessem serviços ou peitas, assim como as partes que lhes dessem ou promettessem. Porém, excluía da criminalização o “recebimento de pão, vinho, carnes, frutas e outras cousas de comer, que, entre os parentes e amigos se costumam dar e receber” (BITENCOURT, 2017).

No Brasil, além da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que observa uma política legislativa própria na busca de responder aos problemas socioeconômicos com base na ampliação das responsabilidades, regulamentando os setores estratégicos e as organizações que oportunizam a corrupção, outros compromissos igualmente foram assumidos pelo Brasil no combate à corrupção, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto

4.410/2002), que estabelece a necessidade de suborno cometidos contra funcionários públicos estrangeiros (FREITAS JUNIOR, 2017).

A Organização das Nações Unidas (ONU) também realizou uma convenção internacional contra a corrupção, adotada no Brasil em 2003 por meio do Decreto 5.687/2006, conhecida como Convenção de Mérida. Logo no preâmbulo, nota-se que a convenção tem o objetivo de ir além de resolver questões meramente concorrenciais (BRASIL, 2006):

OS ESTADOS PARTES DA PRESENTE CONVENÇÃO, preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; [...] Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos [...].

O artigo 26 da Convenção de Mérida demonstra a preocupação internacional em responsabilizar as pessoas jurídicas que cometam atos de corrupção, o que deverá ocorrer independentemente da responsabilização da pessoa física.

Na atualidade brasileira, há grande relação aos crimes praticados por intermédio de empresas, como os delitos contra a ordem econômica, prevendo-se a criminalização da pessoa jurídica. E, sem dúvida, com os crimes praticados por organizações criminosas, como o tráfico de drogas, tráfico ilícito de armas, tráfico de seres humanos, lavagem de dinheiro, verdadeiras empresas criminais são constituídas, com poderes reais e altamente danosos à sociedade e ao Poder do Estado (GRECO FILHO, 2014).

Não se pode desconsiderar que o sólido alicerce da corrupção é a impunidade. Se o Estado brasileiro quiser combater a corrupção, deve dispor-se a cortar a própria carne em primeiro lugar, para dar mostras de sua vontade em se contrapor à corrupção. Num segundo momento, expor de modo transparente à sociedade quais serão os mecanismos para combater as negociações e os escusos conchavos. A

seguir, deve editar uma lei dentro da mais perfeita adequabilidade à Constituição Federal, sem inventar novos e não testados institutos, pois estes darão margem a questionamentos nos Tribunais, inclusive com possibilidade de anulação daquilo que já foi investigado, voltando-se à estaca zero. Por fim, tratar a sociedade com respeito e os operadores do direito com atenção poderá ser o passo firme e certo que até agora não houve em relação ao combate ao crime organizado (NUCCI, 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime organizado, inserido na quase totalidade dos Estados do planeta, exerce atividade difusa, ampla, ilimitada e bastante complexa, podendo, inclusive, ser concebido como um organismo ou empresa, cujo objetivo corresponde à prática de crimes.

Entre as principais características do crime organizado destacam-se a pluralidade de agentes, a estabilidade, a finalidade de lucro, a organização de grupo estruturado, a hierarquia, a divisão de tarefas, a compartimentalização, a conexão com o Estado (corrupção, clientelismo e infiltração) e a ampla oferta de prestações sociais, aproveitando-se da omissão ou da participação do aparelho estatal, criando na prática um verdadeiro Estado Paralelo.

Em relação à origem, as associações criminosas tiveram início com as Tríades Chinesas em 1644, como movimentos de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado, em face de pessoas que geralmente residiam em localidades rurais menos desenvolvidas e desamparadas de assistências dos serviços públicos.

No Brasil, é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada o movimento conhecido como cangaço, que atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX, embora parte da doutrina afirme que sua origem se deu no

início do século XX, com a prática de um sorteio de prêmio a apostadores no Rio de Janeiro, mediante recolhimento de apostas e usando caracteres de animais, chamada de jogo do bicho.

Há alguns traços comuns entre as diversas origens das organizações criminosas nos diferentes países, ou seja, a maioria das organizações surgiu de movimentos populares, o que facilitou o envolvimento de comunidades locais, muitas passaram a atuar na lacuna de algumas proibições estatais, contaram com a concordância de agentes do Estado para o desenvolvimento de suas atividades ilícitas e estabeleceram sua vontade pelo emprego de ameaça e violência.

A corrupção administrativa, do ponto de vista jurídico, significa a desmoralização concretizada no campo da Administração Pública, por meio de favores e vantagens ilícitas, constituindo uma afronta aos princípios nucleares da ordem jurídica, pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário.

A organização criminosa representa alto grau de agressão para a ordem pública em geral, para as instituições políticas do Estado, mas também, e em especial, para o sistema socioeconômico, havendo, inclusive, íntima relação entre o crime organizado e a corrupção.

Em maior ou menor proporção, constata-se nas organizações criminosas a presença do Estado na condução das atividades ilícitas e, por vezes, as forças de segurança do Estado encarregadas de combater o crime apoiam facções criminosas com armas, pessoal, redes, territórios e imunidade, situação que contribui para a ineficácia do combate ao crime organizado.

A corrupção consegue se instalar em todos os ramos do poder público, e essa circunstância é imprescindível para os interesses do crime organizado, que acaba conseguindo o envolvimento das autoridades do Estado em suas ações, confundindo o interesse privado com o público.

Apesar dos esforços dos entes governamentais envolvidos, a legislação internacional e nacional tem-se mostrado inadequada e insuficiente para o efetivo combate à criminalidade organizada.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o Estado, embora busque preventiva e repressivamente combater o crime organizado, possui atuação ineficaz e insuficiente para esse desiderato, seja em face da complexidade inerente à estrutura e força de atuação das organizações criminosas, seja em razão da insuficiência legislativa para prevenir e combater sua atuação, seja em face da participação delituosa, em diversos casos, de agentes e órgãos públicos.

Data de Submissão: 30/03/2020

Data de Aprovação: 06/05/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Raphaella Viana Silva Asfora

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96.007-SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: **DJe** 27, publ. 8 fev. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3390584>. Acesso em: 5 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 77.771-SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília: **DJe**, 22 set. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=77771&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 5 fev. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre o crime organizado: Lei n. 12850/2013. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Conexões entre o crime organizado e o crime de colarinho branco e a ameaça ao direito humano à segurança. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Porto, Ano IV, n. VI, 2019. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/conexoes-entre-o-crime-organizado-e-o-crime-de-colarinho-branco-e-a-ameaca-ao-direito-humano-a-seguranca/>. Acesso em: 5 maio 2020.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FREITAS JUNIOR, Dorival de. **Lei anticorrupção**: as inconstitucionalidades na responsabilização da pessoa jurídica. Curitiba: Juruá, 2017.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. **Crime organizado e seu tratamento jurídico penal**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentário à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Editora Lemos & Cruz, 2006.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal**: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 3.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REMEDIO, Davi Pereira; REMEDIO, José Antônio. Direito e desenvolvimento: corrupção administrativa e ação civil por improbidade administrativa. **Revista Direito Público**, v. 14, p. 102-122, 2018.

REMEDIO, José Antônio. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

REMEDIO, José Antônio; PINÇA, Eduardo Alberto. Crime organizado: a repercussão difusa como característica de seu conceito. In: FERRI, Carlos Alberto (Org.). **Direitos humanos fundamentais**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 231-259.

RINCON-ANGARITA, Dubai. Crime organizado e corrupção: a ausência de responsabilidade criminal em “corrupção por medo”. **Rev. Crim. Bogotá**, v. 61, n. 1, p. 127-139, abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082019000100127&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 out. 2019.

RIQUELME-RIVERA, Jorge; SALINAS-CANAS, Sergio; FRANCO-SEVERINO, Pablo. Crime Organizado Transnacional (COT) na América do Sul. Respostas regionais. **Estud. int. (Santiago, online)**, Santiago, v. 51, n. 192, p. 9-33, abr. 2019. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO719-37692019000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 out. 2019.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUTHWELL, David. **A história do crime organizado**: os segredos e o código de silêncio das mais poderosas organizações criminosas foram, finalmente, quebrados. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2014.

SUCCI JUNIOR, David; CASTRO, Helena Salim de. Crime organizado transnacional e missões militares: tensões da divisão interno/externo nas relações internacionais. **Revista Conjuntura Austral**, Porto Alegre, v. 10, n. 52, p. 38-58, out./dez. 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de percepção da corrupção (IPC) 2018**. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 19 out. 2019.

Organized Crime: Origin, Development, Characteristics And Deficient State Combat

José Antônio Remédio

William de Almeida Vieira

Abstract: The scale and complexity of organized crime stop state legal instruments from being sufficient to combat and prevent them. Organized crime, with some attendance, interacts with the State, usually taking advantage of state inefficiency and the corruption practice by several agents and public officer. The consequences resulting from the performance of organized crime are very injurious to the individual, society and the State, especially when the kind of action has the criminal participation from public agents and agencies. The research aims to analyze the source, development and characteristics from the organized crime, its relationship with the State and the effects resulting from its exercise. The methodology used is inductive, through legal and doctrinal research. I concluded that the State, whether facing of its inefficiency or reason of the wrongful participation of part of its agents and public agency, ends up contributing to the ineffectiveness of the fight and to the perpetuation of organized crime.

Keywords: Organized Crime Fight. Administrative Corruption. Organized Crime. State and Organized Crime. Criminal Organizations.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.51525>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



A Imunidade Tributária Das Fundações Privadas E A Possível Violação Dos Princípios Da Moralidade E Da Impessoalidade Pelo Uso De Marcas Comerciais E Nomes Próprios

Hugo Thamir Rodrigues *

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil.

<http://orcid.org/0000-0002-8286-8019>

Vivian Paludo *

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil.

<http://orcid.org/0000-0002-2337-6305>

Resumo: Este artigo trata da relação que se pode estabelecer entre os nomes utilizados pelas pessoas jurídicas fundacionais e os reflexos deles sobre os princípios da impessoalidade e da moralidade. Sua relevância acadêmica e social decorre do caráter peculiar da abordagem e da relação que se estabelece entre os conteúdos analisados. O objetivo geral é verificar se o uso de marcas como denominação de fundações imunes ao pagamento de tributos viola os princípios da impessoalidade e da moralidade. Os objetivos específicos são: identificar os aspectos distintivos das fundações privadas instituídas por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado; compreender aspectos estruturantes das marcas; demonstrar as características dos princípios da moralidade e da impessoalidade; e correlacionar as denominações utilizadas e os princípios sob análise. O problema que norteia este estudo é: o uso de nomes próprios ou marcas para identificar fundações privadas instituídas por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, beneficiárias de imunidade tributária e receptoras de verbas públicas, afronta os princípios da impessoalidade e da moralidade? O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, e o método de procedimento é o analítico. Os resultados alcançados indicam que, quando há a utilização desses itens distintivos nas denominações dessas pessoas naturais ou jurídicas e elas sejam imunes ou recebam recursos públicos, ocorre a violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Palavras-chave: Fundações privadas. Impessoalidade. Imunidades tributárias. Marcas comerciais. Moralidade.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do PPGD da UNISC – Doutorado e Mestrado. E-mail: hugo@unisc.br

** Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: vivipaludo2@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.45958>

A Imunidade Tributária Das Fundações Privadas E A Possível Violação Dos Princípios Da Moralidade E Da Impessoalidade Pelo Uso De Marcas Comerciais E Nomes Próprios

Hugo Thamir Rodrigues

Vivian Paludo

1 INTRODUÇÃO

Dentre as pessoas jurídicas constantes no ordenamento jurídico brasileiro há as fundações, as quais possuem traços caracterizadores peculiares que justificam sua existência como um tipo específico de personificação. A partir de uma maior relação entre o público e o privado a presença delas na sociedade aumentou em números, recursos e importância. Sendo relevante o estudo da sua relação tanto com os particulares quanto com os entes e recursos públicos. Nesse contexto, busca-se responder ao seguinte problema de pesquisa: o uso de nomes próprios ou marcas para identificar fundações privadas instituídas por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, beneficiárias de imunidade tributária e receptoras de verbas públicas, afronta os princípios da impessoalidade e da moralidade?

Objetiva-se verificar se há alguma violação à impessoalidade e à moralidade quando fundações imunes ou que recebem verbas públicas usam nomes próprios ou marcas de empresas como suas denominações. No primeiro capítulo, serão identificadas as peculiaridades distintas das fundações privadas, como as

características gerais, o tratamento tributário e a possibilidade de recebimento de recursos públicos. No segundo capítulo, há a busca pela compreensão de aspectos relevantes do nome distintivo empresarial, sob a perspectiva do mercado. Posteriormente, passará à demonstração dos atributos dos referidos princípios, de modo a entender sua abrangência e sua relevância no ordenamento jurídico. Em seguida, identificará sua aplicabilidade às pessoas jurídicas objeto deste estudo. No quarto capítulo, será feita a correlação entre as fundações privadas que tenham imunidades e recebam dinheiro público, a valorização de suas marcas ou nomes, e os princípios da impessoalidade e da moralidade.

O estudo do tema e seu enfrentamento é relevante para que não se permita que instituições importantes para a sociedade venham a ser desvirtuadas ou utilizadas para a mera promoção privada. Há que se compreender a extensão do “fazer o bem” e seu encadeamento com ganhos financeiros ou prestígio pessoal.

A análise do tema – qual seja, o uso de nomes próprios ou símbolos distintivos para identificar fundações privadas, instituídas por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, beneficiárias de imunidade tributária e receptoras de verbas públicas como violação aos princípios da impessoalidade e moralidade – requer conhecimentos que passam pelos ramos do direito civil, administrativo, tributário e constitucional, como também por ramos da administração, pois somente assim é possível perceber o contexto de inserção entre o privado e o público e entre o mercado e o social e, com isso, compreender o fenômeno fundacional como um todo.

2 FUNDAÇÕES PRIVADAS INSTITUÍDAS POR PESSOAS NATURAIS OU JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

As fundações privadas¹ possuem relevância junto à sociedade, pois prestam serviços sociais diretamente aos que deles necessitam. São pessoas jurídicas de direito privado que se formam a partir da destinação de bens, os quais devem servir a objetivos sociais determinados e são definidos por quem institui a fundação, no momento de sua criação. Assim, um complexo de bens livres recebe personalidade jurídica própria (PAES, 2018, p. 15).

Um dos aspectos determinantes dessas pessoas jurídicas é o propósito a que elas podem se prestar, o qual deve ter cunho social e buscar a satisfação do interesse público, independentemente de a pessoa que as institui fazer a destinação de patrimônio em vida ou após a morte. A intenção que deve guiar o agir do instituidor deve ser essencialmente altruísta; qualquer outra motivação descaracteriza a vontade legal, abandonando-se o campo da solidariedade para se chegar à seara mercantil. Ademais, o interesse público é o escopo que deve perseguir os que compõe o Estado, sendo que se destina ao alcance de uma vida digna àqueles que precisam da atuação estatal, “é fim a ser alcançado e promovido pelo Estado e pelos particulares em razão do dever geral de realização do sucesso estatal, via consolidação dos ditames constitucionais” (FRANÇA, 2019, s.p.). O objetivo da fundação privada deve ser perene: “a finalidade, sempre lícita, será permanente, uma vez que após definida pelos instituidores, em escritura ou testamento, não poderá ser modificada pelos administradores (CC, art. 67, II)” (PAES, 2018, p. 15).

Houve, com a Lei nº 13.151, de 28 de julho de 2015, a delimitação dos objetivos sociais que podem justificar a criação das fundações de direito privado, passando a permitir que elas sejam criadas para o intento de assistência social, de cultura, de defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, de educação, de saúde,

¹ No decorrer do trabalho, quando forem usadas as expressões fundação privada, ente fundacional, pessoa jurídica objeto do estudo, entidade(s) ou instituição (ões), está-se referindo à fundação privada instituída por pessoa natural ou jurídica de direito privado.

de segurança alimentar e nutricional, de defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, de pesquisa científica, de desenvolvimento de tecnologias alternativas, de modernização de sistemas de gestão, de produção e divulgação de informações e de conhecimentos técnicos e científicos, de promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos e atividades religiosas. Mesmo com essa extensa gama de possibilidades, o que se mantém é a magnitude coletiva e pública (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018, p. 56-57).

No tocante às questões fiscais, o princípio republicano proíbe a concessão de vantagens tributárias com base em privilégios de pessoas, sendo que os tributos devem ser arrecadados sem ferir a harmonia entre os direitos, o que leva ao princípio da generalidade da tributação; assim, apenas as pessoas imunes não estão sujeitas à tributação. As imunidades (dotadas de natureza constitucional) demarcam a competência tributária que é a das pessoas políticas criarem tributos. O tratamento diferenciado se dá em razão da natureza da pessoa, pelas atividades que desempenha e por bens ou fatos prestigiados pela constituição (CARRAZZA, 2002, p. 64-66, 611-612 e 616).

Ocorre que as instituições de educação e de assistência social têm essa desobrigação (desde que cumpram os requisitos legais) quanto à renda, ao patrimônio e aos serviços, em decorrência da retribuição através de atividades básicas que caberiam ao Estado desempenhar, mas, devido à dificuldade do próprio Estado, o legislador constitucional protegeu essas iniciativas (CARVALHO, 2000, p. 180).

Além das referidas prerrogativas, esses entes ainda se beneficiam de isenções, as quais estão relacionadas à competência tributária: a aptidão de tributar é pressuposto da faculdade de isentar (sob o princípio da legalidade). Visam a objetivos constitucionalmente consagrados, visto que é uma limitação da lei, no âmbito de validade da norma jurídica, que prejudica o nascimento do tributo ou faz com que ele surja de modo parcial (CARRAZZA, 2002, p. 729-743). As

isenções conferidas às fundações de direito privado - e a todo o terceiro setor – se dão em razão de elas auxiliarem ou substituírem o Estado na prestação de serviços de interesse público, justificativa semelhante às imunidades. Se houvesse a tributação, isso ocorreria para viabilizar a prestação desses serviços pelo Estado, o que não seria lógico (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018, p. 198).

Quando se cuida da transferência de recursos entre a administração pública e as organizações da sociedade civil (OSCs), dentre elas as fundações, há a possibilidade de haver o repasse por meio de parcerias que podem ser estabelecidas entre os entes públicos, em todas as suas esferas, e, em regime de mútua cooperação, por meio de termos de colaboração, fomento ou acordos de cooperação. Aspecto relevante é que, nas parcerias, ambos os participantes devem ter o mesmo interesse, o público, com transferência de recursos por parte da administração ou com doação ou gestão de recursos patrimoniais, é imperiosa a observância, segundo o art. 5º da Lei 13.019 de 2014, da transparência na aplicação dos recursos, da gestão pública democrática, do fortalecimento da sociedade civil e dos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018, p. 115-119).

Outro modo dessas entidades receberem recursos dos cofres públicos é por meio dos contratos de gestão. Para isso, devem se qualificar como organizações sociais (OSs). Necessariamente devem ser dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura ou à saúde. Ademais, a qualificação como OS se dá por critérios de conveniência e oportunidade do ministro de Estado da administração federal e reforma do Estado e pelo ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área; além disso, o poder público deve estar presente no órgão de deliberação superior, conselho de administração (PAES, 2018, p. 550-554).

Outrossim, as organizações sociais podem ter outros benefícios, além de firmar contratos de gestão com a administração pública, podem auferir a destinação de recursos orçamentários e bens públicos, receber a cessão de servidor público e serem dispensadas de licitação (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018, p. 181).

Outra possibilidade de nexo é através de termo de parceria, instrumento destinado à formação do vínculo de cooperação entre o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), as quais também podem ser as pessoas jurídicas objeto desse estudo, desde com mais de três anos de atuação e cujos objetivos cumpram os requisitos da lei que as regula. Mantendo-se, nesse caso, necessário o atendimento do interesse público. a qualificação como OSCIP e a possibilidade de firmarem termo de parceria as tornam sujeitas aos princípios gerais da administração pública (PAES, 2018, p. 612-616).

As OSCIPs, além de firmarem termos de parceria com o poder público, podem receber doações de empresas, dedutíveis até 2% do lucro operacional; receber bens considerados irrecuperáveis; remunerar dirigentes; e receber bens abandonados, apreendidos e disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018, p. 169-170).

Dentre as alternativas, há os convênios que são a forma de ajuste utilizada para a realização de objetivos por interesse comum. São uma modalidade de fomento, pois o Estado incentiva o setor privado de relevância pública, por meio de auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais, etc. Caso haja valor recebido, não se perde a característica de dinheiro público, por isso, há controle pelo Tribunal de Contas. Para que as entidades sem fins lucrativos possam celebrar convênios, elas precisam previamente se cadastrar no Sistema de Gestão de Convênios, Contratos de Repasse e Termos de Parceria – SICONV (DI PIETRO, 2012, p. 344-352).

Assim sendo, a utilização de recursos públicos pelas fundações de direito privado está bem pormenorizada pela legislação. Aumentou-se a gama de fins a que se podem prestar, há vários meios para que os

recursos sejam usados e, ainda, há uma abstenção de arrecadação por parte do Estado. O que não se pode desconsiderar é que essas entidades, mesmo que instituídas por destinação patrimonial privada, muitas vezes passam a operar com recursos que são originalmente do Estado, o qual que deveria estar aplicando-os em seu nome e com todo o zelo que deve ter o uso do dinheiro público.

O fomento também pode ocorrer por transferências correntes, de capital, legais ou voluntárias, por meio de emendas parlamentares ou de projetos para determinada área que disponha de verbas. Para a captação, pode ocorrer a transferência por meio de dotações orçamentárias. Valores podem ser transmitidos por meio de doações ou de patrocínios, além de poderem, nos casos permitidos, ser repassados como incentivos, por pessoas naturais ou jurídicas, como, por exemplo, para a área cultural, audiovisual, atividades desportivas e paradesportivas, atividades de prevenção e combate ao câncer e atividades de ensino e pesquisa a entidades que prestem serviços gratuitos (PAES, 2018, p. 682-700).

Assim, pode ser constatado que as fundações privadas se dedicam aos interesses e às atividades eminentemente coletivos, podendo utilizar dinheiro público, gerando um complexo de relações jurídicas que as interliga com o setor público. Não se pode afastar disso a denominação da fundação que, como já dito, busca atingir os propósitos públicos, genuinamente pertencentes ao Estado, com a concordância, incentivo e dinheiro dele (ou melhor, de toda a sociedade), pois o nome da fundação vai fazer parte da atividade prestada.

3 NOMES E MARCAS COMERCIAIS

A definição de uma denominação para as fundações privadas se faz necessária, sendo requisito obrigatório que deve constar no estatuto. Não há nenhuma previsão legal sobre o designativo que o ente fundacional pode adotar, cabendo ao instituidor escolhê-lo livremente, apenas com a inserção do termo “fundação” antes da denominação, a fim de identificar a modalidade de pessoa jurídica. É usual a adoção do nome de alguém que ele queira homenagear, ou o próprio nome da empresa instituidora (GRAZZIOLI, 2011, p. 74-75).

Portanto, todas as pessoas físicas e jurídicas têm necessariamente uma designação que as identificam e as distinguem das demais, caracterizando a sua individualidade em relação aos seus semelhantes. O nome civil tem grande carga de valor moral; já o comercial tem conotação predominantemente financeira, mas ambos são um componente do ser. Não se existe no mundo (físico ou ficto) sem uma denominação identificadora.

Inicialmente, quanto à marca, há que se esclarecer que ela, em si, não existe de fato; o que há são os sinais materiais, como logotipos e desenhos. Ela surge quando vários autores (empresas, indústrias, consumidores) contam histórias sobre ela; são ideias suscitadas pelo produto que se acumulam e formam um significado. Logo, pode ser considerada fenômeno psicológico proveniente da percepção dos consumidores, fortalecida quando a compreensão sobre ela passa a ser coletiva (HOLT, 2010, p. 19). De certo, importante ter-se a clareza de que os nomes utilizados comercialmente são uma das fontes de maior identidade delas, indissociável da singularidade de seu criador (KAPFERER, 2003, p. 107 e 112).

Ou seja, servem para diferenciar os bens ou serviços dos oferecidos por outras empresas. Em suma, identificam uma empresa, a qual adquire direitos exclusivos e vitalícios de usá-la. Fazem a promessa de fornecer uma série de especificidades uniformes. Permitem diferentes associações, sendo que o significado mais permanente são seus valores, cultura e personalidade (KOTLER, 2000, p. 426-427).

De fato, a marca é um fenômeno complexo, que envolve percepções e identificações; é o ponto de referência das impressões positivas e negativas formadas pelo consumidor ao longo do tempo, tendo valor quando o símbolo tem um significado; o conjunto dessas significações, acrescido dos aspectos tangíveis e das satisfações psicológicas e sociais, formam-na. Uma das suas funções típicas é a ética, que está relacionada ao comportamento responsável (KAPFERER, 2003, p. 17-25). Ela também é composta por um nome que a representa e, a partir daí, fazem-se associações que geram valor, pois muitas das concepções são oriundas das percepções que levam ao agrado ou desagrado quanto àqueles símbolos.

Em vista disso, sua imagem recebe retribuição quando age de forma a ajudar o social; forma-se uma forte corrente, que valoriza a imagem e as ações das organizações no mercado de valores. Há vantagens em investir em projetos voltados para a comunidade (COBRA, 2009, p. 368-370).

Dentre os muitos fatores que podem melhorar a percepção do consumidor quanto a uma marca, está o seu envolvimento com causas sociais. Quando está ligada a ações ou entidades (fundações privadas, por exemplo), o olhar e a percepção sobre aquele conjunto de símbolos que compõe a marca ou o nome são positivos. Essa melhor impressão atinge também o valor da empresa como um todo junto ao mercado, aumentando seu prestígio e as possibilidades de negócios. Consequentemente, isso representa ganhos monetários decorrentes dessa boa associação de imagem.

Dessa maneira, a competição mercadológica requer muita agilidade das empresas em manter a boa imagem e a sua gestão. Podem ser valorizadas tanto pelo que elas simbolizam quanto pelo que os produtos por ela representados fazem; o valor de identidade de um símbolo distintivo é reconhecido pelo consumidor, podendo haver marcas-ícones que representam ansiedades e desejos de uma nação (HOLT, 2005, p.19-22).

Representam bem mais do que o nome, bem mais do que a identificação: retratam patrimônio, um bem valioso e que transcende o produto ou o serviço. Valem mais pelo que representam do que pelo que realmente são. São ativos bem cuidados, e com altos investimentos na sua gestão.

Veja-se que os ícones culturais podem ser pessoas ou marcas, sendo que as pessoas se identificam e podem até adotar esses ícones no seu cotidiano, devido ao seu simbolismo. A circulação de ícones culturais representa uma atividade econômica importante (HOLT, 2005, p. 17-18).

Conforme consulta ao sítio eletrônico do Ministério Público do Rio Grande do Sul, podem-se exemplificar alguns nomes de fundações por ele veladas, que recebem nomes de empresas ou pessoas: A.J. Renner, Assistencial John Deere, Augusto Manfroi, Bradesco, Carraro, Cultural Stella Maris, Cooperativo - Fundação Sicredi, Dr. Carlos Barbosa Gonçalves, Fabrício Marasca, Gazeta - Jornalista Francisco José Frantz, Gerdau, Laura Fontana, Marcopolo, Maurício Sirotsky Sobrinho e Todeschini.

Nessa inter-relação entre dinheiro público, marcas (ou nome) e fundações privadas, devem ser acrescentados princípios muito caros ao ordenamento jurídico: os princípios da moralidade e da impessoalidade.

4 PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE

As entidades do terceiro setor atuam ao lado do Estado e têm certo vínculo legal com ele, em um regime jurídico de direito privado, mas parcialmente derogado por normas públicas. Verifica-se que a aproximação entre o terceiro setor e o Estado se dá em razão do interesse, podendo ser daquele em receber proteção e ajuda por parte deste. (DI PIETRO, 2012, p. 550-555). Ademais, o princípio da máxima eficiência de interpretação da Constituição determina que às

normas constitucionais deve ser dado o sentido que lhes garanta a magnificência de eficácia (CANOTILHO, 2000, p. 1187).

Chama atenção o fato de que as fundações, não obstante se denominem privadas, possuem fortes vínculos com o Estado, realizando tarefas que seriam de sua incumbência, muitas vezes com a utilização de dinheiro público. O direito privado lhes outorga facilidades para gerir, destinar e decidir, mas sempre de forma que não comprometa o bom uso do dinheiro público.

Os princípios da moralidade e da impessoalidade são regras de observância permanente e obrigatória na prática e na interpretação jurídicas, sendo representativos de normas gerais da atividade administrativa; são o sustentáculo da atividade pública (MEIRELLES, 2010, p. 88). Significa que estão no alicerce da administração pública, não importando se o próprio Estado executa diretamente suas funções ou se permite que alguém o faça; o que não se pode afastar é a essência que devem compor o pensar e o agir público, propriamente considerado, ou de caráter estatal.

Por seu turno, o princípio da moralidade está ligado à intenção do agente, sendo de observância obrigatória por parte da administração pública e por aqueles particulares que se relacionam com ela. Pode ocorrer a situação de o comportamento ser lícito, mas não ser moral (a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), pois o que o é a intenção de quem o pratica (DI PIETRO, 2012, p. 77-80). Abrange uma gama grande de condutas, não sendo possível exaurir as possibilidades de sua existência em casos concretos, o que o define é a finalidade da administração pública. Logo, sua percepção se facilita quando feita no contexto no qual a decisão é tomada. Ou seja, está inserida no cenário administrativo, não sendo analisável como um ato simples e estrito, é ampla e abrangente (MEDAUAR, 2018, p. 119-120).

Ainda, há a possibilidade de assimilá-lo em diferentes níveis que variam, aumentado de complexidade e de requinte, sem, no entanto, que sejam estanques. São eles:

- 1) honestidade básica e conformidade com a lei;
- 2) conflitos de interesse;
- 3) orientação ao serviço e justiça processual;
- 4) a ética da responsabilidade democrática;
- 5) a ética da escolha de políticas públicas; e
- 6) a ética do compromisso e da integração social.

(WILLBERN, 1984, p. 102-103).

Em geral, os dois primeiros (e até certo ponto o terceiro) dizem respeito aos aspectos da moralidade pessoal e, portanto, à conduta ética do servidor público individual. Do terceiro nível em diante, trata-se mais das decisões ou ações governamentais tomadas pelo servidor. Escândalos públicos e indignação por comportamento antiético se concentram principalmente nos níveis mais baixos. Nas posições mais altas, a maioria das ações, decisões e políticas são de natureza mais coletiva, corporativa e institucional, nas quais a responsabilidade moral individual é compartilhada com outras pessoas de maneiras também complexa. Isso é verdade mesmo para os executivos principais; ainda que a responsabilidade seja deles, a maior parte do trabalho que envolve a responsabilidade e suas possíveis alternativas será realizado por outros (WILLBERN, 1984, p. 102-103).

Outra possibilidade de compreensão, ainda como um dos princípios básicos no Estado social e democrático de direito, está ligada ao agir com vista ao valor no qual a norma se funda, não bastando somente cumpri-la; há que se verificar se a moralidade está presente no valor fundamental da norma. Pode ser compreendida em três propriedades: moralidade-probidade, moralidade-razoabilidade e moralidade-cooperação. A moralidade-probidade está ligada à boa-fé no agir, não podendo o Estado ser usado para atingir objetivos particulares. Sob o ângulo da razoabilidade se apresenta como sendo faticamente moral; a prática administrativa deve se pautar pela necessidade e proporcionalidade. A moralidade-cooperação está relacionado ao fato de o cidadão ter direito a informações, e a administração ter o dever de prestar as informações para que ele possa cumprir seus deveres (MARRARA, 2016, p. 104-118). Tendo em vista

que a moralidade administrativa não é tão-só subjetiva, pois é formada por conteúdo jurídico que vêm de regras e princípios constitucionais, não se pode usar a administração para favorecimentos, mesmo quando formalmente legal, a conduta (SILVA, 2012, p. 670). Ressaltam, no entanto, Macei e Murta (2015, p. 104) que “[..] não podemos nos conformar com o entendimento de que a legalidade se mostra como um limitador da moralidade, mas devemos retomar à ideia de que tais conceitos são complementares e autônomos”. Assim, a observância das formalidades legais na prática dos atos administrativos é um imperativo. Não sendo possível que sejam os atos praticados de modo a dificultar o conhecimento amplo, pois, todo o aparato constitucional pode fiscalizá-los e controlá-los. Há toda uma estrutura interna e externa apta a fiscalizar os atos administrativos, de modo que se garanta a ética, a transparência e a responsabilidade no trato dos recursos públicos (MACIEL; CARMO, 2018, p. 11-12).

Ocorre que, nas fundações privadas, o princípio da moralidade determina que o agir do administrado tem que ser ético e tratar o patrimônio da fundação com cuidado maior do que se seu fosse (GRAZZIOLI, 2011, p. 97-98). Mais que isso, determina sua observância desde o nascer da fundação, ou seja, que os intentos que estão declarados na sua constituição sejam aqueles de fato almejados, que a conduta dos agentes seja moral, e não falte a ética.

Os princípios constitucionais administrativos estão profundamente ligados, podendo-se dizer que entre eles há uma instrumentalização recíproca. O princípio da impessoalidade barra que a consideração de fatores pessoais seja a propulsora ou a finalidades da atuação administrativa, impedindo que gostos e desgostos pessoais gerem favorecimentos ou desfavorecimentos. Como justificativa desse princípio pode ser encontrado o interesse de toda a coletividade. Em especial, quando se está diante da presença de interesses difusos ou coletivos; requer, para a decisão, a ponderação equilibrada entre os diversos motivos envolvidos, para que não haja a dominação de posições e preferências pessoais (MEDAUAR, 2018, p.

119). Desse modo, serve de balizador no processo de busca do escopo público, de modo que as decisões sejam objetivas e expressem o tratamento igualitário. Portanto, a finalidade pública e igualdade estão no cerne da impessoalidade. O seu alcance funcional está relacionado a guiar as normas legais e regulamentos bem como a determinar a interpretação em decisões judiciais e administrativas (NOBRE JUNIOR, 2019, s.p.).

Diante disso, o fito que deve estar presente na prática administrativa sempre deve ser legal e impessoal, ou seja, excluindo a promoção pessoal sobre as realizações da administração pública. Os atos devem somente almejar o interesse público, nunca próprio ou de terceiros (MEIRELLES, 2010, p. 93-94).

Assim, a exigência de impessoalidade deve ser observada tanto em relação aos administrados quanto à administração. Está relacionada com a razão pública, que sempre deve estar presente em todos os atos administrativos, sem beneficiar ou prejudicar pessoas; o fim de agir deve ser o porquê público. Outro modo de ser interpretado o princípio da impessoalidade é em relação a quem pratica o ato, que é considerado o órgão ou a entidade que o executa, e não o servidor, por exemplo (DI PIETRO, 2012, p. 68). “O princípio da impessoalidade repele atos discriminatórios que importam favorecimento ou despreço a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada” (MARTINS JUNIOR, 2019, s.p.). Recorde-se que o alvo que deve nortear as fundações de direito privado é o interesse público, e não o privado, nem mesmo de modo reflexo.

Em especial quanto às fundações privadas, o princípio da impessoalidade determina que a administração da fundação seja realizada conforme os limites de justificação da pessoa jurídica (no caso, o interesse social). Não se admitem condutas que tendam a beneficiar quaisquer pessoas, sejam os administradores ou grupos ao seu talante, a distribuição de patrimônio ou qualquer obtenção de vantagem direta ou indireta (GRAZZIOLI, 2011, p. 97).

Diante disso, passará à análise específica dos temas até então tratados, em face das fundações, de modo a verificar como se correlacionam as fundações privadas, as marcas e nomes próprios e os princípios da impessoalidade e da moralidade.

5 O QUE PODE ESTAR POR TRÁS DA ESCOLHA DOS NOMES DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS: PESSOALIDADE E IMORALIDADE

Ocorre que os entes fundacionais têm características que os diferem das demais pessoas jurídicas, podendo ser considerados como especiais quanto ao patrimônio e aos fins; o interesse público é uma característica importante. Independentemente de qualquer uma das hipóteses e finalidades de sua criação, sempre e apenas, podem ser criados para atingir finalidades relacionadas ao motivo público ou coletivo. Assim sendo, não podem administrar razões exclusivamente privados, como gerir fortunas em favor de herdeiros ou possuir fins puramente econômicos (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018. p. 55-58). Logo, criar ou manter uma fundação para se promover ou auferir vantagens econômicas ou prestígio, mesmo que de forma indireta, fere a essência do instituto.

Outrossim, há expressa previsão legal dos intentos a que podem se prestar as fundações. Isso gera a consequência de que a administração do patrimônio transformado em pessoa jurídica deve ser instrumento para alcançar o objetivo originalmente determinado pelo instituidor (desde que seja de interesse público), o que gera a consequência de que esses propósitos não podem objetivar lucro ou rendimentos a quem a institui ou venha a administrá-la, uma vez que a disposição do patrimônio representa renúncia à utilização desses bens (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018, p. 57). O objetivo público norteia a manutenção da fundação, é parte necessária de sua constituição e, além disso, fundamental; então, devem ser observados

os ditames legais que corroboram para seu o alcance, mesmo que isso signifique aniquilar os aspectos privados: como ver seu nome perpetuado por uma causa social ou obter ganho de imagem de uma marca comercial.

Em especial, quando a constituição da fundação se der por testamento, a formalidade se reveste de uma característica de ser ato solene e gratuito (GRAZZIOLI; RAFAEL, 2013, p. 94). Isso se torna relevante, haja vista que, se o ato é gracioso, não há que se falar em contrapartida. A gratuidade impede que se espere algo em troca, seja de cunho patrimonial, seja de cunho moral ou não monetário; não cabe ao instituidor, mesmo após sua morte, esperar uma recompensa, nem sequer o reconhecimento social de seu nome. Ora, querer que seu nome se perpetue é uma espécie de contrapartida.

A marca se fortalece a partir da percepção que os consumidores têm dela. Quando uma empresa ou pessoa natural age utilizando seu próprio nome, ela estará tendo sua percepção pelo consumidor criada, alterada ou melhorada. Ou seja, a fundação privada estará “carregando” o nome dessa pessoa ou marca, estará sendo agente de construção de valores junto ao mercado, criando melhor imagem, o que representa fortalecimento e gerando ganhos materiais.

Além disso, as empresas têm responsabilidade social corporativa, pois as regras do mercado exigem uma imagem positiva. Por isso, as marcas precisam mostrar que há algo de valor por trás delas, determinando, com isso, que atuem com responsabilidade social (o que inclui algum tipo de contribuição com recursos da empresa), já que são as grandes geradoras de riqueza para os negócios e para a economia (KOTLER; PFOERTSCH, 2008, p. 298-300).

Enfim, os recursos que o governo arrecada na forma de tributos se justificam para que se possa promover atividades que atendam às demandas coletivas; como as pessoas jurídicas que têm as imunidades estão prestando o serviço que seria realizado com o dinheiro recolhido, não há que lhes impor a tributação (RESENDE; RESENDE; SILVA, 2018, p. 198). Quando um ente fundacional realiza

suas ações sociais por meio de alguma das possibilidades de recebimento de dinheiro público, ela está agindo, de certa forma, financiado pelo Estado, está agindo pelo Estado. Isso se choca com os princípios da moralidade e da impessoalidade se ele, ao mesmo tempo, carregar em seu nome uma marca comercial ou um nome próprio, porquanto, em última análise, ele estaria se promovendo, criando valor privado com o uso de recursos públicos.

As imunidades constitucionalmente reconhecidas exigem que as instituições de educação e de assistência social, dentre outras coisas, não tenham fins lucrativos. Isso significa que devem buscar satisfazer ou beneficiar outros, desde que estes não sejam a entidade em si, os que a integram ou os que a instituíram (PAES, 2018, p. 722).

O uso dos símbolos distintivos com o concomitante recebimento direto ou indireto de dinheiro público, fere o princípio da impessoalidade, pois deixa de ser um agir em nome do Estado (sem promover uma pessoa) e passa a personificar um agir associado àquela marca, empresa ou nome, o que induz o consumidor a associá-los. Porém, quem repassou valor foi o cofre público. O Estado estaria, dessa maneira, financiando a promoção pessoal ou comercial daqueles com os quais a fundação privada acaba por se confundir.

Gera-se a afronta também ao princípio da moralidade, pois a fundação vai agir com recurso público, em flagrante desvio de finalidade. A entidade pode nascer já eivada de imoralidade administrativa, quando os propósitos expressos não são os mesmos desejados de forma obscura.

Do mesmo modo, há ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade quando a fundação usa seu nome (que carrega a marca e toda sua representação) para descumprir os fins a que se propôs e deixar de arrecadar dinheiro aos cofres públicos.

6 CONCLUSÃO

As fundações privadas constituídas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado são pessoas jurídicas de direito privado que se formam pela destinação de patrimônio, que deve buscar alcançar a finalidade social especificada na sua constituição. Os propósitos que permitem a criação delas são somente assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação, saúde, segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos, promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos e atividades religiosas.

Os entes fundacionais ainda podem receber recursos do Estado por meio de termos de colaboração, fomento ou acordos de cooperação, contratos de gestão, cooperação, convênios, emendas parlamentares, incentivos fiscais, projetos, dotações orçamentárias e doações e patrocínio.

Demonstrou-se que as pessoas jurídicas objeto deste estudo podem utilizar, em sua denominação, o nome de seu instituidor ou de alguém que ele queira homenagear, bem como a denominação da empresa que a instituiu. Porém, marcas e nomes possuem valor, e a utilização deles pode gerar aumento do valor junto ao mercado, o que se distancia da intenção de criação e manutenção delas. Tal situação afeta os princípios da moralidade (que está ligado à intenção da criação e manutenção da fundação privada) e da impessoalidade (que veda a promoção pessoal, pois a finalidade deve ser sempre o interesse público) quando essas fundações recebem dinheiro público - as possibilidades são muitas e os valores podem ser elevados - ou têm alguma imunidade.

Outrossim, as fundações privadas devem ser criadas e mantidas objetivando um fim social, altruísta. As imunidades tributárias lhes são concedidas para o atendimento desse fim. Os princípios da moralidade e da impessoalidade determinam que o agir deve ser ético e buscar o fim social, no caso das fundações privadas. Logo, se se instituir uma fundação privada usando uma marca ou um nome, haverá promoção desse elemento distintivo, o que trará ganhos de imagem ou comercial, ferindo o interesse público. Assim, quando imunes ou se recebem dinheiro público, ao adotarem denominações utilizadas por outros, estão ferindo os referidos princípios.

Conclui-se com a seguinte questão: quando foram lidos os nomes das fundações, vieram à mente as marcas ou pessoas a que eles fazem referência? Se sim, e elas recebem dinheiro público - ou deixaram de arrecadar -, o princípio da impessoalidade foi afrontado. E, ainda, se elas foram criadas ou mantidas com o objetivo de fazer essa associação com a marca ou o nome, está sendo afrontado também o princípio da moralidade.

Data de Submissão: 09/05/2019

Data de Aprovação: 14/04/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Leonam Liziero

Assistente Editorial: Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COBRA, Marcos. **Administração de marketing no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, Phillip Gil. **Gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GRAZZIOLI, Airton. **Fundações privadas: das relações de poder à reponsabilidade dos dirigentes**. São Paulo: Atlas, 2011.

GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. **Fundações Privadas: doutrina e prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HOLT, Douglas B. **Como as marcas se tornam ícones: os princípios do branding cultural**. São Paulo: Cultrix, 2005.

KAPFERER, Jean-Noël. **As marcas, capital da empresa: criar e desenvolver marcas fortes**. Porto Alegre: Bookman, 2003.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing: a edição do novo milênio**. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

KOTLER, Philip; PFOERTSCH, Waldemar. **Gestão de marcas em mercados B2B**. Porto Alegre: Bookman, 2008.

MACEI, Demetrius Nichele; MURTA, Antônio Carlos Diniz. A moralidade na constituição brasileira e os seus efeitos na administração fazendária. In: **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**, v. 13, 2015, p. 94-120, Madrid. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-13-Madrid.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2018.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista digital de direito administrativo**. v. 3, n.1, p.104-120, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **Relação das fundações RS**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/fundacao/paginas/dados_fundacionais/. Acesso em: 15 dez. 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Considerações sobre o princípio constitucional da impessoalidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, a. 3, n. 9, abr.-jun./2019. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 27 mar. 2020.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RESENDE, Tomáz de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. **Roteiro do terceiro setor**: associações, fundações e organizações religiosas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WILLBERN, York. Types and levels of public morality. **Public Administration Review**, EUA, v. 44, n. 2, p. 102-108, mar. - abr. 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/975860.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

The Tax Immunity Of Private Foundations And The Possible Violation Of The Principles Of Morality And Impersonality By The Use Of Trademarks And Proprietary Names

Hugo Thamir Rodrigues

Vivian Paludo

Abstract: This article deals with the relationship that can be established between the names used by foundational legal entities and their reflections on the principles of impersonality and morality. Its academic and social relevance stems from the peculiar character of the approach and the relationship that is established between the analyzed contents. The general objective is to verify whether the use of trademarks as a name for foundations immune to the payment of taxes violates the principles of impersonality and morality. The specific objectives are: to identify the distinctive aspects of private foundations established by natural or legal persons under private law; understand structuring aspects of brands; demonstrate the characteristics of the principles of morality and impersonality; and correlate the denominations used and the principles under analysis. The problem that guides this study is: does the use of proper names or brands to identify private foundations established by natural or legal persons under private law, beneficiaries of tax immunity and recipients of public funds, violate the principles of impersonality and morality? The method of approach is the hypothetical-deductive, and the method of procedure is the analytical. The results achieved indicate that, when these distinctive items are used in the names of these natural or legal persons and they are immune or receive public resources, there is a violation of the principles of impersonality and morality.

Keywords: Private foundations. Impersonality. Tax Immunities. Brands. Morality. Brands. Morality.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.45958>


Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



Sistema Interamericano De Direitos Humanos, Justiça De Transição E A Problemática Da Investigação Do Período Entre 1964 E 1985


Aglaé Carneiro*

Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Salvador-BA, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-3396-233X>

Fernanda Ravazzano **

Universidade Católica do Salvador, Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador-BA, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-2897-8794>

Resumo: Em um contexto político-social marcado por negações e desconhecimentos históricos, cumpre debater e fomentar a informação acerca de um período tão negativamente marcante para a sociedade brasileira quanto o do Regime Militar. Traçando um comparativo entre as espécies de Justiças de Transição existentes, bem como as semelhanças e diferenças entre Sistemas de Proteção Internacional aos Direitos Humanos nos continentes europeu e americano, o presente trabalho busca tratar sobre a problemática da investigação dos crimes de lesa-humanidade praticados durante a ditadura brasileira, apontando as dificuldades e entraves existentes hoje na tentativa de resgatar a memória e a justiça relativa àquele momento histórico. Será utilizado nesta pesquisa o método hermenêutico, com revisão bibliográfica. Seus resultados apontam para: (1) um Sistema Transicional interno deficiente, marcado pelo esquecimento e caracterizado pela sua natureza postergada e incompleta; (2) uma dificuldade material, operacional e jurídica – com respaldo legal – em garantir o direito à justiça, verdade e memória; e, por fim, (3) uma fragilidade prática relativa à aplicação das normas da CADH dentro do território brasileiro, o que culmina em uma insegurança jurídica quanto à aplicação de normas de caráter fundamental e à defesa dos direitos humanos dentro do âmbito nacional.

Palavras Chave: Justiça de Transição; Ditadura Militar; Direitos Humanos; Sistemas de Proteção Internacional.

* Doutoranda em Filosofia pela UFBA. Mestre em Políticas Sociais (2018/2020) pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, com bolsa FAPESB. E-mail: aglaecarneiro@gmail.com

** Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Mestrado e Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania da UCSAL. Professora do Mestrado em Direito da UCSAL. E-mail: fravazzano@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.48764>

Sistema Interamericano De Direitos Humanos, Justiça De Transição E A Problemática Da Investigação Do Período Entre 1964 E 1985

Aglaé Carneiro

Fernanda Ravazzano

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É cediço que o período anterior à II Grande Guerra se constitui como um tempo onde interesses individuais se confundem com interesses do Estado. Durante a primeira metade do século XX, a representação dos direitos do homem era de controle exclusivo do Estado, não havendo que se falar em um indivíduo voltar-se contra o seu País, quiçá reconhecê-lo como responsável por qualquer tipo de ofensa contra os seus. Com o recrudescimento dos ideais autoritários propagados durante o período da Alemanha Nazista, surge um panorama internacional voltado para a conscientização sobre a transnacionalidade dos direitos humanos individuais, independente de uma representação estatal. É neste cenário de mudanças que surge, em 1945, a Organização das Nações Unidas, que inaugura os primeiros órgãos e entidades internacionais voltados para a proteção dos direitos humanos. É, ainda, com a publicação da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, que uma base legal passa a se materializar, rumo a uma jurisdição internacional voltada a proteção desses interesses.

Atualmente, para além da existência de um Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, vigem Sistemas Regionais de Proteção, organismos de integração regional com atribuições diversas,

dentre as quais se destaca a defesa dos direitos humanos. São eles: a União Europeia ou Conselho Europeu – CE; a União Africana – UA; e a Organização dos Estados Americanos – OEA. Não obstante a existência de questionamentos iniciais, à época da criação destes, em relação ao cabimento dos mencionados Sistemas Regionais – considerando o Princípio da Universalidade adotado pelas Nações Unidas –, atualmente já existe um consenso quanto à existência dos diferentes níveis de leis internacionais: o global (ONU) e os regionais (CE; UA; OEA).

No presente trabalho, será dada maior relevância ao Sistema Regional Interamericano, o que não nos impede de traçar paralelos com os demais, em especial, com o Sistema Europeu de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, pretende-se analisar (1) quais os efeitos do Pacto de San José da Costa Rica sobre a legislação brasileira, perpassando pelo controle de constitucionalidade, convencionalidade e o transconstitucionalismo; (2) quais as dificuldades materiais e normativas enfrentadas pelo Brasil, no que concerne à abertura dos arquivos da ditadura militar, sobretudo em face da Lei de Anistia e da Lei de Acesso à Informação; e, por fim, (3) delimitar contornos sobre a Justiça Transicional Brasileira, com foco na Comissão Nacional da Verdade.

Desta forma, serão fornecidos, inicialmente, contornos gerais sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir do qual serão evidenciadas as perspectivas de acesso a este sistema, momento em que se traçará um breve paralelo com os demais Sistemas Regionais de Proteção, em especial, com o Sistema Europeu. Em seguida, examinar-se-á a Lei de Anistia em face da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou Pacto de San Jose da Costa Rica), e se discutirá o controle de convencionalidade e de constitucionalidade aplicados sobre a mencionada norma legal. *A posteriori*, o estudo perpassará pelo conhecimento acerca da Justiça de Transição, trazendo à tona a problemática da abertura dos arquivos da ditadura militar, frente às limitações legais, estruturais e

operacionais, sobretudo no que diz respeito à Lei de Acesso à Informação. E, após, explanar-se-á sobre as Comissões da Verdade enquanto instrumentos de transição pelo conhecimento, para, por derradeiro, concluir-se o trabalho tratando sobre os entraves à investigação do período entre 1964 e 1985, marco temporal referente ao período da Ditadura Militar.

Para tanto será adotado o método hermenêutico. Com abordagem qualitativa, proceder-se-á à revisão bibliográfica com fontes documentais, por análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como de dados estatísticos de domínio público.

2 A PROTEÇÃO REGIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Passa-se, neste primeiro momento, a uma breve análise acerca da estrutura e funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para, em seguida, discorrer sobre o conflito entre a ordem jurídica interna e externa, o controle de constitucionalidade e convencionalidade e o transconstitucionalismo.

2.1 Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos

A Declaração de 1948 se constituiu como uma introdução à concepção contemporânea sobre os direitos humanos, subsidiada pelos caracteres da (1) universalidade – titularidade de direitos conferida a toda pessoa humana, de maneira universal –; e da (2) indivisibilidade – direitos civis e políticos conjugados aos direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2001). A partir deste marco, se sucede uma mudança de paradigma normativo, já que, com um referencial ético baseado na dignidade da pessoa humana, é

conferido lastro axiológico e unidade valorativa ao campo dos Direitos Humanos Internacionais.

Após, portanto, a aprovação em 1948 pela Ordem dos Estados Americanos da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, foi implementado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (HEYNS; PADILLA; ZWAAK, 2006). Tal como o Sistema Africano, subdivide-se em Corte e Comissão, sendo o primeiro responsável pela jurisdição contenciosa e o segundo, um órgão de caráter consultivo (político-administrativo)¹.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, com sede em Washington, E.U.A, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1979 com sede em San Jose, Costa Rica. No Sistema Interamericano, enquanto a Comissão possui uma única função (consultiva); a Corte exerce dupla função (consultiva e contenciosa). Tanto a Corte como a Comissão possuem 07 (sete) membros, sendo os da Corte magistrados. Ambas possuem, em sua estrutura, 01 (um) Secretário Executivo, 01 (um) Secretário Adjunto, Pessoal Administrativo e Assessores Jurídicos (ALVAREZ, 2002).

Desse modo:

Ainda sobre a estrutura interna do SIDH, encontra-se a Comissão IDH, composta por 7 (sete) membros eleitos a título pessoal, cujos mandatos são de 4 (quatro) anos, prorrogáveis uma única vez, possuindo sede na cidade de Washington, Estados Unidos. Compete-lhe, como principal função, promover a observância e a defesa dos direitos humanos, expedir recomendações, elaborar relatórios e receber petições com denúncias ou queixas de violação dos direitos humanos promovidas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para, em se vislumbrando admissibilidade, peticionar junto à Corte (SAN JOSÉ, 1969). Por sua vez, a Corte, formada por 7 (sete) juízes eleitos a título pessoal, cujos mandatos são de 6 (seis) anos, prorrogáveis uma única vez, possuindo sede na cidade de San José, Costa Rica, recebe petições promovidas pelos Estados Partes ou pela Comissão com fito em realizar julgamentos que assegurem ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, pagamento de indenização justa à parte lesada, também

1 Cumpre salientar que, através do Protocolo de 1998, o Sistema Europeu não mais possui uma Comissão, restringindo-se unicamente à Corte, que funciona como um Tribunal Internacional. Este tema será posteriormente retomado, ao se discutir questões relacionadas à possibilidade de acesso, por parte dos ofendidos, aos Sistemas Internacionais de Proteção.

podendo determinar medidas provisórias de urgência para evitar danos irreparáveis às pessoas (SAN JOSÉ, 1969). A estrutura proposta pela Convenção Americana de Direitos Humanos prestigia a separação entre quem acusa (Estados Partes ou Comissão) e quem julga (Corte), com distância geográfica entre a Comissão, sediada nos Estados Unidos, e a Corte, sediada na Costa Rica, ambos com autonomia administrativa e financeira, almejando-se assim a mitigação do risco da ocorrência de uma indesejável influência entre acusador e julgador, provendo, desse modo, maior credibilidade às instituições e, conseqüentemente, aos sistemas de proteção aos direitos humanos (DE OLIVEIRA; CARMO; DE OLIVEIRA, 2019, p. 12-13).

As atividades dos mencionados órgãos se constituem de sessões ordinárias e extraordinárias, as quais se dividem da seguinte maneira: Comissão – 02 sessões ordinárias e de 01 a 03 sessões extraordinárias ao ano; e Corte – 04 sessões ordinárias e 02 sessões extraordinárias ao ano. No que diz respeito à função consultiva da Comissão, esta se disponibiliza para todos os Estados que ratificarem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica ou CADH); já a função contenciosa se restringe aos Estados que tenham aceitado expressamente a jurisdição internacional da Corte, havendo o respectivo depósito do documento que reconhece a jurisdição pelo país na secretaria do órgão (FERNANDES, 2011).

A função consultiva consiste na faculdade de emitir pareceres consultivos a respeito da (1) interpretação da Convenção e de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, e da (2) compatibilidade ou não de uma lei interna em relação aos instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos. A função contenciosa, por sua vez, se trata do conhecimento, pela Corte, de casos individuais em que se alegue a violação de um direito humano consagrado na Convenção por parte de seus Estados Signatários (ALVAREZ, 2002).

Concernente a quem possui legitimidade ativa para denunciar violações de direitos humanos junto ao Sistema Interamericano, na Comissão, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização legalmente reconhecida pode fazê-lo; todavia, na Corte Interamericana, apenas a própria Comissão ou o Estado Parte têm

competência para submeter um caso ao seu conhecimento (VELOSO, 2007). Dessa maneira, para que um caso seja submetido ao conhecimento da Corte, é requisito imprescindível que este tenha sido previamente conhecido e decidido pela Comissão, conforme o procedimento dos arts. 48 a 50 da CADH.

O procedimento adotado na Comissão consiste nas seguintes fases: (1) Denúncia à Secretaria Executiva, em Washington, D.C.; (2) Estudos Preliminares – ou “passagem pelo crivo de Admissibilidade”, conforme o art. 46 da CADH; (3) Notificação do Estado Denunciado; (4) Prazo de 60 (sessenta) dias para Resposta; (5) Produção Probatória – direta e indireta; (6) Fase de Pronunciamento, a qual se subdivide em (6.1) Relatório de Solução Amigável (conciliação); (6.2) Relatório de Inadmissibilidade (arquivamento); e (6.3) Relatório de Admissibilidade; (7) Notificação do Estado Julgado; (8) 1º (primeiro) Prazo – três meses – para solução do problema; (9) 2º (segundo) Prazo – por Maioria Absoluta – para resolução do problema; e, por fim, (10) Publicação do Relatório – constrangimento perante a comunidade internacional (ALVAREZ, 2002).

Interessante observar que são ofertados 02 (dois) prazos distintos ao Estado Parte, após a sua notificação, para que cumpra com os seus deveres, antes que se proceda à publicação da decisão e ao consequente constrangimento do Estado Signatário com a pecha de violador de Direitos Humanos perante o cenário internacional. Isso ocorre porque, não obstante os prejuízos que possam vir a suceder para as vítimas da violação, oriundos da demora, não é de interesse dos Sistemas excluir Estados Signatários da sua área de proteção, já que esse afastamento traria efeitos fundamentalmente opostos ao pretendido por eles, qual seja, abarcar do maior número de Estados possíveis submetidos à sua jurisdição e comprometidos com o respeito às regras internacionais de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2001).

Sobre a força das resoluções emitidas pelas comissões (HEYNS, C.; STRASSER, W.; PADILLA, D., 2003, p. 76):

[...] uma vez que uma pessoa tenha percorrido todos os caminhos para ter seus direitos defendidos pelo sistema

legal do país onde ela se encontra [*requisito do esgotamento dos recursos internos*], ela pode se dirigir a uma comissão de direitos humanos criada pelo sistema regional. A comissão dará ao Estado uma oportunidade de responder, e então decidirá se houve ou não uma violação. No entanto, essa decisão não terá por si só força de lei. Para obter tal resultado, o caso tem que ser encaminhado à corte regional de direitos humanos [...].

Calha salientar que não se pode denunciar ao Sistema Interamericano um caso que esteja pendente de solução internacional (junto ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, por exemplo – criado em virtude do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). Esta condição é decorrente do Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos (ou Princípio da Subsidiariedade), que possibilita aos Estados a faculdade de resolver a nível interno as situações envolvendo violações de direitos humanos, antes de se verem expostos a um processo internacional (VELOSO, 2007).

Atinente à temática (Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos), existem três situações excepcionais à referida regra. São elas: (1) a inexistência de devido processo legal no âmbito interno; (2) o impedimento ao acesso/esgotamento dos recursos internos; e (3) a demora injustificada de uma decisão (FERNANDES, 2011). Isso quer dizer que, caso o Estado esteja resolvendo de maneira regular um conflito de direitos humanos na sua jurisdição interna, não subsistem motivos, conforme mencionado, para a atuação dos órgãos internacionais, aos quais caberia intervenção apenas nas situações em que, consoante Alvarez (2002): (1) às vítimas fosse negado acesso à jurisdição interna; (2) na hipótese de uma ação judicial não respeitar o princípio da celeridade processual, lesando ou ameaçando de lesão o direito do ofendido; ou ainda, (3) caso não haja procedimento jurídico específico para tratar da temática. Alguns exemplos de procedimento judicial específico seria o adotado pelas Varas de Tóxicos; ou as situações especiais tratadas pelas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; ou ainda, pelas Varas da Infância e da Juventude.

Nos casos excepcionais anteriormente mencionados, é necessário que haja a prova do impedimento ao acesso ou à utilização de todos os âmbitos jurisdicionais existentes no direito interno para salvaguardar interesse individual. Caso não se tratar da hipótese de óbice ao acesso ou esgotamento dos recursos internos, o que deve ser provado é a lesão ou ameaça de lesão pela demora injustificada no julgamento da ação judicial em curso (VELOSO, 2007).

Sobre a matéria, inclusive, cumpre mencionar a Opinião Consultiva de nº 11/1990 (FIZ-ZAMUDIO e outros, 1990), na qual foi questionada a situação relativa às pessoas cuja ausência de subsídios financeiros os impediria de acessar os recursos jurídicos internos de seu país (indigência). Outro ponto levantado se referia ao caso em que um reclamante individual não teria acesso ao apoio jurídico de defensor legal no âmbito interno, em razões de temor generalizado (advogados que se negam a prestar serviço a pessoas físicas cujos interesses a serem tutelados ou questionados poderiam constituir de ameaça à integridade ou à vida dos seus defensores).

Em resumo, se tratariam de duas questões, relativas à não cobrança do Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos, no caso da (1) indigência e da (2) falta de advogado: a primeira (1) – “Quando os recursos jurídicos de um Estado não estão na realidade à disposição da suposta vítima de uma violação de direitos humanos [...] isto não estabelece a possibilidade de discriminação com base na “condição social” (art. 1º (1) da Convenção)?” (FIZ-ZAMUDIO e outros, 1990); e a segunda (2) – “[...] quando prevalece um ambiente de temor e os advogados não aceitam casos quando acreditam que isso possa causar perigo à sua própria vida e a de seus familiares”, a Comissão deve receber o caso ou declará-lo inadmissível? (*ibidem*).

Da seguinte maneira julgou a Corte, relativamente à ausência de defensor no âmbito interno (FIZ-ZAMUDIO e outros, 1990):

[...] quando existe um medo generalizado dos advogados para prestar assistência legal a uma pessoa que necessite de seus serviços e esta não pode, por conseguinte, obtê-la, a exceção do artigo 46.2.b é plenamente aplicável e a pessoa fica dispensada de esgotar os recursos internos.

No que concerne ao caso da indigência, a Corte julgou (*ibidem*):

[...] se um indivíduo requer efetivamente assistência legal para proteger um direito garantido pela Convenção e sua indigência o impede de obtê-la, fica dispensado de esgotar os recursos internos. Este é o sentido que tem o artigo 46.2, lido de acordo com as disposições dos artigos 1º(1), 24 e 8º.

O seu *decisum* (ou dispositivo), expõe, de maneira clara, sobre a não aplicação do Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos, nesses dois casos excepcionais. Impõe, no entanto, critérios a serem respeitados, como pode ser observado, *ipsis litteris* (grifos nossos):

42. Pelas razões expostas, a Corte, decide: por unanimidade 1. Que se por razões de indigência ou pelo temor generalizado dos advogados em representá-lo legalmente, um reclamante, perante a Comissão, viu-se impedido de utilizar os recursos internos necessários para proteger um direito garantido pela Convenção, não podendo ser exigido do mesmo o seu esgotamento. por unanimidade 2. Que nas hipóteses estabelecidas, se um Estado-parte comprovou a disponibilidade dos recursos internos, o reclamante deverá demonstrar que são aplicáveis as exceções do artigo 46.2 e que se viu impedido de obter a assistência legal necessária para a proteção ou garantia de direitos reconhecidos na Convenção.

Tendo-se explicado, destarte, sobre as questões relativas ao Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos, cumpre retomar a exposição sobre outros elementos de relevância para a presente discussão, a começar pelos requisitos de acesso ao sistema interamericano de direitos humanos.

Os requisitos para o acesso ao sistema interamericano, através de petição endereçada à Comissão, em Washington, D.C., são: nome, nacionalidade, profissão, domicílio e assinatura dos peticionários. O prazo para apresentação das denúncias é de 06 (seis) meses, a contar da data da notificação sobre o esgotamento dos recursos internos, salvaguardadas as exceções retro (ALVAREZ, 2002) – segundo visto, não há que se aguardar o prazo de seis meses para denúncia quando já existir prova da demora injustificada; da inexistência de devido processo legal; ou da ocorrência de óbice ao acesso à jurisdição

interna. Além disso, não cabe denúncia de violação contra pessoa jurídica. As obrigações assumidas pelos Estados Partes são em relação a pessoas físicas, conforme se depreende do art. 1 da CADH: “Pessoa é todo ser humano”.

O art. 46 da CADH estabelece, ademais, os princípios da Adequação e Efetividade, através dos quais os recursos jurídicos existentes no âmbito interno devem ser idôneos e suficientemente capazes de proteger as situações materiais de violação aos direitos humanos. O que se busca evitar, através desta disposição, é o fenômeno conhecido por “Constitucionalização Simbólica” (NEVES, 1994). Através dele, acredita-se que determinados Estados publicam seu ordenamento constitucional sem que haja uma preocupação real, por parte dos legisladores, em garantir materialmente que os preceitos de sua Carta Magna sejam assegurados a todos os cidadãos.

Neste sentido, ensinam Carmo e Oliveira (2019, p. 13):

Afirmam Christiane de Holanda Camilo e David de Sousa Oliveira (2018, p. 50) que as opiniões consultivas, recomendações e sentenças proferidas pela CIDH, são responsáveis por atestarem as formas legítimas e efetivas para que os países possam se conduzir internamente sobre questões de diversas ordens que visam à proteção da pessoa. Com efeito, a Comissão é essencial à função jurisdicional do sistema interamericano com a missão de defesa da ordem jurídica estabelecida pela Declaração Americana de Direitos Humanos, assumindo o papel de legítimo representante do indivíduo, contemplando funções como a fiscalização do devido cumprimento dos direitos humanos.

Trata-se de publicar, nesse caso, documento jurídico-normativo apenas com a finalidade política de atender aos interesses das massas, sem nenhum comprometimento real com a sua realização. Os Princípios de Direito Internacional constantes do Pacto de San Jose da Costa Rica, por outro lado, e conforme evidenciado, foram cunhados justamente a fim de que não se refiram a uma existência meramente formal, e sim à sua garantia material no âmbito interno de cada Estado signatário.

2.2 Críticas à perspectiva de acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos e o exemplo da Corte Europeia

Como anteriormente mencionado, após todas as barbáries perpetradas pelo regime nazista, se sucedeu um período histórico e humanístico no qual toda a comunidade internacional passa a um estado de alerta tal que urge pela criação de mecanismos de defesa para além dos nacionais, não mais cabendo entender unicamente o Estado Soberano como sujeito de direitos (ALVAREZ, 2002). É nesse contexto que se passa a vislumbrar o cidadão como agente capaz de buscar reconhecimento internacional para suas demandas individuais, tornando-se de interesse supranacional a garantia dos seus direitos humanos (PIOVESAN, 2001).

Nas palavras da referida (PIOVESAN, 2001, p. 02):

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

Através do Sistema Europeu de proteção, por exemplo, é devidamente reconhecido o direito das vítimas de ingressarem diretamente à jurisdição contenciosa da sua Corte, tendência essa que demonstra a preocupação, a nível global, acerca da necessidade de conferir relevância à atuação independente do indivíduo nos Sistemas de Proteção internacional (ALVAREZ, 2002). Nesse ponto, o Sistema Interamericano ainda se mostra um tanto quanto defasado, isto porque, para que uma demanda individual passe para a análise da Corte Contenciosa, é necessária a representação da Comissão Interamericana, ou do próprio Estado violador, o que não se mostra tão eficaz quanto à possibilidade de livre acesso oferecida pelo Sistema Europeu.

No que diz respeito a um comparativo entre os Sistemas Europeu e o Americano, nota-se que há uma contundente diferença entre os orçamentos anuais de cada um deles, sendo o primeiro de 41 (quarenta e um) milhões de Euros, aproximadamente 20% (vinte por cento) do

orçamento principal do Conselho Europeu – CE, enquanto o segundo possui um orçamento conjunto (da Corte somada à Comissão) de 4,1 (quatro vírgula um) milhões de dólares, o que corresponde a apenas 5,4% (cinco vírgula quatro por cento) do orçamento total da Organização dos Estados Americanos – OEA. Paralelamente, tem-se um total de 71 (setenta e uma) pessoas trabalhando como membros dos órgãos de monitoramento do Sistema Interamericano, para um pessoal de 348 (trezentos e quarenta e oito) membros no Sistema Europeu (HEYNS; PADILLA; ZWAAK, 2006).

O Sistema Interamericano, outrossim, não permite que uma causa seja analisada pela sua Corte Jurisdicional sem que antes passe pelo crivo de admissibilidade da Comissão, o que retarda o julgamento contencioso do Estado violador, pondo em risco as vítimas e seus familiares, que ficam a depender de aspectos meramente burocráticos. O Sistema Europeu, por sua vez, aboliu esta forma dúplice de organização em 1998, adotando unicamente a Corte, com competência majoritariamente contenciosa, em detrimento de uma função consultiva limitada (ALVAREZ, 2002).

Quanto à possibilidade de participação da vítima no processo de jurisdição contenciosa (CIDH), desde 1997 que os supostos ofendidos, seus familiares ou representantes podem apresentar suas petições, argumentos e provas de maneira autônoma no processo da Corte – contudo, apenas se admitida a demanda impetrada pela Comissão ou pelo Estado Parte, conforme o art. 23.1 da CADH. A reforma de 2003, inclusive, afirma no art. 36 da CADH, o prazo de 02 (dois) meses para que a vítima, seus familiares ou representantes, depois de notificados sobre a demanda, apresentem de maneira autônoma seus argumentos, provas e petições. Essa reforma possibilitou o reconhecimento do direito de participação, da vítima ou ofendido, na jurisdição contenciosa instaurada, garantindo assim o seu acesso a todas as fases do processo (VELOSO, 2007).

No que concerne à efetividade das Recomendações enviadas pela Comissão ao Estado violador, ao fim de seu procedimento

administrativo, a obrigatoriedade destas recomendações dizem mais respeito ao quão interessados estão os Estados ofensores em aplicá-las, do que a sua existência propriamente dita enquanto normas vinculantes. Em outros termos, os Estados Signatários são soberanos, logo, garantir que as recomendações da Comissão sejam aplicadas em seus respectivos âmbitos internos trata-se de mera abstração, visto que o máximo de efeito que se pode almejar com estas é o constrangimento perante o cenário internacional, pela pecha de Estado violador de Direitos Humanos. Após a mudança do art. 44 da CADH, em 2005, todavia, o encaminhamento da decisão da Comissão à Corte passou a ser automático, o que nos faz supor que: “os Estados, diante desse novo panorama, optarão pela solução amistosa ou pelo acatamento das recomendações, tentando solucionar o caso antes que ele chegue à Corte” (FERNANDES, 2011).

Um fato que ilustra essa tendência são os seguintes dados trazidos por Veloso (2007): Segundo o autor, só em 2005 – após a referida mudança normativa –, foram constatadas 69 (sessenta e nove) soluções amistosas para conflitos solucionados pela Comissão, em contraste com o envio de apenas 10 (dez) casos à Corte, e com a publicação de somente 07 (sete) relatórios de mérito, o que fortalece o caráter implicitamente obrigatório das recomendações, e demonstra uma maior efetividade na defesa dos direitos humanos.

Deste modo, é possível concluir, no que atine às perspectivas de acesso, que, apesar de o Sistema Americano ainda não estar no mesmo nível do Sistema Europeu de permitir o ingresso direto das vítimas à jurisdição contenciosa (tem-se apenas um direito de petição individual limitado ao acesso indireto), os supracitados dados demonstram a tendência atual do Sistema Interamericano em reconhecer a importância da participação dos ofendidos nos procedimentos da sua Corte contenciosa.

3 CONFLITO DE NORMAS: PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA *VERSUS* LEI DE ANISTIA E A ANÁLISE DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Eleonora Mesquita (CEIA, 2013, p. 115) defende: “o principal desafio à implementação das decisões da Corte [Interamericana de Direitos Humanos] no âmbito interno é a resistência dos agentes políticos brasileiros de aplicar o direito internacional”.

Com efeito, neste capítulo busca-se abordar as divergências entre o quanto determinado no Pacto de São José da Costa Rica e a Lei de Anistia, abordando, para tanto, o conflito entre a ordem interna e externa, desaguando no transconstitucionalismo.

3.1 Pacto de San Jose da Costa Rica *versus* Lei de Anistia

São deveres dos Estados signatários do Pacto de São José da Costa Rica: (1) o respeito aos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, garantindo livre e pleno exercício destes a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, independentemente de raça, cor, sexo, religião, opiniões políticas, posição social, etc. (art. 1, CADH); e (2) a adoção de disposições normativas de direito interno, legislativas ou não, que se coadunem com o conteúdo estabelecido na Convenção (art. 2, CADH). Destes deveres decorrem, para os Estados, as obrigações de: prevenir; investigar; sancionar; e reparar danos, quando da violação de direitos reconhecidos na CADH. Os Estados que optarem voluntariamente por aceitar a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana se submetem ao regramento contido nesta Convenção.

Como pode se depreender da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia), existe uma frontal oposição entre os ditames encontrados no escopo da referida legislação ordinária e o conteúdo norteador do

ordenamento jurídico interno, constante da Convenção Interamericana, pelo Brasil ratificada. Trata-se de um conflito normativo facilmente solucionável, quando considerado o seu caráter formal, conforme será visto.

Desde a publicação da EC nº 45, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em ambas as casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos membros de cada, possuem natureza de norma constitucional. Isso quer dizer que em caso de conflito entre tratado de direitos humanos ratificado nos moldes do art. 5º, p. 3º da Constituição Federal e lei ordinária, as normas constantes deste regramento internacional prevalecerão, vez que integram o chamado bloco de constitucionalidade.

Mas essa não foi a única novidade incorporada ao ordenamento jurídico pátrio. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343, introduziu a ideia de supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo trâmite descrito no art. 5º, p. 3º da Constituição Federal.

De fato, ao apreciar o conflito entre a previsão legal interna da prisão civil por dívida em confronto com o Pacto de San José da Costa Rica, o Supremo Tribunal Federal declarou que os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil sem, contudo, obter o quórum qualificado de 3/5 dos votos no Congresso, conforme mencionado, não possuem *status* de norma constitucional, contudo estão em patamar superior ao da legislação ordinária, situação nomeada pelo STF como supralegalidade. Em outros termos, é o mesmo que afirmar que estes não gozam da qualidade de Emenda à Carta Magna, mas, são hierarquicamente superiores à legislação ordinária, conforme é possível depreender da seguinte ementa:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº

87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009.)

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes assim fundamenta, enfatizando a necessidade de proteção efetiva dos direitos humanos internamente:

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Como enfatiza Cançado Trindade, “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 27-28)

Assim, Gilmar Mendes concluiu que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San Jose da Costa Rica possuem um lugar específico no ordenamento pátrio, qual seja, abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna. Ou seja, “o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior

ao ato de ratificação” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 60).

O Ministro ainda destacou que nada impede que o Congresso Nacional reaprecie o Pacto de San José da Costa Rica, para que haja a ratificação com quórum qualificado, a fim de alcançar o grau de Emenda Constitucional.

Apesar disso, nota-se uma dificuldade prática, na jurisprudência brasileira, em considerar a prevalência da norma internacional de direitos humanos (no caso, o Pacto de San José da Costa Rica) em detrimento de uma lei de caráter ordinário.

Na situação em comento, os ditames propostos pelo Pacto de San Jose da Costa Rica (CADH) se coadunam com as normas constantes da nossa Constituição Pátria, enquanto que a Lei de Anistia se mostra como documento legislativo anormal, estranho a tudo quanto se institui pela nossa Carta Magna de caráter fundamental – “Constituição Cidadã” de 1988. Em sendo assim, a recusa por parte da Justiça interna do Brasil em aplicar a “letra da lei” nos casos de violação aos direitos humanos nos mostra uma aparente cultura da desvalorização da defesa destes direitos fundamentais na vida material, para além das tentativas normativas em positivar cada vez mais e adequar a sua legislação à urgência inerente às necessidades dos cidadãos em situação de vulnerabilidade perante os seus direitos humanos.

Rothenburg (2013), no que diz respeito à dupla avaliação de validade posta sobre a Lei de Anistia, defende tratar-se de clara ilegitimidade da legislação: seja no aspecto formal – por desrespeitar textos normativos internacionais; seja no aspecto material – foi editada por um Congresso Nacional ameaçado, composto por um terço de senadores “apadrinhados” (eleitos indiretamente), sem que se assegurasse a presença de representantes democraticamente escolhidos.

Consoante ensina Rothenburg (2013, p. 09):

A Lei de Anistia brasileira [...] sofre de vício de ilegitimidade, pois o Congresso Nacional que a aprovou não pôde manifestar livremente a vontade dos

parlamentares, nem esses foram capazes de representar minimamente as expectativas da sociedade brasileira [...]. A interpretação que presidiu a aplicação da Lei nº 6.683/1979 desde o início [...] foi uma leitura imposta. O Poder Judiciário e os outros sujeitos envolvidos na aplicação oficial do Direito não tinham condições de adotar interpretação diversa, inclusive porque parte significativa de seus integrantes estava comprometida com o regime.

Weichert e Fávero (2009, p. 147-148), ainda, pontuam:

[...] quando editada a Lei nº 6.683/1979, o país ainda estava sobre o regime ditatorial. O Congresso Nacional estava mutilado pelas cassações e vivia sob a ameaça do recesso por ordem presidencial, conforme ocorrera apenas dois anos antes ('pacote' de abril de 1977 – Ato Complementar nº 102).

Ademais, a interpretação conferida pelo STF sobre a Lei de Anistia no Brasil (de que é constitucional) se contrapõe ao entendimento das Cortes Constitucionais da Argentina, Chile, Uruguai, Peru e Colômbia, as quais concluíram que “tais leis [de Anistia] violam a obrigação internacional do Estado de investigar e sancionar essas violações [de direitos humanos]” (CEIA, 2013, p. 142). A autora fundamenta sua posição contrária à Suprema Corte através de dois dispositivos aplicáveis ao direito interno: o art. 27 da CVDT, segundo o qual: “os Estados não podem, por razões de direito interno, descumprir obrigações internacionais” (CEIA, 2013, p. 141); e o Princípio Pacta Sunt Servanda, através do qual “os Estados devem cumprir suas obrigações contratuais de boa-fé” (CEIA, 2013, p. 141).

Ensina a Ceia (2013, p. 142) que:

Ao contrário dos seus vizinhos, o Brasil não realizou medidas de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por crimes de lesa-humanidade cometidos durante o regime militar, não cumprindo, com isso, elemento fundamental para o estabelecimento de uma justiça de transição completa. Além disso, não participou da chamada “justiça cascata”, isto é, da tendência global em direção a tornar efetiva a responsabilização daqueles que perpetraram, ordenaram ou autorizaram graves violações de direitos humanos, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

É por isso, inclusive, que Cavalcanti e Cerqueira (2019, p. 06) mencionam que, para que a Lei de Anistia fosse considerada constitucional, ou ao menos legítima, seria necessário que passasse por uma espécie de “controle de constitucionalidade” viabilizada por um Congresso Nacional eleito pelo povo, de modo que a Lei viesse a se coadunar com o regramento jurídico-constitucional subsequente à sua aprovação, veja-se:

[...] a Lei da Anistia teria sido aprovada por um Congresso ilegítimo, com um terço de seus senadores tendo sido indicados pelo governo militar (os chamados senadores “biônicos”) e sancionada por um Presidente eleito não pelo povo, mas sim por seus colegas de farda, motivo pelo qual careceria de legitimidade. Em consequência, a anistia só teria validade se viesse a ser legitimada, após o advento da CF/88, por um Congresso eleito pelo povo ou mesmo diretamente por este último, mediante referendo, o que, contudo, não veio a acontecer. O acordo político que conduziu à aprovação da lei também teria violado a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e do povo brasileiro, utilizada como “moeda de troca” na transição negociada para o regime democrático, que teria sido costurada por militares e parlamentares com a participação da sociedade civil, mas não das vítimas sobreviventes ou dos familiares dos mortos. Ou seja, não foram ouvidos aqueles que detinham a “titularidade” para transacionar o perdão pelos crimes praticados. Além disso, a anistia também esbarraria no óbice expresso do art. 5º, XLIII da CF (BRASIL, 1988), o qual declara serem insuscetíveis de graça ou anistia a tortura e os crimes hediondos.

Nessa linha de intelecção, é possível considerar a Lei de Anistia se constitui como contrariedade frontal às obrigações assumidas pelo Brasil em investigar, sancionar e reparar danos decorrentes das violações a Direitos Humanos. A sua publicação e vigência demonstram uma falta de preocupação do Estado brasileiro tanto em atuar de maneira adequada aos preceitos de um Tratado Internacional que voluntariamente ratificou, como em completar a sua transição política pós-regime ditatorial. Mantê-la vigente no ordenamento brasileiro significa, portanto, descumprir norma hierarquicamente superior, trazendo inúmeras consequências no plano material. Evadir-se do dever de sancionar e investigar os verdadeiros responsáveis pelos crimes praticados durante a ditadura é permitir que este fenômeno se repita, visto que, em uma sociedade

com alto nível de analfabetismo, a manipulação de fatos poucos conhecidos se mostra uma realidade possível e palpável.

3.2 Do controle de constitucionalidade, convencionalidade e o transconstitucionalismo

Rothenburg (2013) ensina que o neoconstitucionalismo (constitucionalismo contemporâneo) vem sendo marcado pela característica do “constitucionalismo internacional”, ou, nos termos de Marcelo Neves (2014), da “transconstitucionalidade”. Este fenômeno é pautado pela aproximação entre o Direito Constitucional dos Estados Soberanos com o Direito Internacional, de modo que, para ser considerada válida, seria necessário que uma lei tivesse passado tanto pelo crivo do controle interno de constitucionalidade, como pelo controle externo de convencionalidade. Sendo assim, poderia ser considerado inválido o ato que desrespeitasse qualquer dos dois fenômenos de aferição de conformidade legislativa. Em outros termos como observa Rothenburg (2013, p. 04):

Não se tolera que um ato subsista à avaliação de sua incompatibilidade com as normas internacionais. Entretanto, também não se abdica da necessidade de conformidade do ato com a Constituição Federal, no âmbito mais específico de cada Estado. O ato deve sustentar-se tanto em termos de constitucionalidade quanto de convencionalidade [...]. A validade jurídica então já não se basta com a Constituição.

Acerca da transconstitucionalidade, outrossim, adverte Marcelo Neves (2014): tal concepção não se confunde com o mero transjuridicismo, que pode ser observado, inclusive na época do Direito Medieval, nas relações entre o direito canônico (direito romano), o direito urbano, real e o feudal. Não havia aqui questionamentos acerca da preservação de direitos fundamentais e a limitação do poder estatal, como percebemos nas constituições modernas. O referencial e os problemas vivenciados eram outros.

Também não seria o transconstitucionalismo o constitucionalismo supranacional, internacional ou transnacional. Um problema transconstitucional poderá envolver um tribunal local, estatal, nacional, supranacional, internacional e transnacional (arbitrais) (NEVES, 2014).

Para sua definição, Neves (2014, p. 207) recorre a Wolfgang Welsch (2002, p. 295-318):

Para tratar do transconstitucionalismo, recorro ao conceito de “razão transversal” de Wolfgang Welsch (1996; 2002, pp. 295-318), mas me afasto um tanto desse ambicioso conceito, para analisar os limites e possibilidades da existência de “racionalidades transversais” (“pontes de transição”) tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial.

O autor, entretanto, salienta que há também aspectos negativos do transconstitucionalismo: não se poderia considerá-lo apenas, nessa linha de raciocínio, como uma exigência funcional à pretensão normativa de uma racionalidade transversal entre as ordens jurídicas, mas, haver-se-ia que perscrutar os problemas concretos que podem advir do transconstitucionalismo, tais como ordens ou práticas anticonstitucionais – contrárias à proteção dos direitos fundamentais e à limitação do poder. O transconstitucionalismo, neste espeque, não parte de uma ordem jurídica “ponto de partida”, nem tampouco aponta um tipo determinado de ordem como *ultima ratio*. Rejeita o estatalismo, o supranacionalismo, o internacionalismo e o transnacionalismo, para defender que sejam estabelecidas pontes de transição, conversações constitucionais. Possui o fito de fortalecer, sobretudo, um entrelaçamento constitucional entre as diversas ordens jurídicas: estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais. Visa, dessa maneira, romper com a arcaica dicotomia entre o monismo/pluralismo jurídicos. É o que ensina Marcelo Neves (2014, p. 208):

A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar **entre identidade e alteridade**. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano

de sua própria autofundamentação, reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas-hidra constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial. (grifo nosso)

Há de se buscar, conforme o apontado, o entrelaçamento entre as ordens jurídicas que preservem direitos fundamentais e limitem o poder estatal. Somente nessa perspectiva haverá o transconstitucionalismo positivo.

4 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O período entre os anos de 1964 e 1985 – Regime Militar – foi um intervalo temporal marcado por inúmeras violações aos direitos humanos, seja através da prática das mais diversas formas de tortura e execução, seja pelo desaparecimento forçado de pessoas. De acordo com Santos (2016, p. 158/162), apenas entre os anos de 1972 e 1975, contabilizou-se 70 (setenta) desaparecimentos forçados no conflito armado do Araguaia, situação pela qual o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2010, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (CIDH, 2010). A mencionada condenação fundou-se na manifesta incompatibilidade entre a Lei de Anistia e a CADH, bem como na inobservância do controle de convencionalidade, pelo Brasil, visto que não houve uma devida verificação da conformidade entre os dois diplomas normativos supracitados.

No contexto político brasileiro pós-ditatorial, a anistia era compreendida como “uma forma de permitir que retornassem à vida social e política todos os presos, condenados, cassados, exilados, demitidos, aposentados, enfim, perseguidos que lutaram contra o regime de arbítrio instalado em 1964”. Silva (2019, p. 77), de maneira concisa, conceitua a anistia da seguinte forma: “Anistiar é perdoar,

esquecer”. Juridicamente, todavia, a anistia é conceituada como (SANTOS, 2016, p. 162):

[...] ato pelo qual o Poder Público declara impuníveis, por motivo de utilidade social, todos quanto até certo dia, perpetraram determinados delitos, em geral políticos, seja fazendo cessar as diligências persecutórias, seja tornando nulas e de nenhum efeito as condenações.

O art. 27 da Convenção de Viena (BRASIL, 2009) estatui que: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”. Os arts. 5 e 7 do Pacto de San Jose da Costa Rica, igualmente, preveem: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes” e “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. Ora, tendo o Brasil optado voluntariamente por aceitar a jurisdição da CIDH, não deveria, em hipótese alguma, sobretudo considerando o caráter fundamental da discussão, ter se olvidado em respeitar as normas da Convenção.

Segundo Silva (2019, p. 74-75), são 3 (três) os pilares da Justiça de Transição: verdade; memória e justiça. Para Marlon Weichert e Eugênia Fávero (2009, p. 183/184), no entanto, a Justiça de Transição se fundamenta em 04 (quatro) pilares: (1) Verdade e Memória; (2) Justiça; (3) Reparação e (4) Reforma das Instituições. Respeitar os deveres dos Estados Signatários proposto pelo Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 1 e 2, CADH, 1969), portanto, constituiria a materialização do pilar Justiça, visto que esta reflete a obrigação estatal de investigar, processar e punir os responsáveis pelos danos em matéria de direitos humanos. Quanto aos demais pilares, estes podem ser alcançados através de medidas extrajudiciais, como (1) a adoção de Comissões da Verdade; (2) a adequação do regramento interno do país com as normas superiores (mais especificamente, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, especialmente a CADH, objeto do presente estudo); ou, ainda, (3) através de um alinhamento entre o controle interno de constitucionalidade e o controle externo de convencionalidade, como anteriormente mencionado.

A Lei da Anistia (BRASIL, 1979) constitui-se como óbice central à busca pela investigação e sanção dos responsáveis pelos crimes de tortura, execução e desaparecimento forçado praticados durante o período de exceção. Enquanto estiver vigendo, o Brasil nunca completará o seu processo transicional tardio, visto que, de acordo com Marcelo Torelly (2012, p. 48), é fundamental que emergjam, pelo menos, dois pilares das políticas transicionais, para que se restaure o Estado Democrático de Direito: (1) a reforma das instituições e (2) a responsabilização individual.

Ruti Teitel (2003, p. 76/77), ao estudar a Genealogia das Justiças Transicionais, explica que, na 2ª Fase da Justiça Transicional Europeia, injunções políticas impossibilitaram a adoção de medidas penais nos países desenvolvidos. Analisando o contexto transicional tardio do Brasil e as inúmeras dificuldades enfrentadas pelas Comissões da Verdade em busca de uma Justiça de Transição marcada ao menos pelo conhecimento – entraves temporais; estruturais; ausência de cooperação das Forças Armadas; além de diversas limitações institucionais (SANTOS, 2016, p. 247) –, pode-se traçar um paralelo entre as duas realidades, visto que, em ambos os casos, apresentou-se uma onda de preocupação internacional quanto às graves violações de Direitos Humanos – na América Latina, após os regimes ditatoriais; e na Europa, após a 2ª Guerra Mundial.

De acordo com Glenda Mezarobba (2009), as Justiças Transicionais podem ser (1) imediatas – quando mecanismos de restauração da democracia são adotados logo após o término do período autocrático –; (2) prolongadas – quando o processo de redemocratização começa imediatamente após o período arbitrário, entretanto, demanda certo tempo até que os trabalhos sejam concluídos –; ou (3) postergadas – quando as primeiras ações levam dez anos ou mais para serem iniciadas. Fabiana Dantas (2010, p. 62), de maneira complementar, ensina que a transição democrática pode se dar através (1) da vingança – “ocasionada, na maioria das vezes, pela inércia do Estado em dar uma resposta coletiva ou institucionalizada,

ou quando esta é considerada insuficiente pelas vítimas e pela própria comunidade” –; (2) do julgamento – “feita por órgãos judiciais ou quase-judiciais que, além de permitirem a responsabilização dos agentes estatais e conferirem publicidade aos procedimentos, aplacam as reivindicações das vítimas e da sociedade por justiça”; (3) do conhecimento – “na qual se busca a investigação e a divulgação das violações de direitos humanos e das circunstâncias envolvidas, sem exigir que os Estados processem criminalmente os indivíduos”, através de Comissões da Verdade, por exemplo –; ou (4) do esquecimento – “operada por uma série de mecanismos, como o ocultamento proposital dos fatos, a concessão abusiva de anistias, a fabricação do consenso e a busca da reconciliação nacional, que ensejam uma redemocratização parcial”. No que diz respeito a essa transição pelo esquecimento, é caracterizada, segundo Dantas (2010), justamente por integrar elementos de autoridade os quais permanecem mesmo após a flexibilização do regime autoritário.

São, ainda, características da transição pelo esquecimento: (1) ocultamento proposital dos fatos; (2) concessão abusiva de anistias; (3) fabricação do consenso – discurso de superação aliado à idealização de um futuro promissor que nunca se concretiza –; (4) busca da “reconciliação” nacional; e (5) silêncio sobre os fatos conflitantes (SANTOS, 2016, p. 36).

Como um dos únicos países da América Latina a possuir uma Justiça de Transição postergada, e levando em conta a sua democracia recente, a opção do Brasil em utilizar-se de uma lei interna contrária aos interesses dos ofendidos mostra-se como mais uma medida característica das Justças de Transição pelo esquecimento, através das quais se legitima a impunidade pelas lentes da legalidade (devido processo legislativo). Nessa mesma esteira, os embates políticos envolvendo os membros das Comissões da Verdade e a falta de colaboração dos agentes públicos das Forças Armadas – em especial, após a morte do Coronel Paulo Malhães, responsável por narrar perante a CNV as torturas, homicídios e ocultações praticadas durante a ditadura (SANTOS, 2016, p. 254-255) –, como exemplo de entrave

ao acesso aos documentos e pessoas vinculadas a fatos ocorridos durante o período de exceção, configuram-se impedimentos à publicação de informações de interesse público, bem como comprometem o direito à justiça, à verdade e à memória.

Uma das razões pelas quais é fundamental conhecer a verdade sobre períodos de conflito político é justamente evitar que eles se repitam. No Brasil, contudo, existe uma dificuldade contundente em tratar da temática, o que atrasa o processo rumo a uma real democracia, pautada pela consciência histórica e pela aceitação da existência de um passado marcado pelo terror.

4.1 Lei de acesso à informação e a problemática da abertura dos arquivos da ditadura militar

Em 18 de novembro de 2011, foi instituída a Lei 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação, a qual sinalizou um avanço em relação à antiga Lei 11.111/05, que padecia de inconstitucionalidades omissivas e comissivas. A antiga lei tanto não estabelecia um prazo para que o Estado cumprisse com o seu dever de prestar informações de interesse público, como garantia que um órgão público – mais especificamente, o CAAIS, Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas – mantivesse sigilo documental por prazo indeterminado. Esses impedimentos criados pela Lei 11.111/05 foram superados pela Lei 12.527/11; contudo, se, de um lado, a atual Lei de Acesso à Informação contém dispositivos benéficos ao interesse coletivo, de outro, mantém determinadas situações obtusas à garantia do acesso à informação.

Os marcos legais para a criação dessa Lei foram: o art. 5º, inc. XXXIII²; o art. 37, § 3º, inciso II³ e o art. 216, § 2º⁴, todos da Carta Política. De acordo com o art. 21, *caput* e parágrafo único da Lei 12.527/11 (BRASIL, 2011):

Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação de direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

Ademais, conforme o Princípio da Transparência Ativa, as informações de interesse público devem ser divulgadas independentemente de solicitação (art. 3º, inc. II, Lei 12.527/11) (BRASIL, 2011), de modo que o indivíduo interessado não precisa mais acionar órgãos e entidades do Poder Público para ter acesso às informações de interesse coletivo, vez que estas já estarão obrigatoriamente disponíveis online, em sítio oficial do governo. Assim, terá acesso prévio à informação, o que economiza tempo e recursos da Administração Pública.

Ocorre que, não obstante os dispositivos legais e constitucionais supracitados, o art. 31 da mesma Lei (*ibidem*) restringe o acesso a determinadas informações de cunho pessoal, que digam respeito à imagem ou honra dos agentes públicos. A existência de uma restrição ao acesso, além da classificação de determinados documentos como “ultrassecretos” ou “de alto grau de sigilo” impõe limitações à abertura dos arquivos da ditadura militar. A própria Comissão criada para rever a classificação das informações secretas e ultrassecretas enfrenta dificuldades em sua estruturação, devido à ausência de espaço físico e

2 “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.” (BRASIL, 1988).

3 “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.” (BRASIL, 1988)

4 “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (BRASIL, 1988).

recursos humanos suficientes, mas principalmente devido à perpetuação da cultura do sigilo (SANTOS, 2016).

Tanto as limitações normativas mencionadas, como as referidas dificuldades materiais de implementação dos dispositivos constitucionais e dos artigos de Lei favoráveis ao interesse coletivo inviabilizam a prestação informacional. No ano de implementação da Lei 12.527/11, por exemplo, apenas 20% (vinte por cento) dos 127 (cento e vinte sete) pedidos formulados pela Folha de São Paulo foram atendidos, como retira-se da seguinte notícia publicada pelo jornal e citada por Santos (2016, p. 127):

Várias negativas alegaram que o requerente poderia encontrar as informações em sites na internet, mas isso não era verdadeiro. Em vários casos, o governo alegou sigilo para negar as informações, como no caso da declaração de bens dos ministros de Estado. [...] No caso da divulgação de cópias de notas fiscais relativas a verba dos deputados federais desde 2001, a Câmara alegou precisar de mais de dois anos para responder. Segundo a Casa, a informação solicitada consiste em cerca de 4 milhões de páginas. A Câmara vai contratar serviços de digitalização. Já a Casa Civil da Presidência da República não informou a lista completa das pessoas que tiveram acesso ao gabinete da ministra-chefe Gleisi Hoffmann e do ex-ministro Antonio Palocci. Os dados são registrados pelo governo, conforme dispõe decreto presidencial. [...] O Ministério das Relações Exteriores disse que despesas dos postos diplomáticos brasileiros no exterior estão disponíveis, mas não em território nacional. “As prestações de contas referentes a essas despesas são arquivadas no Escritório Financeiro em Nova York, onde poderão ser consultadas”. No Rio, o Estado exigiu assinatura de termo de responsabilidade, no qual o solicitante se responsabiliza pela forma pela qual os dados serão divulgados. Obriga ainda a citação da fonte da informação, em caso de publicação.

A mencionada autora (SANTOS, 2016, p. 127) elenca mais dois pontos os quais considera como perpetuadores da cultura do silêncio: (1) a classificação das informações, que, de acordo com o art. 24, § 5º (BRASIL, 2011), dependerá da gravidade do risco ou dano, o que abre espaço para que qualquer situação ameaçadora seja enquadrada como ultrassecreta, secreta ou reservada, a depender da justificativa; e (2) o fato de que a decisão de classificação (suas razões) será mantida no mesmo grau de sigilo da informação que classificou como sigilosa, o que inviabiliza o acesso aos fundamentos dessa decisão – quando

ausente de publicidade, resta à sociedade crer no Princípio da Confiança e da Boa-Fé, vez que não saberá o porquê de uma informação sigilosa ter sido classificada como tal. Santos (2016) sugere, ainda, medidas as quais considera necessárias para o fornecimento de informações de interesse público dentro do prazo legal: (1) seleção e treinamento de servidores públicos para a operacionalização do SIC – Serviço de Informação ao Cidadão; (2) disponibilização, por parte da Administração, de uma infraestrutura que conte com um espaço físico adequado e de fácil acesso à publicação; (3) designação de uma autoridade responsável; (4) criação de grupo de trabalho que possa sistematizar as informações mais demandadas e pensar em estratégias para encontrar as informações solicitadas de forma mais célere; e (5) fixação de regras e trâmites internos de classificação das informações.

Defende, em resumo, que (SANTOS, 2016, p. 133-134):

A sociedade quer saber quem são os responsáveis pelos crimes, como e quando foram praticados, onde se encontram os corpos dos mortos e desaparecidos políticos. [...] Saber como aconteceram e quais agentes estatais praticaram tais atos em nada ameaça a sociedade, muito menos um Estado democrático de direito [...] Não se trata de revanchismo, mas sim de mostrar o comprometimento do Brasil com a construção de um verdadeiro Estado democrático de direito, no qual os direitos humanos não sejam meras construções teóricas.

Com isso, é possível notar que há uma expectativa social, muito mais material do que normativa – além de constitucional e convencionalmente lastreada – no sentido de garantir uma devida responsabilização daqueles que praticaram atos de lesa-humanidade durante o período entre 1964 e 1985. É essa responsabilização que garantirá, de um lado, uma adequada efetivação de normas jurídicas harmônicas entre si (Constituição Federal e CADH), e, de outro, uma superação de uma justiça transacional, como visto, tardia e marcada pelo esquecimento.

Passa-se, no próximo tópico, à análise dos entraves à investigação realizada pela Comissão Nacional da Verdade e a ausência, na prática, de uma justiça de transição no Brasil.

4.2 Comissões da Verdade, entraves à investigação do período entre 1964 e 1985 e a afronta ao Pacto de San Jose da Costa Rica

Muito se discute, hodiernamente, acerca do papel reparador da justiça. No que diz respeito ao intervalo temporal em estudo (1964 a 1985), entretanto, não obstante as esparsas tentativas de manter atual o diálogo sobre a ditadura – com a criação, por exemplo, da Comissão Nacional da Verdade –, não há evidência de um contingente social unido em busca da colaboração às pesquisas e à publicação de todos quanto possíveis acontecimentos violadores de direitos humanos ocorridos à época.

A própria Comissão Nacional da Verdade, em sua constituição, permitiu entraves à investigação dos autores dos crimes de lesa-humanidade praticados especificamente durante o período da ditadura militar, isto porque, durante a sua criação, optou-se por (1) abarcar um período muito maior do que as duas décadas de duração do regime ditatorial; (2) possibilitar a participação de militares das Forças Armadas como membros da Comissão – o que, felizmente, não ocorreu na prática –; e por (3) não denominar crimes de lesa-humanidade os fatos investigados pela Comissão.

Outra dificuldade diz respeito à temporalidade, visto que, apesar da importância de dar continuidade aos trabalhos voltados para este resgate do passado, mesmo que fosse possível processar e julgar os responsáveis pelos crimes perpetrados no período – caso não mais vigesse a Lei de Anistia, por exemplo –, ainda assim haveria o impedimento relativo ao perdimento e destruição de muitos documentos relativos aos fatos, bem como ao falecimento de muitas testemunhas e autores de crimes praticados há quase cinco décadas.

Apesar da inicial impossibilidade aparente em punir os agentes dos delitos praticados durante a ditadura militar, face à Lei de Anistia, George Marmelstein (2011) entende que é possível processá-los e

julgá-los, visto que, em seu entendimento, estes crimes possuem caráter permanente, tendo se iniciado com a privação da liberdade dos ofendidos, “e a subsequente falta de informação sobre o seu paradeiro, e continua a ser praticado até que os corpos sejam encontrados” (SANTOS, 2016, p. 169).

Deste modo Marmelstein (2011) pontua:

[...] o Brasil foi condenado por não haver investigado nem punido o desaparecimento dos guerrilheiros de Araguaia. Esse crime tem caráter permanente. Ele perdura até que os corpos sejam encontrados. Ora, se o crime continua sendo praticado, já que os corpos continuam desaparecidos, então é óbvio que tais crimes não podem ser favorecidos pela Lei de Anistia, que só impediu a punição de crimes praticados antes de sua promulgação. A ocultação dos cadáveres persistiu mesmo depois da lei de anistia. Logo, sua prática iniciou-se em 1972, mas ainda não terminou.

Considerando, então, que o Brasil afastou a possibilidade de uma transição pelo julgamento – ao publicar a Lei de Anistia –, calha compreender o sistema de transição pelo conhecimento adotado, mais especificamente, através da instituição da Comissão Nacional da Verdade – CNV.

As Comissões da Verdade são órgãos não jurisdicionais temporários criados para esclarecer fatos e apurar graves violações de direitos humanos ocorridos durante períodos de exceção, prevenindo, assim, a ocorrência de novos abusos. Alguns dos objetivos da Comissão da Verdade no Brasil são: a promoção do esclarecimento acerca da autoria das graves violações de direitos humanos; a identificação e publicação dos locais, instituições e circunstâncias relacionadas às referidas práticas; a garantia da não repetição dos atos; e a colaboração à prestação de assistência às vítimas.

No caso do Brasil, especificamente, a CNV encontrou determinados entraves à concretização das suas finalidades, devido não apenas à demora para o início das suas atividades (cerca de 40 anos após o início do regime militar, o que dificulta o acesso a documentos e pessoas), além dos óbices estruturais já mencionados, mas, em especial, devido a um período imediato após a ditadura

marcado por uma cultura do esquecimento. Para Mesquita (CEIA, 2013, p. 151):

O principal desafio consiste em assegurar a efetiva investigação dos fatos, bem como a identificação e a sanção dos responsáveis pelas violações, especialmente quando estejam ou possam estar envolvidos os agentes do Estado. Isso é indispensável para afastar o sentimento de impunidade.

Toda a dificuldade encontrada até hoje para que as corporações militares colaborem com as investigações, além da própria negação em delimitar o intervalo temporal abarcado pela ditadura são meros exemplos do quanto a inexistência de um ideal colaborativo em busca da verdade impõe entraves à investigação das violações perpetradas no período e, portanto, à concretização de uma real democracia.

Estes óbices à execução do que a CNV se propõe impedem que a opção pela instituição desta entidade traga os benefícios almejados: a efetivação do direito à verdade e à memória; a superação da cultura do silêncio e do esquecimento; o auxílio na reforma das instituições; e até mesmo uma possível colaboração com a justiça criminal ou com os processos cíveis de indenização.

Assim sendo, há clara afronta ao quanto determinado no Pacto de San José da Costa Rica e a conseqüente inobservância do transconstitucionalismo positivo, nos dizeres de Marcelo Neves (2014), pois desprezou-se a ordem internacional – ressalte-se, com *status* de norma constitucional ou de suprallegalidade – limitadora do poder estatal e consagradora dos direitos fundamentais, em detrimento da manutenção de um discurso que rejeita e nega a própria existência da Ditadura Militar.

Diversas foram as situações em que o Brasil foi condenado por violação ao Pacto de San José da Costa Rica e aos Direitos Humanos em geral. Esses momentos podem ser ilustrados através dos casos Ximenes Lopes vs. Brasil, de 4 de julho de 2006; pelo caso Escher e outros vs Brasil, de 6 de julho de 2009; e pelo caso Garibaldi vs. Brasil, de 23 de setembro de 2009. No primeiro, o Brasil foi condenado por maus-tratos a Damião Ximenes Lopes, que morreu nas dependências

da Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, no Ceará, enquanto internado para receber tratamento psiquiátrico pelo SUS. No caso Escher e outros, o Brasil foi condenado por “grampear ilegalmente ligações telefônicas de membros de associações de trabalhadores rurais ligadas ao Movimentos dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), no Paraná, em 1999” (CEIA, 2013). Por fim, no caso Garibaldi, a condenação adveio da não responsabilização de executores do crime de homicídio praticado contra Sétimo Garibaldi, trabalhador rural que foi assassinado durante desocupação violenta empreendida em acampamento do MST, também no interior do Paraná, em 1998.

Em todos os casos mencionados, o ponto em comum diz respeito a uma inobservância, por parte do Estado brasileiro, tanto de um respeito às suas normas internas, a exemplo da sua Constituição e de demais Leis ordinárias, como aos tratados internacionais de direitos humanos de que é signatário, sendo aplicável ao caso em questão por se constituírem como frontais oposições às normas da CADH. É, no entanto, o caso *Gomes Lund vs. Brasil* que mais se coaduna com as questões por este trabalho discutidas, sobretudo por envolver uma violação de direitos humanos que fora provocada justamente em razão de dois fatores: (1) por causa dos crimes de lesa-humanidade perpetrados durante o período entre 1964 e 1985; e (2) pela ausência de uma Justiça Transicional adequada para lidar com esse momento de fragilidade jurídica.

No dia 24 de novembro de 2004, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – proferiu sentença da ação referente ao “caso *Gomes Lund e outros*” proposta por familiares de desaparecidos da Guerrilha do Araguaia contra o Estado Brasileiro, na qual declara que (CARVALHAL, 2014):

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de

direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

A partir dessa jurisprudência condenatória, nota-se a harmonia, de um lado, entre ditames constitucionais e o quanto já previa a CADH, e, de outro, o descabimento da manutenção da Lei de Anistia, em razão dos dois mencionados instrumentos normativos. A efetividade dessa condenação pelo caso *Gomes Lund vs. Brasil* pode não ter o condão de obrigar materialmente o Estado brasileiro a readequar as suas normas internas, nem tampouco, provocar uma reflexão sobre a cultura do esquecimento, mas, tem o poder de, enquanto documento solene, atestar juridicamente e em campo internacional, uma falta formal e material em agir de maneira concordante com o que se cumpriu a realizar (respeito às normas internacionais de direitos humanos).

Malgrado, portanto, ter-se prolatado a condenação do Estado brasileiro, por outro lado, até a presente data a Lei de Anistia continua produzindo efeitos, e não há qualquer movimento interno, no campo nacional, no sentido de reconhecimento das barbáries perpetradas durante a Ditadura Militar. Também inexistente um empreendimento de busca pelos mortos da guerrilha do Araguaia, havendo clara opção do país, neste particular, em não se adequar à ordem internacional protetora dos direitos humanos. Por essa razão, convém citar as lições de Eleonora Ceia (2013, p. 113):

Qualquer ordem internacional de proteção dos direitos humanos tem como fundamento o fortalecimento da tutela e garantia dos direitos humanos no âmbito nacional, servindo de instrumento de apoio e legitimação das transformações necessárias no plano interno.

A autora, nesta senda, traz sugestões as quais se mostram adequadas ao presente estudo, sobretudo no que concerne à transformação da cultura do esquecimento a partir da abertura dos arquivos da ditadura militar, não se restringindo, entretanto, às únicas formas de se tentar lidar com a problemática, nos seguintes termos:

O reconhecimento formal da posição hierárquica constitucional a todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como a incorporação formal de normas expressas à Constituição da República Federativa

do Brasil de 1988 (CF) que imponham todo e qualquer agente político a observância dos tratados e da jurisprudência internacional de direitos humanos no exercício de suas respectivas competências; [e] o desenvolvimento de uma cultura mais receptiva ao direito internacional de direitos humanos. [...] Tais medidas formais elevariam os tratados e a jurisprudência internacional de direitos humanos a um patamar que os asseguraria ser elementos de referência obrigatória para a Administração, o Legislativo e o Judiciário nacionais (CEIA, 2013, p. 115 e p. 144).

Há de se incorporar a temática de direitos humanos à rotina dos agentes políticos brasileiros e demais operadores jurídicos a fim de alcançar: “O fortalecimento da cultura dos direitos humanos [...] evitaria os cenários de parcialidade e impunidade” (CEIA, 2013, p. 147). Aclara ainda tratar de contradição à ordem constitucional brasileira e aos compromissos assumidos pelo Brasil omitir-se no julgamento dos responsáveis por violações de direitos humanos. Sem a devida mudança cultural no Brasil e a incorporação da proteção aos direitos humanos como nota máxima a ser perseguida, não há que se falar em justiça de transição no país, em direito à memória e mesmo na progressão e fortalecimento do sentimento de humanidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto exposto, pode-se dizer que os resultados da presente pesquisa apontam para: (1) um Sistema Transicional interno deficiente, marcado pelo esquecimento e caracterizado pela sua natureza postergada e incompleta, o que impossibilita a investigação dos crimes de lesa-humanidade perpetrados no período abarcado pela pesquisa; (2) uma dificuldade material, operacional e jurídica – com respaldo legal, vide a Lei de Anistia – em garantir o direito à justiça, verdade e memória; e, por fim, (3) uma fragilidade prática relativa à aplicação das normas do Pacto de San Jose da Costa Rica (CADH) dentro do território brasileiro, o que culmina em uma insegurança jurídica quanto à concretização de normas de caráter fundamental e

da defesa dos direitos humanos no âmbito interno – do Estado Nacional.

Repensar o respeito às normas constantes dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é comprometer-se com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Adequar as normas de direito interno ao controle de convencionalidade externo é atividade mandatória para os Estados que buscam o progresso. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos abarca os dois vieses necessários para a consagração destes direitos e do desenvolvimento democrático dos países signatários: o avanço dos direitos humanos internacionais no âmbito interno de cada Estado Parte e a prevenção de retrocessos. Em sendo assim, é fundamental que as normas internas do Brasil estejam adequadas aos dispositivos constantes dos tratados internacionais a que se compromete respeitar. Entretanto, mais importante ainda é criar uma consciência coletiva acerca da necessidade de se conhecer a própria história, em busca da reconciliação nacional – em outros termos, uma cultura político-jurídica mais aberta ao direito internacional, superando a postura conservadora do Poder Público brasileiro baseada na proteção à soberania nacional.

Há de se conceber a relação entre a ordem interna e internacional como pontes de transição, voltadas à construção de uma identidade lastrada na alteridade, objetivando-se, por conseguinte, a adoção de um transconstitucionalismo positivo, efetivador dos direitos fundamentais e limitador do poder do estado. Nesta senda, enquanto a postura do Estado brasileiro for de negar a existência da Ditadura Militar e não buscar investigar e resgatar os corpos da guerrilha do Araguaia, por exemplo, não haverá o que Gustavo Miranda Antonio (2013) denomina de reconciliação nacional. Deve-se buscar o processo de mudança da relação da nação com o cidadão, não com a preocupação em um nível interpessoal, mas mesmo de restabelecimento da confiança com o ente estatal.

Enquanto o Poder Público não voltar seus esforços em busca da verdade, do conhecimento e da publicação dos fatos e circunstâncias violadores de direitos humanos praticados durante os anos de 1964 e 1985 – ainda que se esquivando de judicializar os procedimentos investigativos, negando-se a sancionar os autores de crimes de lesa-humanidade –, prosseguirá com essa dívida eterna perante a comunidade nacional, postergando assim, o fim do processo transicional democrático brasileiro, e conseqüentemente, desprezando o restabelecimento da confiança da sociedade para com o Estado.

Data de Submissão: 1º/11/2019

Data de Aprovação: 10/08/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Leonam Liziero

Assistente Editorial: Andrea Neiva Coelho

REFERÊNCIAS

ALVAREZ M., Ignacio J. Introdução ao Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. In: II Colóquio Internacional de Direitos Humanos, 1º, 17/05/2002, São Paulo. **II Colóquio...** São Paulo, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/textos/alvarez_introducao_oea.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

ANTONIO, Gustavo Miranda. Promoção da Reconciliação Nacional. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, nº 105, p. 69-92, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06. Jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. **Lei de Anistia Brasileira**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO. Voto Vogal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 06 jul 2020.

CADH. **Convenção americana sobre direitos humanos**. In: Assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, 1969.

CARVALHAL, Ana Paula. **Corte Interamericana decide pela vinculação da jurisprudência**. Revista CONJUR – Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-27/observatorio-constitucional-corte-interamericana-decide-vinculacao-jurisprudencia#:~:text=As%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20da%20Lei%20de,nem%20para%20a%20identifica%C3%A7%C3%A3o%20>e. Acesso em: 08 de jul. 2020

CAVALCANTI, Henrique Breda; CERQUEIRA, Nelson. A Constitucionalidade Da Lei Da Anistia E As Implicações Do Julgamento Do Caso Gomes Lund. **Revista Prim@ Facie**, vol. 19, n. 39, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48714/29539>. Acesso em: 08 jul. 2020.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n.61, p. 113/152, 2013.

CIDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Escher e outros vs. Brasil**. Sentença de 6 de julho de 2009. Presidenta: Cecilia Medina Quiroga. San José, 6 de julho de 2009.

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C, N. 203. Presidenta: Cecilia Medina Quiroga. San José, 23 de setembro de 2009.

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Presidente: Juiz Diego García-Sayán. San José, 24 de novembro de 2010.

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentença de 17 de maio de 2010. Presidente: Sergio García Ramírez. San José, 17 de maio de 2010.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

DE OLIVEIRA, Maria das Graças; CARMO, V. M.; DE OLIVEIRA, Bruno Bastos. **Sistema Interamericano de Proteção Dos Direitos Humanos: Análise da Efetividade no Brasil**. Revista Prim@ Facie, vol. 19, n. 39, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48901/29444>. Acesso em: 08 de julho de 2020.

FERNANDES, Camila Vicenci. Perspectivas sobre a Proteção dos Indivíduos no Âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, n° 121, p. 108/114, 2011.

FIZ-ZAMUDIO, Héctor; TAMAYO, Orlando Tovar; BUERGENTHAL, Thomas; NIETO-NAVIA, Rafael; CALLEJOS-BONILLA, Policarpo; PICADO-SOTELA, Sonia; ROBLES, Manuel. E. Ventura. **OPINIÃO CONSULTIVA OC N. 11/90, DE 10 DE AGOSTO DE 1990**. Endereço Eletrônico Oficial da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1990. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2126opiniaio.htm>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: Uma Atualização. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n° 4, Ano 3, 2006.

HEYNS, Christof; STRASSER, Wolfgang; PADILLA, David. A schematic comparison of regional human rights systems. **African Human Rights Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 76-87, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Guerra de Gigantes: STF versus CIDH (Lei de Anistia)**. Portal Direitos Fundamentais.net, 2011. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia/>

Acesso em: 19 de fevereiro de 2020.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MONTENEGRO, Juliana Ferreira. Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Um Desafio para o Século XXI – Uma Leitura acerca da Heterogeneidade entre a Teoria e a Prática. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet**, n° 4. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4/anima4-Juliana-ferreira-Montenegro.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2020.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais**: transconstitucionalismo além de colisões. Lua Nova [online]. 2014, n. 93, p. 201-232. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em 08 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**. I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira. **Rev. Direito GV**, vol. 9, São Paulo, 2013.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Comissão da Verdade no Brasil e Justiça de Transição: Direito à Verdade e à Memória**. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, L. Bittencourt. **Justiça de Transição à Brasileira**: Um processo de (des)união. Ponta Grossa: UEPG, 2019. Disponível em: <https://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/2858> Acesso em: 19 de fevereiro de 2020.

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**. Cambridge, v. 16, p. 76-77, 2003.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: os Procedimentos para Acionar a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos e o Trâmite até a Corte. In: **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo**. Márcio Luís de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Human Rights' American System, Transitional Justice And The Problem Of Investigation From 1964 To 1985

Aglaé Carneiro

Fernanda Ravazzano

Abstract: In a sociopolitical context marked by denial and historical lack of education, it is important to spread information about a period so negatively striking to Brazilian society as the military regimen. By delimiting a comparative between the Transitional Justice specimens, and by drawing attention to the differences and similarities between the american and european International Systems of Human Rights, this piece aims to discuss the problematic of the investigative process related to crimes against humanity perpetrated on the Dictatorial Era in Brazil (1964-1985), pointing the difficulties and obstructions nowadays found at the trying of rescuing the memory and the justice regarding this historical moment. It will be used the hermeneutical method, with bibliographical reexam. Its results points to: (1) a deficient internal Transitional System, marked by the called “forgetfulness” and characterized by its incomplete and postponed nature; (2) a material difficulty, operational and juridically speaking – with the subside of law – in guaranteeing the right to justice, truthfulness and memory; and, finally, (3) a practical fragility related to the CADH norms application inside the brazilian territory, which leads to a juridical insecurity regarding the substantiation of fundamental norms and human rights defense inside the national field.

Keywords: Transitional Justice; Military Dictatorship; Human Rights; International Protective Systems.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.48764>


Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



Opinião Pública e História Do Direito: Método, Episódio, Detalhe

Judá Leão Lobo *

Instituto Federal do Paraná, Departamento de Direito, Curitiba-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-0917-5766>

Resumo: Como fonte histórica, a opinião pública merece mais atenção, especialmente no campo da história do direito. Neste artigo, por isso, apresenta-se uma forma de trabalhar com as fontes da opinião em pesquisas histórico-jurídicas. Para tanto, optou-se pelo estudo de um caso ocorrido em 1888, na província do Paraná, e pela diretriz micro-histórica proposta por Carlo Ginzburg, adaptada ao tempo curto e à investigação de casos menores. Marginais e aparentemente irrelevantes, os episódios particulares precisam ser desvendados para revelar as questões gerais que os constituem. Reconstruída a partir da discussão travada na imprensa provincial, a disputa pela assembleia do Paraná circulou no tribunal da opinião pública, atingindo instâncias mais elevadas, com destaque para o parlamento nacional. Na tribuna parlamentar, o caso foi comparado a outros semelhantes, ocorridos em outras províncias. Fundamentando inferências metodológicas sobre a opinião pública, o estudo de caso permite concluir que a disputa particular trazia implícita uma questão geral do Brasil Império, decorrente da crise do projeto constitucional para a autonomia das províncias.

Palavras-chave: Micro-história. Tribunal da opinião pública. Circularidade da discussão pública. História do direito. Federação.

* Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professor do Curso de Direito do IFPR. Desenvolve pesquisas em História Constitucional, dialogando com temas de Teoria do Direito. E-mail: juda.llobo@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.51304>

Opinião Pública e História Do Direito: Método, Episódio, Detalhe

Judá Leão Lobo

O Sr. Teixeira Júnior: Essa tendência das autoridades para serem as primeiras a perturbar a ordem e a violar a lei generaliza-se por toda parte. É raro o dia em que, compulsando os jornais desta capital, não se encontre notícia de fatos idênticos em todo o Império.

Anais do senado do Império

1 INTRODUÇÃO

Aos juristas de hoje, a expressão *opinião pública* pode soar como algo demasiado distante de sua esfera de saber, algo a que deve se dedicar o jornalismo e, quando muito, a ciência política. Chega a surpreender que, no período das constituições liberais, a noção era central no vocabulário político-jurídico, especialmente no constitucional. O conceito estava à altura de outros que, diferente do primeiro, preservam ainda hoje sua dignidade no discurso jurídico, como *separação dos poderes* e *sistema representativo* (LOBO, 2017).

A opinião pública era tida por verdadeiro “tribunal da responsabilidade moral” (BUENO, 1857, p. 338) a fiscalizar os poderes constituídos, típico daquelas constituições de acentuado viés político, datadas dos séculos XVIII e XIX. Encarnando em figurações sócio-políticas, tais como manifestações, imprensa e parlamento, o tribunal da opinião apreciava cotidianamente atos públicos, imputava censura à reputação das autoridades constituídas, propunha reformas e modernização do país (LOBO, 2017).

Em fins do Império, por exemplo, um conceituado jurista declarava:

A federação [...] tudo a prepara, tudo a facilita, a exige: o meio americano, a natureza física, a heterogeneidade dos interesses regionais, o ódio acumulado contra as espoliações da centralização, o pendor crescente das províncias, a convergência quase unânime dos partidos”. E sentenciava, “que obstáculos a encontram? Apenas algumas prevenções de espíritos atrasados ou pessimistas, e o zelo áulico de um gabinete mais imperialista que o Imperador (*Diario de Noticias*, Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1889, p. 1¹).

Além de criticar o ministério Ouro Preto, nesse trecho Rui Barbosa² legou indício de quão valiosas eram as fontes do tribunal da opinião para a história do direito. Em suas distintas instâncias, juristas ocupavam posição destacada, graças a um característico perfil de época (FONSECA, 2008; PETIT, 2000): não tanto cientistas nem técnicos, quanto grandes oradores, redatores de gazetas, figuras políticas de maior ou menor relevo. Isso vinculava discussão pública e cultura jurídica (LOBO; STAUT JÚNIOR, 2015).

Parte do material relevante para a história do direito, portanto, encontra-se em colunas de jornais e discursos parlamentares, em que ficou registrada a atuação daqueles *juristas eloquentes*. Por óbvio, as fontes da opinião não são as únicas, provavelmente sequer as mais importantes. Merecem, porém, mais atenção do que vêm recebendo no campo da história do direito, mais afeito a livros, processos judiciais ou mesmo textos do direito positivo.

O objetivo deste artigo, nessa linha, consiste em apresentar uma forma de trabalho com fontes da opinião em pesquisas empíricas de viés micro-histórico. Trata, especialmente, de como encontrar indícios

1 Talvez se estranhe a forma dessa referência, que se repete ao longo do texto para todas as citações de periódicos do século XIX. Trata-se de uma adaptação do padrão autor-data para dar resposta a duas dificuldades desse tipo de material. Primeira, raramente se sabe quem é o autor. Segunda, são tantos documentos que seria contraprodutivo remeter o leitor, a cada citação (são várias), ao fim do texto para identificar a fonte numa lista infindável de referências. Dessa forma, todas as informações necessárias para consultar os originais se encontram entre parêntesis no corpo do texto. A consulta é livre na Hemeroteca Digital Brasileira (<https://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>) da Biblioteca Nacional.

2 Em nota intitulada *Diario de Noticias*, a gazeta liberal paranaense anunciava meses antes, “este órgão da imprensa da corte passou a novos proprietários, achando-se à testa de sua redação o Sr. conselheiro Rui Barbosa, cuja primorosa pena assegura ao «Diário» uma vida brilhante e fecunda de glórias” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 14 de março de 1889, p. 2).

de problemas nacionais a partir da imprensa provincial. Como se pretende demonstrar, a passagem do particular ao geral é possível pela circularidade (PEREIRA, 2012, p. 31-53) da discussão pública em diferentes instâncias do tribunal da opinião.

O citado objetivo é realizado por meio de um estudo de caso, isto é, de um episódio ocorrido na província do Paraná, em 1888. A escolha metodológica é adequada porque a discussão pública é realidade episódica (BURKE, 2010, *passim*), girando ao redor de questões momentâneas que, como o estrugir de foguetes e girândolas, lampejam para em seguida se apagarem, eclipsadas por novos acontecimentos.

O caráter fragmentário e episódico da opinião pública requer diretriz metodológica adaptada ao tempo curto, capaz de apreender detalhes e sintomas, assim como os filões historiográficos que revelam. Parece adequado, por isso, realizar o estudo de caso pelo modelo indiciário proposto por Carlo Ginzburg (1989), desenvolvido para uma escala de análise micro-histórica, situada no plano dos acontecimentos.

O evento escolhido foi descoberto em pesquisas anteriores, realizadas em três gazetas partidárias da imprensa política paranaense, nos últimos anos da monarquia constitucional: 1) *Dezenove de Dezembro*, órgão do partido liberal; 2) *Gazeta Paranaense*, órgão do partido conservador; 3) *A Republica*, órgão do clube republicano. A investigação dessas três fontes básicas conduziu à descoberta de todas as demais, devidamente expostas ao longo da narrativa.

A escolha de um episódio provincial, um tanto inóspito e aparentemente irrelevante é coerente com a diretriz metodológica indiciária, que atribui relevância central às fontes menores, por conterem tanto exceções particulares quanto regras gerais. Segundo Ginzburg, “o *hors-texte*, o que está fora do texto, está também dentro dele, abriga-se entre as suas dobras: é preciso descobri-lo e fazê-lo

falar” (GINZBURG, 2002, p. 42). O desafio micro-histórico consiste em encontrar o que há de estável e duradouro em episódios efêmeros.

Ao se analisar a discussão pública em torno das eleições para a assembleia provincial do Paraná em 1888, de início, apresentam-se os clãs familiares que orquestram o cenário político-constitucional paranaense. Em seguida, introduz-se a disputa interpretativa pelo sentido da legislação eleitoral, pela qual as oligarquias políticas disputam o legislativo provincial. Depois, delineiam-se as primeiras relações entre centro e província, com destaque para a ingerência do poder executivo central nas questões provinciais. No próximo ponto, a circularidade da discussão pública apresenta-se sobretudo pela discussão de questões provinciais no parlamento nacional e pela apreciação dos discursos parlamentares na imprensa da província. O último ponto, por fim, narra o desfecho da disputa interpretativa paranaense.

Ao longo da exposição, o que parecia conflito de poder local revela-se também questão geral do Brasil Império, com destaque para o modelo constitucional então vigente, que fazia água quando se tratava de poderes regionais. Além disso, tiram-se também conclusões sobre a opinião pública como conceito metodológico.

2 OLIGARQUIAS EM DISPUTA PELA ASSEMBLEIA PROVINCIAL

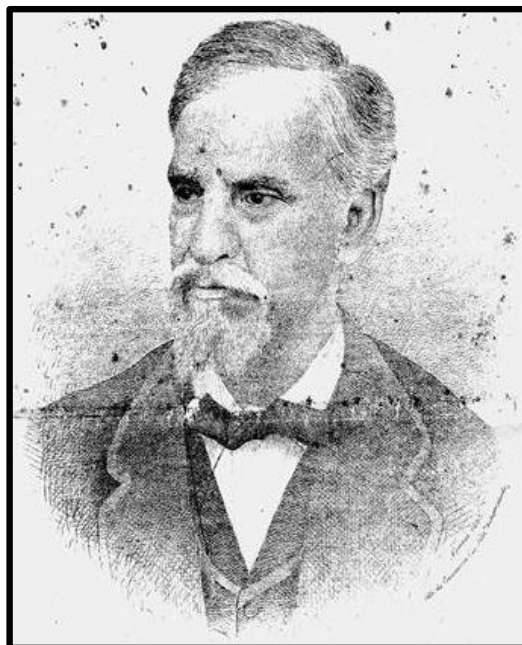
No período investigado, o cenário político na província do Paraná era dominado por oligarquias familiares, consolidadas pelo casamento, pela subserviência e pela troca de favores (LOBO e SOUZA, 2018). Um panorama mais completo das relações de força provinciais pode ser encontrado no excelente estudo de Alves (2014). Para o presente estudo de caso, interessa apenas a predomínio de dois grandes clãs em fins do Império, um organizado em torno do partido conservador, outro em torno do partido liberal paranaense.

Resultado da aliança entre as famílias Correia e Guimarães, esta representada pelo Visconde de Nácar, o clã Correia-Nácar aparelhava o partido da ordem para fazer valer seus interesses. Dominava o Paraná durante situações conservadoras no governo geral, especialmente pela influência do senador Correia³ nos altos círculos imperiais. Isso era possível porque os ocupantes do poder executivo das províncias não eram eleitos, mas livremente nomeados pelo executivo central, que impunha a todo o país presidentes de província de seu matiz partidário. Tinha por porta-voz a *Gazeta Paranaense*, órgão do partido conservador.

Constituído pelo “casamento de famílias do litoral com famílias dos campos gerais [, por sua vez, o] clã Oliveira e Sá e Alves de Araújo” (ALVES, 2014, p. 92) tinha por chefe supremo Jesuíno Marcondes de Oliveira e Sá⁴. Fazia do partido liberal o instrumento de seus interesses, e, na última década do Império, desfrutava de confortável maioria no poder legislativo do Paraná, isto é, na assembleia provincial. Tinha por representante no tribunal da opinião o *Dezenove de Dezembro*, órgão do partido liberal.

3 Nascido em 1831 na cidade de Paranaguá, o senador e conselheiro de estado Manoel Francisco Correia era filho do deputado provincial Manoel Francisco Correia Júnior e neto do tenente-coronel Manoel Francisco Correia, o velho. Era irmão de Ildefonso Pereira Correia, o barão do Serro Azul. Nunca teve muito trânsito no Paraná, tendo deixado a região de sua família desde cedo para estudar e seguir a carreira de funcionário imperial. Formou-se bacharel pela Faculdade de Direito de S. Paulo em 1854, tendo exercido diversos cargos de destaque no Império e na República, como o de 1º oficial e chefe da secretaria de estado dos negócios do império e o de presidente do tribunal de contas da república. À província, volta apenas para ser eleito senador Império em 1875, em substituição ao barão de Antonina. Durante a monarquia constitucional, era personagem de enorme influência no Rio de Janeiro, tendo fundado e participado de várias sociedades humanitárias e científicas, assim como atingido os cargos de maior prestígio entre o alto funcionalismo imperial (NEGRÃO, 1928, pp. 277-279).

4 Nascido na Palmeira a 1º de junho de 1827, “era filho do Alferes de Milícias José Caetano de Oliveira, depois barão do Tibagi, e de sua mulher Querubina Rosa Marcondes de Sá, baronesa e mais tarde viscondessa do Tibagi”. Formou-se bacharel pela Faculdade de Direito de S. Paulo, atuou como representante em diversas legislaturas provinciais e gerais, ocupou a presidência da província por mais de uma vez, foi ministro da agricultura e “chefe supremo do partido liberal no Paraná” (NEGRÃO, 1928, p. 74-76).



1. O Sr. Conselheiro Jesuíno Marcondes de Oliveira e Sá (*Revista do Paraná*, Curitiba, 22 de novembro de 1887, p. 1).

Estabelecendo modelo institucional de eleições diretas, a reforma eleitoral de 1881 favoreceu o partido liberal no Paraná, garantindo-lhe maiorias na assembleia mesmo sob a pressão eleitoral de governos conservadores (ALVES, 2014, p. 281-286). Diante da dificuldade de governar com legislativo marcado pela hegemonia da oposição, em 1888, a oligarquia Correia-Nácar planejou conquistar a maioria do legislativo por fraudes, pois “desde 1879” se via privado da maioria para influir nas deliberações da assembleia provincial (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 28 de agosto de 1889, p. 2).

Eis o cenário de uma interessante disputa interpretativa sobre o sentido da legislação eleitoral, a qual atribuía roupagem jurídica a interesses pessoais e familiares em conflito.

2.1 A disputa interpretativa pelo sentido da lei eleitoral

Com a reforma eleitoral de 1881, as eleições passaram a ser diretas. Os pleitos corriam nas assembleias paroquiais, sendo a mesa eleitoral presidida pelo juiz de paz em exercício. Realizadas as eleições, os membros das mesas redigiam atas eleitorais, as “autênticas”, com o

nome dos candidatos e o número de votos recebidos. Na capital de cada distrito eleitoral, reuniam-se juntas apuradoras para aferir o resultado geral das eleições nas paróquias. Compostas pelos juizes de paz presidentes das mesas paroquiais e, por sua vez, presididas por um juiz de direito, as juntas expediam diplomas provisórios aos considerados eleitos. Provisórios porque, segundo Carta⁵ e Ato Adicional⁶, cabia às casas legislativas conhecer da validade das eleições que as constituíam, assim como verificar os poderes de seus membros.

Apesar de suas intenções expressas, a Lei Saraiva, de 9 de janeiro de 1881, instituiu modelo incapaz de eliminar as fraudes eleitorais. As juntas apuradoras foram um dos alvos mais visados pelas facções, pois possibilitavam “o processo da fraude sorrateira, que não se envergonha da luz do sol”, diferente das antigas eleições, “feitas a bacamarte e a pau” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 9 junho de 1888, p. 1).

Isso ocorria, em parte, pela dubiedade na interpretação do art. 177 do Regulamento Eleitoral⁷. Determinava não apenas limitarem-se as juntas apuradoras “a somar[em] os votos mencionados nas diferentes autênticas”, mas também atenderem apenas “às das eleições feitas perante mesas organizadas de conformidade com as disposições da secção 1^a deste capítulo”. Poderiam as juntas conhecer da validade das eleições, somando apenas os votos das consideradas válidas? Essa atribuição não seria exclusiva das casas legislativas a que se disputavam os pleitos eleitorais?

5 Constituição Política do Império do Brasil: “Art. 21. A nomeação dos respectivos Presidentes, Vice Presidentes, e Secretários das Câmaras, verificação dos poderes dos seus Membros, Juramento, e sua polícia interior, se executará na forma dos seus Regimentos” (BRASIL, 1824)

6 Ato Adicional de 1834: “Art. 6^o A nomeação dos respectivos Presidentes, Vice-Presidentes e Secretários, verificação dos poderes de seus membros, juramento, e sua polícia, e economia interna, far-se-ão na forma dos seus Regimentos, e interinamente na forma do Regimento dos Conselhos Gerais de Província” (BRASIL, 1834).

7 Decreto n. 8.213, de 13 de agosto de 1881: “Art. 177. Na apuração a junta se limitará a somar os votos mencionados nas diferentes autênticas, atendendo somente às das eleições feitas perante mesas organizadas de conformidade com as disposições da secção 1^a deste Capítulo, e procederá pelo modo estabelecido nos arts. 159, 160 e 161, servindo de secretário um dos membros da mesma junta designado pelo presidente desta” (BRASIL, 1881).

Em torno dessa dúvida interpretativa combateram-se as relações de força dominantes na província do Paraná, tendo em vista conquistar a maioria da assembleia provincial na legislatura de 1888 a 1889. A discussão pública teve início quando o jornal do governo anunciou a vitória do partido conservador na apuração das eleições do 1º distrito eleitoral, “atentas algumas nulidades de colégios onde foram feitas as eleições sem as formalidades legais” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 4 de janeiro de 1888, p. 1). “A maioria da junta apuradora do 1º distrito, reunida ontem, sob a presidência do íntegro magistrado, Dr. Joaquim José Teixeira”, respondia o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 5 de janeiro de 1888, p. 1), “usurpou, por meio de uma ilegal e criminosa subtração de votos, os diplomas que a vitória das urnas outorga aos deputados da oposição”.

E o órgão liberal esclarecia, “10 juízes de paz governistas” elaboraram um “protesto contra a validade” das eleições em algumas paróquias, a fim de desconsiderar os votos desses pleitos na diplomação. Para o juiz de direito presidente da apuração, essa pretensão “feria escandalosamente a lei”, e “excedia das atribuições da junta, nos termos do Decreto n. 8308 de 17 de Novembro de 1881”. Para não “fazer pressão sobre a maioria da junta”, porém, o magistrado acolheu o protesto, declarando-se vencido, o que fez constar em ata: “Joaquim José Teixeira, vencido. A maioria da junta exorbitou de suas atribuições, pois falta-lhe competência para julgar da legitimidade das eleições, cujo conhecimento é privativo, pela Constituição, da assembleia provincial”. E censurava, “seu procedimento é tão mais notável quanto, ao passo que anula as eleições do Iguazu e de Votuverava, aprova outras, a despeito de suas nulidades” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 5 de janeiro de 1888, p. 1).

Denunciada pelo garante da legalidade, a anulação seletiva resultara na exclusão de quatro “deputados opositoristas eleitos pelo 1º distrito” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 5 de janeiro de 1888, p. 1), isto é, quatro candidatos do partido liberal paranaense, em oposição ao governo provincial conservador.

Situado na região dos campos gerais e com capital em Castro, o 2º distrito era dominado pelo clã Oliveira e Sá e Alves de Araújo. Nele, vinha sucessivamente conquistando todas as doze vagas para a assembleia provincial. Pode-se imaginar a surpresa da oposição quando o jornal do governo anunciou, com base em “telegrama recebido anteontem de Castro”, o “resultado final” da apuração: “deputados conservadores diplomados oito, liberais quatro. Viva o partido conservador do 2º distrito!” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 8 de janeiro de 1888, p. 2).

“Não é possível que a opinião pública assista indiferente e sem revoltar-se, cheia de indignação, contra semelhante tentativa de espoliação, prenúncio de horrorosas violências”, protestava o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 7 de janeiro de 1888, p. 1). Composta por nove juízes de paz liberais, cinco conservadores e sob a presidência do juiz de direito José Alfredo de Oliveira, a junta apuradora do 2º distrito diplomara 12 candidatos liberais, segundo telegrama recebido pelo órgão liberal. Conforme “novos telegramas do mesmo nosso amigo”, conselheiro Manoel Alves de Araújo⁸, “os juízes de paz conservadores (...), não tendo obtido que a maioria da junta anulasse as eleições” de três paróquias, “retiraram-se e foram lavar um protesto perante o tabelião”. Nisso, a minoria elaborara apuração fraudulenta, resultando na pretensa vitória anunciada pelo jornal do governo.

Em representação “à Nação e ao governo imperial de sua Alteza a Princesa Regente em nome do Imperador”, os juízes de paz em maioria na junta apuradora do 2º distrito esclareciam como a minoria dissidente gerou uma duplicata de apurações. A legítima “verificou-se

8 Nascido em Morretes a 19 de março de 1836, Manoel Alves de Araújo pertencia à família mais rica da antiga 5ª comarca de São Paulo, depois emancipada em província do Paraná. Unido por casamento à família do barão dos Campos Gerais, formou-se bacharel na Faculdade de Direito de S. Paulo em 1859. Atuou em Paranaguá como advogado e jornalista, foi deputado provincial e presidente da assembleia do Paraná em diversas oportunidades, assim como deputado geral em outras tantas ocasiões e, numa delas, ocupou a presidência da Câmara dos Deputados. No poder executivo, foi ministro da agricultura e presidente da província de Pernambuco (NEGRÃO, 1928, pp. 70-71).

contando-se todos os votos de todas as autênticas do distrito”, explicavam os juízes eletivos, “expedindo-se diplomas aos doze cidadãos mais votados, todos pertencentes à parcialidade liberal, que possui notável maioria, já reconhecida em muitos e repetidos pleitos eleitorais” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 12 de janeiro de 1888. p. 1).

Indeferido o requerimento da minoria conservadora para anular algumas eleições, os vencidos se teriam retirado sem declarar coisa alguma, nem assinar a ata da apuração. Sob a presidência do juiz de direito, os demais teriam continuado os trabalhos. Apenas dois dias depois teriam tido conhecimento de uma segunda apuração realizada pelos dissidentes, com a diplomação de oito conservadores e quatro liberais, “ato clandestino dos cinco juízes retirantes ou de alguns deles, todos constituindo a minoria da junta” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 12 de janeiro de 1888. p. 1).

Como ficou confirmado semanas depois, fora antedatada a ata da minoria dissidente, forjada dias após os trabalhos oficiais da junta apuradora (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 1º de fevereiro de 1888, p. 1).

Segundo o órgão liberal, tratava-se de “perverso e tenebroso plano” arquitetado pelo poder executivo provincial (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 7 de janeiro de 1888, p. 1), representante dos interesses da oligarquia Correia-Nácar. Confirmando a versão sobre o plano de conquistar a maioria do legislativo provincial, *A Republica* (Curitiba, 9 de janeiro de 1888, p. 1) lamentava, “o governo não se conforma com a derrota das urnas e recorre à trapaça e quiça mais tarde à violência”. E o órgão do clube republicano incitava “os homens livres” a mostrarem ao poder constituído que “desprezam a velhacada e não temem o despotismo”.

De início, sem assumir a existência de um plano do governo provincial, o órgão conservador fez defesa genérica da “maioria da junta apuradora desta capital”, ou seja, do 1º distrito. Apenas teria conferido, afinal, “diploma aos deputados legitimamente eleitos, atentos os vícios de algumas paróquias onde, por serem feitas as

eleições sem as formalidades exigidas por lei, estão manifestamente nulas” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 10 de janeiro de 1888, p. 1).

No editorial *A apuração e os liberais*, no entanto, passou a defender a competência das juntas para anular eleições com base em precedentes legislativos. Embora possa causar estranhamento atualmente, essa doutrina estava de acordo com o constitucionalismo da época, fundado na proeminência do legislativo sobre os demais poderes (FIORAVANTI, 2009, p. 34-47). “Esquecidos do que praticaram, em épocas bem recentes, firmando nas juntas apuradoras um precedente”, objetava a *Gazeta Paranaense* (Curitiba, 14 de janeiro de 1888, pp. 1-2), “censuram hoje, possuídos de ridícula indignação, aquilo que fizeram nossos amigos, seguindo o exemplo que lhes foi dado”.

Nas eleições provinciais de 25 de dezembro de 1883, a maioria liberal da junta apuradora do 1º distrito anulara, pretextando “verdadeiras futilidades”, as eleições de duas paróquias, de forma que, “vencidos nas urnas, os liberais constituíram-se, entretanto, em maioria na assembleia provincial, pela depuração de candidatos do nosso partido”. Essa inteligência do art. 177 do Regulamento Eleitoral fora acolhida “pela assembleia provincial, que encampou na verificação de poderes o ato das juntas apuradoras”. Ficara “o precedente [...] estabelecido” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 14 de janeiro de 1888, pp. 1-2).

Negando ter alguma vez constituído “juntas apuradoras em minoria para defraudar o voto” do eleitorado, o órgão oposicionista censurava os ocupantes de altos cargos no governo provincial, “réus da falsa apuração dos votos do 2º distrito, por meio da qual e com auxílio da força pública” pretendia-se “constituir uma falsa assembleia provincial, com doze falsos deputados”, do total de vinte e quatro (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 14 de janeiro de 1888, p. 1).

Desvelando os bastidores do teatro político, o redator do *Dezenove* prevenia o então presidente da província, Antônio Ricardo

dos Santos⁹, contra o clã Correia-Nácar. Procurava “fazê-lo compreender que *amigos*, cujo maior interesse está em prejudicá-lo, o induzem a ter um procedimento inqualificável, servindo de instrumento de ruins paixões e de interesses ilegítimos, com o que ele só tem a perder e os seus instigadores têm tudo a ganhar” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 14 de janeiro de 1888, p. 1).

Como poderiam os liberais contestar a nulidade de algumas eleições, disputava a *Gazeta Paranaense* (Curitiba, 15 de janeiro de 1888, p. 2), quando decorria da interpretação do art. 177 do Regulamento Eleitoral, por eles consolidada na assembleia do Paraná? De acordo com ela, as juntas apuradoras não apenas contavam votos; também fiscalizavam a regularidade das eleições, sendo válidas somente as feitas perante mesas organizadas de acordo com a legislação eleitoral. E concluía, “arredar as eleições dessas paróquias, [...], foi um ato que praticou a maioria da Junta, com apoio na lei e nos precedentes, exercendo suas legítimas atribuições”, evitando se pronunciar sobre o pleito do 2º distrito eleitoral.

Conforme o *Dezenove*, porém, o art. 177 do Regulamento devia ser interpretado à luz do art. 6º do Ato Adicional, que atribuía às assembleias provinciais a verificação dos poderes de seus membros e, portanto, a competência para conhecer da validade das eleições. De acordo com a constituição, dessa forma, as juntas apuradoras não poderiam exercer a atribuição constitucional de outro órgão por força de dispositivo inferior do sistema jurídico. Supondo por um momento que pudessem exercê-la, porém, seria “preciso amontoar argumentos para demonstrar-se que os cinco juízes de paz, formando a minoria da junta, não podiam impor a sua opinião à maioria e a seu presidente?” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 1º de fevereiro de 1888, p. 1).

9 Nascido em Morretes a 22 de novembro de 1819, Antônio Ricardo dos Santos era filho do sargento-mor Antônio Ricardo dos Santos. Também conhecido como comendador Dodoca, foi importante capitalista e industrial do mate. Militava no partido conservador, exercendo diversos cargos de eleição popular, como o de vereador e deputado provincial. Foi presidente interino da província do Paraná quando Faria Sobrinho deixou o cargo (NEGRÃO, 1928, pp. 130-131).

Ante tais críticas, o órgão governista se limitava a defesas genéricas, recorrendo a argumentos falaciosos. Mencionava o “desvario” do “órgão liberal”, que “reclama sérios cuidados da ciência”, e alegava ter dado “as razões, aliás muito justas, pelas quais foram diplomados oito candidatos conservadores e quatro liberais pela honrada minoria da junta apuradora do 2º distrito” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 19 de janeiro de 1888, p. 1).

Após assumir que a diplomação fora realizada pela minoria do órgão, continuava os ataques ao redator liberal, que teria levantado “uma grande falsidade quando taxou de clandestino e criminoso o procedimento de nossos amigos, que mais não fizeram que seguir exemplos dados por nossos adversários, em precedentes que firmaram” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 24 de janeiro de 1888, p. 2). E concluía a defesa com afirmação dúbia, a “próxima assembleia provincial, rujam embora os nossos adversários, será constituída tão legitimamente como todas as que a tem antecedido” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 31 de janeiro de 1888, p. 2).

2.2 Particular e geral: primeiros contatos

Nessa altura, a disputa entre oligarquias familiares começa a atingir instâncias mais elevadas, revelando as primeiras relações entre centro e província. A segunda instância da opinião pública, isto é, a imprensa do Rio de Janeiro, aparece pela primeira vez numa transcrição do *Dezenove de Dezembro*. Mas de forma discreta. Mais importantes nas relações entre particular e geral, neste ponto, são os recursos ao governo geral, seja na figura do presidente do conselho de ministros, a quem recorrem os liberais, seja na figura do ministro do império, a quem recorrem os conservadores.

Prevista para 15 de fevereiro, a abertura da sessão legislativa provincial se aproximava. Acirravam-se as relações de força paranaenses. Os acontecimentos se precipitavam. “Consta que o sr.

presidente do conselho¹⁰ dirigiu aos chefes liberais desta província”, informava *A Republica* (Curitiba, 15 de janeiro de 1888, p. 3), “um telegrama assegurando que o governo geral evitará os escândalos premeditados pelos conservadores daqui em relação à assembleia provincial”. Pelas asas do telégrafo, a disputa de poder provincial despontava nos altos círculos do poder.

Não satisfeitos com mero telegrama, “seguiram para a corte os drs. Alves de Araújo e Generoso M. dos Santos, a fim de obter de S. A. Imperial Regente¹¹ a entrada na assembleia provincial desta capital para os deputados eleitos de seu partido”. E órgão republicano instigava, “segundo consta virão com carta branca para o combate de 15 de fevereiro” (*A Republica*, Curitiba, 30 de janeiro de 1888, p. 1).

Em tom satírico, adiante confidenciava, “dizem uns que o conselheiro Alves de Araújo foi pedir vênua à regente para mostrar ao rei Cotegipe o *ultimatum* dos nove juizes de pazes”, ou seja, o protesto da maioria da junta do 2º distrito. Caso “o conselheiro não arranje nada”, o “Generoso”, por sua vez, “se entenderá com a casa Laport para fornecer” mil espingardas “à legião cívica que tem de embrenhar-se na defesa das complicações eleitorais” (*A Republica*, Curitiba, 30 de janeiro de 1888, p. 3).

10 Presidente do conselho de ministros era o chefe do poder executivo geral, nomeado diretamente pelo titular do poder moderador. Nomeava, por sua vez, os demais integrantes do ministério. Espécie de primeiro-ministro, portanto.

11 Nesse momento, a princesa Isabel atuava como regente constitucional. Quem realmente lidava com as questões de governo, no entanto, era o barão de Cotegipe, presidente do conselho de ministros. O fato não passava despercebido da imprensa republicana, que se opunha fortemente ao terceiro reinado.



2. O Dr. Generoso Marques dos Santos¹² (*Revista do Paraná*, Curitiba, 23 de outubro de 1887, p. 1).

Em meio ao cenário conflituoso, vinha a público um impressionante manifesto *À Província*, assinado por grandes líderes do partido conservador, como visconde de Nacar e Ildefonso Pereira Correia, futuro barão do Serro Azul. O clã Correia-Nacar assumia abertamente a autoria de um plano eleitoral para conquistar a maioria do legislativo paranaense, que há tempos não dominava e sem o qual não podia governar com plena satisfação dos interesses pessoais e de família.

“Estabelecido [...] nas juntas apuradoras e na assembleia provincial o princípio de que as mesmas juntas têm competência para conhecer de nulidades das eleições paroquiais”, os fidalgos, “por si e em nome dos chefes locais do partido”, assumiam “a responsabilidade dos atos praticados pelos juízes de paz, seus correligionários, na apuração das últimas eleições provinciais em um e outro distrito”. Há

12 Nascido em Curitiba a 13 de janeiro de 1844, formou-se bacharel pela Faculdade de Direito de S. Paulo em 1865, tendo exercido diversos cargos de eleição popular no Paraná. Foi deputado provincial por diversas vezes, presidente da assembleia provincial e deputado geral. Continuou sua larga carreira política na república, como deputado estadual, presidente da constituinte paranaense, primeiro presidente do estado do Paraná e senador pelo mesmo estado por vários anos, apurando-se para este cargo seguidas vezes (NEGRÃO, 1927, pp. 119-121).

“muitos anos em maioria na assembleia”, esclareciam, o partido liberal insistiria em sobrepor “os interesses partidários” às “conveniências públicas” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 1º de fevereiro de 1888, p. 2).

O patriotismo imporia “o dever de defender a todo transe a legalidade eleitoral, a fim de constituir a maioria daquela corporação”. Para que o Paraná não ficasse desgovernado, alegavam, deveriam operar sem atritos nem entraves as engrenagens do mecanismo constitucional, isto é, “o poder administrativo, representado pelo presidente da província, e o legislativo, representado pela maioria da assembleia” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 1º de fevereiro de 1888, p. 2).

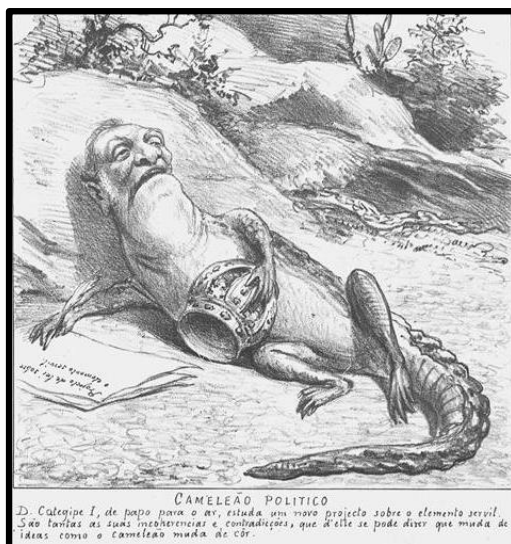


3. Barão do Serro Azul (*A Galeria Ilustrada*, Curitiba, 20 de novembro de 1888, p. 5).

Os liberais recorreram não apenas ao governo geral, como visto, mas também à segunda instância do tribunal da opinião, expondo a situação da província pela *Gazeta da Tarde*, periódico do Rio de Janeiro, transcrito nas colunas do *Dezenove*. “Agita os ânimos naquela província a próxima verificação de poderes na assembleia provincial”. Os manejos do partido conservador paranaense, afinal, faziam acreditar na “pretensão de usurpar o voto da província por meio do emprego da força, podendo daí resultar conflitos que em tempo deve o

governo imperial impedir” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 4 de fevereiro de 1888, p. 1, apud *Gazeta da Tarde*, Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1888, p. 1)¹³.

Os representantes liberais enviados à corte para resolver o conflito, continuava a folha central, “entenderam-se com o sr. barão de Cotegipe”, presidente do conselho de ministros, “que lhes assegurou que a lei seria respeitada, partindo quanto antes para o Paraná o presidente nomeado” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 4 de fevereiro de 1888, p. 1, apud *Gazeta da Tarde*, Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1888, p. 1). Na mesma edição em que transcrevia a sentença moral, o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 4 de fevereiro de 1888, p. 2) comemorava a nomeação do novo presidente do Paraná, José Cesário de Miranda Ribeiro.



4. Camaleão Político: D. Cotegipe I, de papo para o ar, estuda um novo projeto para o elemento servil. São tantas as suas incoerências e contradições que dele se pode dizer – que muda de ideias como o camaleão muda de cor (*Revista Illustrada*, Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 1888, p. 1).

“Chegou hoje a esta capital e assumirá amanhã a administração da província o exm. sr. dr. José Cesário de Miranda Ribeiro, presidente

13 Num movimento de ir e vir, a discussão pública partia da província ao Rio, retornava do Rio à província, sobretudo por meio das transcrições de notícias circulantes na capital do Império pela imprensa política provincial. Para exprimir essa realidade surpreendentemente comum, optou-se pelas citações unindo dois periódicos por “apud”. Ambos foram pesquisados, mas o segundo foi transcrito pelo primeiro.

ultimamente nomeado” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 8 de fevereiro de 1888, p. 1). Bem a tempo de exercer a delicada tarefa de gerenciar as relações de força locais, visto que, como a sessão legislativa teria início a 15 de fevereiro, “a 1ª sessão preparatória se efetuará no dia 11 (...), sob a presidência do exm. sr. conselheiro Manoel Alves de Araújo, devendo nessa sessão proceder à eleição da comissão de poderes” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 8 de fevereiro de 1888, pp. 1-2).

Conforme testemunho de *A Republica* (Curitiba, 13 de fevereiro de 1888, p. 2), “o bando de deputados” já alterava a paisagem da capital, “uns circunspectos como pais da pátria, outros *dandys*, chapelinho desabado, pince-nez, estes pelas casas comerciais, aqueles pelas portas dos hotéis”.

Diante de conflito iminente e tendo acabado de assumir a administração do Paraná, Miranda Ribeiro recorreu à prerrogativa atribuída aos presidentes pelo art. 24, § 2º, do Ato Adicional¹⁴. Considerando os “múltiplos, variados e momentosos negócios desta província”, assim como suas “graves circunstâncias financeiras”, resolvia “adiar a reunião da assembleia legislativa provincial (...) para o dia 14 de maio do corrente ano” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 11 de fevereiro de 1888, p. 1).

Isso no mesmo dia em que ocorreria a sessão preparatória do legislativo provincial, particularmente a verificação de poderes de seus membros. Ante o efeito implícito de ao menos postergar o plano da oligarquia conservadora, ao *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 11 de fevereiro de 1888, p. 2) pareciam “de incontestável procedência os fundamentos desse ato”. Segundo *A Republica* (Curitiba, 13 de fevereiro de 1888, p. 2), era “uma boa resolução”.

A harmonia entre oposição liberal e governo conservador, porém, seria logo alterada pelas relações de força e influências: “as

14 Ato Adicional: “Art. 24. Além das atribuições, que por Lei competirem aos Presidentes das Províncias, compete-lhes também: (...) § 2º Convocar a Assembleia Provincial extraordinariamente, prorrogá-la e adia-la, quando assim o exigir o bem da Província; com tanto porém que em nenhum dos anos deixe de haver sessão” (BRASIL, 1834).

preferências injustas e revoltantes” teriam permanecido a prática do executivo paranaense. Indiferente às “reclamações da opinião, que desde princípio indicou ao governo a providência a tomar”, ameaçava o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 14 de abril de 1888, p. 1), “cedo não faltará quem descreia até das *boas intenções* do sr. dr. Miranda Ribeiro”.

Facções políticas em aberto conflito, crise financeira iminente, funcionários há mais de ano sem vencimento deviam constituir grande impasse à administração isenta perante clãs ávidos de funcionalismo e recursos públicos. Ante a pressão das circunstâncias, o chefe do executivo provincial cedeu a um dos grupos solicitantes. Imerso em práticas de política pessoal, Miranda Ribeiro optara não tanto pelo partido, quanto pelas relações de que se beneficiava.

De acordo com testemunho de *A Republica* (Curitiba, 3 de abril de 1888, p. 1), o presidente seria “protegido do senador Correia, que aproveitou a vaga na administração desta província para encarrear o seu filhote”. Essa relação de dependência explica a consulta da presidência ao ministério do império, responsável em matéria de legislativos de província: “O presidente da província em ofício ao ministério do império aconselha ao governo geral a suspensão do decreto que alterou o regimento interno da assembleia provincial, que designa o presidente da última legislatura provincial para dirigir as sessões preparatórias” da subsequente, alertava o órgão antimonárquico.

O presidente da sessão legislativa anterior fora Manoel Alves de Araújo, destacado chefe do clã Oliveira e Sá e Alves de Araújo, e cunhado de Jesuíno Marcondes. Bem posicionado para a verificação de poderes, esse presidente da assembleia não convinha aos planos do clã Correia-Nácar. Não por acaso, a folha republicana sentenciava, “essa simples proposta do presidente do Paraná revela bem suas sinistras intenções em relação à assembleia provincial”, e seria típica de “pimpolhos que nada entendem dos nossos negócios” (*A Republica*, Curitiba, 3 de abril de 1888, p. 1).

O *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 29 de março de 1888, p. 2), por sua vez, transcrevia o aviso ministerial encaminhado em 19 de março pelo ministro do império, em resposta à consulta de Miranda Ribeiro. Reconhecido intérprete do direito e da constituição, o governo discordava de seu delegado na província, e entendia que o Ato Adicional deixava aos legislativos provinciais “ampla liberdade na organização de seus regimentos, salvo no que diga respeito à discussão e aprovação de projetos de leis e resoluções”.

“Tendo s. ex. o sr. dr. José Cesário de Miranda Ribeiro pedido exoneração do cargo de presidente desta província”, anunciava a *Gazeta Paranaense* (Curitiba, 27 de março de 1888, p. 1), “respondeu o exm. sr. ministro do império dizendo não haver motivo algum para que o digno e ilustre administrador deixasse de se achar à testa dos negócios públicos do Paraná”. Ante o citado aviso ministerial, o presidente já não considerava mais viável sua administração. Aderindo ao projeto de poder da família dominante no partido conservador, indisputara-se com o clã Oliveira e Sá e Alves de Araújo, senhor da assembleia provincial.

“Segundo o respectivo regimento, a 1ª sessão preparatória da assembleia desta província terá lugar no dia 10 de maio próximo”, anunciava o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 29 de abril de 1888, p. 1). O silêncio subsequente da imprensa expressava a tensão entre as relações de força, sendo quebrado apenas no dia da sessão preparatória. No artigo *DUAS ASSEMBLEIAS PROVINCIAIS!*, o órgão republicano noticiava ter ocorrido “a 1ª sessão preparatória da assembleia provincial”, presidida “na forma do regulamento” pelo “conselheiro Alves de Araújo” (*A Republica Curitiba*, 10 de maio de 1888, p. 3).

Ao apresentarem-se “diplomas e *diplomas*”, continuava, nem todos os pretendentes entraram na lista dos diplomados. Nessa ocasião, um conservador pedira “a palavra pela ordem”, estranhando “que não sejam considerados diplomados outros correligionários seus (*As galerias prorrompem em garalhadas*) [...] eleitos pelo 2º distrito”. Atendendo ao pedido de explicações, o presidente da assembleia

esclarecera, “só considera[va] diplomas os documentos assinados pela maioria da junta apuradora e pelo juiz de direito”, razão pela qual deixava de reconhecer os emitidos pela minoria da junta do 2º distrito (*A Republica*, Curitiba, 10 de maio de 1888, p. 3).

O Alves de Araújo garantia maioria para eleger a comissão de verificação de poderes e deliberar sobre o ocorrido nas apurações. Protestando contra “o justo procedimento do presidente”, os conservadores retiraram-se e foram “constituir outra assembleia na câmara municipal”. E *A Republica* (Curitiba, 10 de maio de 1888, p. 3) ironizava, “sem dúvida é por falta de deputados que os negócios da província têm corrido mal: em boa hora o reconhecem os conservadores e por conta própria elevam o número de 24 a 36”.

Não satisfeitos com a duplicata, publicavam no jornal governista a ata da sessão preparatória realizada pelo legislativo irregular, na qual criticavam “o presidente interino sr. conselheiro Manoel Alves de Araújo” por ter “se recusado a aceitar os diplomas dos deputados pelo 2º distrito eleitoral desta província, para serem admitidos a votar na eleição de verificação de poderes”, ao mesmo tempo que contemplava “deputados liberais [com diplomas] contestados, tudo com o fim de excluir os da parcialidade política contrária” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 12 de maio de 1888, p. 2).

Constante na mesma edição e página, o editorial da folha oficial censurava Alves de Araújo por usurpar atribuições da “comissão de verificação de poderes”, não acolhendo o requerimento de que “só fossem considerados na chapa para a eleição de verificação de poderes os deputados cujos diplomas não eram contestados”. Embora o regimento interno da assembleia provincial não previsse semelhante caso, seria aplicável subsidiariamente o da câmara dos deputados, segundo o qual “as comissões de verificação de poderes são eleitas somente pelos deputados cujos diplomas não sofrem contestação” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 12 de maio de 1888, p. 2).

O art. 6º do Ato Adicional¹⁵, no entanto, atribuía ampla competência aos legislativos provinciais na verificação de poderes, sem condicionar a autonomia regional ao respeito a normas constitutivas dos poderes gerais. Segundo a objeção do *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 19 de maio de 1888, p. 1), ademais, “quem tal alegou não leu, ou se leu, não compreendeu o regimento da câmara dos deputados”. E acrescentava, “ali o presidente interino é quem nomeia a comissão encarregada de organizar as listas dos deputados cuja eleição sofre ou não contestação”.

Não havia argumentos capazes de justificar a estratégia da oligarquia Correia-Nácar para conquistar a maioria do legislativo provincial. Conservador e apadrinhado do senador Correia, o próprio Miranda Ribeiro, “usando da atribuição do art. 24, § 2º, do Ato Adicional à Constituição do Império”, resolvia “adiar para o dia 18 de junho do corrente ano a reunião da assembleia legislativa provincial”. O fundamento do ato presidencial consistia na “estranha anomalia que ora ocorre nos trabalhos das sessões preparatórias da assembleia provincial legislativa, anomalia de que resultará uma duplicata de assembleias provinciais, provindo de semelhante fato graves dificuldades para a administração pública” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 12 de maio de 1888, p. 3).

Se o primeiro adiamento merecera os elogios, o segundo renderia a José Cesário de Miranda Ribeiro o apelido de presidente sem cabeça: “Por *estranha anomalia*,/Dessas que descem de além/O Luz já diz que *José*/Nem sequer cabeça tem” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 12 de maio de 1888, p. 3).

2.3 O tribunal da opinião: circularidade da discussão pública

15 Ato Adicional de 1834: “Art. 6º A nomeação dos respectivos Presidentes, Vice-Presidentes e Secretários, verificação dos poderes de seus membros, juramento, e sua polícia, e economia interna, far-se-ão na forma dos seus Regimentos, e interinamente na forma do Regimento dos Conselhos Gerais de Província” (BRASIL, 1834).

O Sr. Alves de Araújo: V. Ex. está acostumado com as eleições antigas, feitas a bacamarte e a pau; mas essa de que se trata é diferente, é o processo da fraude sorrateira que não se envergonha da luz do sol...

O Sr. Zama: Eu pensei que só no norte é que havia isso.

Anais da Câmara dos Deputados

Circulando em distintos níveis, a discussão pública passa a realizar movimentos complexos: do particular ao geral, do geral novamente ao particular, num interessante movimento de ir e vir capaz de revelar mais do cenário geral e implícito em que se travava o conflito de interpretação eleitoral. O que parecia decorrer de relações de força específicas do Paraná revela-se, na verdade, apenas uma jogada dos clãs familiares no tabuleiro geral do Brasil Império. Disputas semelhantes ocorriam em outras províncias.

Para introduzir à narrativa a circularidade da discussão pública, é interessante retomar os versos com que se encerrou o ponto 1.2, os do presidente sem cabeça. Intitulados *Fritz Mack*, satirizavam não tanto José Cesário de Miranda Ribeiro, quanto os aspirantes a deputado *fabricados* nas juntas apuradoras.

Ao mesmo tempo que discutia a questão eleitoral do momento, a imprensa paranaense também debatia sobre vinhos artificiais, fabricados no Rio de Janeiro sob a marca *Fritz Mack*, seja pela transcrição de artigos das folhas centrais, seja em editoriais próprios. Pelo baixo custo, desestimulava a produção local da bebida legítima, além de supostamente oferecer risco à saúde pública. Sendo *artificiais* o vinho e alguns representantes, o rótulo fora transferido por analogia: deputados *Fritz Mack*.

O termo chegou à província num fluxo de opinião proveniente do Rio, mas foi traduzido à luz da disputa provincial pela assembleia do Paraná. Com o novo sentido, foi devolvido à capital do Império, especialmente quando a disputa de interpretação eleitoral subiu à suprema instância do tribunal da opinião pública pelo discurso de Alves de Araújo, representante pelo 2º distrito na câmara dos

deputados: “na minha província, chamam-se *fritz mack* a esses deputados” (BRASIL. *Anais da câmara dos deputados*. Sessão em 24 de maio de 1888, pp. 127).

Instruindo sua censura à oligarquia conservadora paranaense, o deputado geral levaria ao parlamento um dos diplomas fraudados em Castro, que recebera “quatro meses depois da reunião da junta apuradora”, convidando os presentes a verificar sua autenticidade. “O Sr. Mac-Dowell: Mas este é carimbado. O Sr. Alves de Araújo: É *fritz mack*. O Sr. Mac-Dowell: É uma contrafação...” (BRASIL. *Anais da câmara dos deputados*. Sessão em 24 de maio de 1888, p. 130).

Ante semelhante fábrica política, “que *estranha anomalia* poderia fazer gerar dúvidas no espírito” do presidente da província? Sendo uma reunião “organizada segundo a lei interna regimental da assembleia” e outra de forma ilegal e com o único intuito “de fazer vingar a fraude”, Miranda Ribeiro deveria ter garantido a legalidade, de forma que o adiamento demonstraria “por si só fraqueza, falta de energia e inépcia administrativa” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 12 de maio de 1888, p. 1).

No editorial *À Província*, o redator liberal confienciava que, antes de ocorrer a duplicada, “já o presidente da província previa a existência de duas assembleias, tendo, na verdade, em palácio [...] uma turma que lhe fazia pressão”, a mesma que “antes havia propalado ter o governo em suas mãos e que o presidente reconheceria qualquer reunião que ela fizesse, fosse na câmara municipal, fosse em outro qualquer edifício” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 12 de maio de 1888, p. 1).

A gravidade da situação justificava o recurso à suprema instância da opinião pública, isto é, as câmaras do parlamento nacional. Num interessante movimento de ir e vir, o que ocorria nesse alto e respeitável círculo não passava despercebido na entrância provincial: na “sessão de 24 [de maio], o exm. sr. conselheiro Alves de Araújo (...) proferiu um longo e importante discurso, no qual tratou [...] do escândalo público que os conservadores governistas (...) têm

dado em relação à verificação de poderes na assembleia provincial” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 2 de junho de 1888, p. 1).

“Inscrevi-me nessa discussão pela necessidade e urgência que tinha em corresponder ao voto de minha província”, declarava à câmara o Alves de Araújo. Ante a “permanência de um escândalo público”, o deputado cobrava do governo geral “presidentes que saibam ocupar o seu lugar”, sem servir de “joguete de pequenos partidários”. Miranda Ribeiro, acusava, era suscetível a “uma influência” estabelecida “no centro” do Império, que “joga[va] com toda a província, incomoda[va] todos os seus habitantes, quer[ia] esbulhar-lhe os seus direitos, e isso o faz[ia] em meia folha de papel, com um bilhete ao ministro”. Embora não fizesse referência direta à misteriosa influência, dava uma pista mais adiante: “talvez só conhecessem os fatos que tenho referido o sr. conselheiro Correia e eu” (BRASIL. *Anais da câmara dos deputados*, sessão em 24 de maio de 1888, pp. 122-130).



5. O Conselheiro Manoel Alves de Araújo (*Revista do Paraná*, Curitiba, 6 de novembro de 1887, p. 1).

Mesmo as relações de força de uma província menor jogavam com influências centrais. Com ramificação central e provincial, a oligarquia conservadora arquitetara uma fraude para tomar de assalto o legislativo do Paraná. Na tribuna, Alves de Araújo denunciava

semelhante plano com documentos publicados na imprensa paranaense, e trazia detalhes novos sobre o procedimento da minoria da junta apuradora do 2º distrito. “Esses cinco juízes de paz assinaram um papel em branco que foi cheio em Curitiba, com uma ata ali organizada” (BRASIL. *Anais da câmara dos deputados*, sessão em 24 de maio de 1888, pp. 122-130).

O silêncio do sr. senador Correia sobre o caso não passaria despercebido ao redator político do *Dezenove*. “Tão má, tão indefensável é a causa dos conservadores do Paraná pretendendo instituir uma assembleia de *Fritz Macks*”, golpeava, “que o seu representante na câmara vitalícia, o sr. senador Correia, cuja faculdade loquaz todo admira, não quis esposá-la, e, pelo contrário, chamado a discuti-la, renunciou-a com o mais significativo silêncio”. Referia-se à sessão do senado em 29 de maio, em que “o sr. Cândido de Oliveira, ilustre senador por Minas”, tratara “da trapaça que os conservadores daquela província empreenderam para, como os de cá, apoderarem-se da assembleia provincial” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 6 de junho de 1888, p. 1).

Na maior província do Império, portanto, também estava em discussão uma tentativa de conquistar a maioria do legislativo de Minas por parte do partido conservador mineiro, de forma concomitante com o que ocorria no Paraná. Em ambos os casos, as questões provinciais circularam da entrância à suprema instância do tribunal da opinião pública, confluindo mais ou menos ao mesmo tempo na tribuna parlamentar.

No senado, a discussão iniciou-se com a leitura de um telegrama da gazeta intitulada *Liberal Mineiro*: “alguns conservadores reuniram-se em assembleia, sessão preparatória, *contra disposição expressa regimento, que marca amanhã*. (...). Liberais, republicanos e alguns conservadores deputados protestaram contra semelhante disparate”. A finalidade desse plano “tumultuário e criminoso”, censurava um senador, seria “o arranjo de uma maioria conservadora”. Em defesa dos correligionários mineiros, outro membro da casa trazia ao debate a “depuração de 1878”, em que os

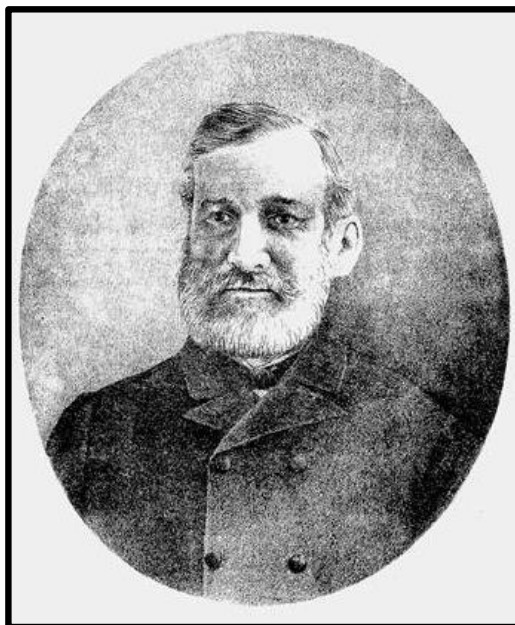
liberais de Minas teriam transformado “a minoria em maioria” da assembleia provincial, de forma que a atitude dos conservadores de agora seria uma prevenção contra o assalto de antes (BRASIL. *Anais do senado do Império*, sessão em 29 de maio de 1888, pp. 103-107).

Teria o caso mineiro, assim como o paranaense, envolvido uma disputa pelo sentido da legislação eleitoral baseada em precedentes, particularmente quanto à competência das juntas apuradoras para apreciar a validade das eleições paroquiais? Quem confirma a impressionante semelhança entre os casos e acrescenta um terceiro, ocorrido no Pará, é o senador Cândido de Oliveira, na sequência da sessão legislativa.

Lembrava que, nas últimas eleições para o legislativo mineiro, as juntas apuradoras do 1º, do 8º e do 14º distritos eleitorais deixaram “de contemplar algumas atas” ou “votos”, a fim de diplomar candidatos favoráveis ao matiz partidário da maioria dos envolvidos na apuração. Passando do particular ao geral, o senador acusava, “em todo o Império há como que um acordo para alterar-se a composição das assembleias provinciais”, citando, além do de Minas, também os casos do Pará, onde os liberais teriam sido “espoliados de seu direito”, e do Paraná, onde “dois adiamentos têm sucessivamente embaraçado a reunião da assembleia provincial, quando é evidente (...) [su]a grande maioria liberal” (BRASIL. *Anais do senado do Império*, sessão em 29 de maio de 1888, p. 108).

E Cândido de Oliveira acrescentava, “aí está o nobre senador por aquela província, que não contestará”, como de fato não o fez o único membro da câmara vitalícia pelo Paraná (BRASIL. *Anais do senado do Império*, sessão em 29 de maio de 1888, p. 109). “Entretanto, o seu pronunciamento nunca foi tão necessário”, ironizava o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 6 de junho de 1888, p. 1), “jamais os seus correligionários tanto precisaram da sua palavra, eles que acabavam de ser fulminados pelo representante liberal na câmara dos deputados”, isto é, por Alves de Araújo.

Essa era uma época, porém, em que não seria digno deixar sem resposta uma censura imputada pelo tribunal da opinião, sobretudo em sua suprema instância.



6. O Sr. senador Manoel Francisco Correia (*Revista do Paranã*, Curitiba, 15 de novembro de 1887, p. 1).

O Correia se manifestou na sessão de 1º de junho, “com a imparcialidade de quem não tem nos fatos parte ou responsabilidade alguma”, isenção “apenas limitada pela circunstância de acharem-se neles também envolvidas pessoas que muito me merecem, e a quem estou estreitamente ligado pelos laços do sangue ou da amizade”. De forma discreta e incidental, respondia à provocação de Cândido de Oliveira, aliás aplaudindo “muito o acordo a que [em Minas] chegaram os partidos representados na assembleia provincial”. E insinuava, “desejo que, em minha província, possam também os partidos chegar a justo acordo, que não se pode dar sem que cada um ceda alguma coisa” (BRASIL. *Anais do senado do Império*, sessão em 1º de junho de 1888, p. 12).

A maioria do legislativo provincial, esclarecia, deveria pertencer a “quem legitimamente a obteve”. Não seria conveniente, porém, forçar “o resultado da eleição na verificação de poderes”, como teria feito Alves de Araújo, presidente interino da assembleia provincial.

Enfrentando a crítica aos adiamentos de Miranda Ribeiro, o alto funcionário justificava: o primeiro tivera ocasião “à chegada do ilustre presidente, e foi aplaudido pelos adversários de s. ex.”, enquanto o segundo ocorrera “no dia em que apareceu duplicata de assembleia provincial, e queira Deus sirva para que durante ele se chegue ao desejado acordo” (BRASIL. *Anais do senado do Império*, sessão em 1º de junho de 1888, p. 12).

Em censura discreta aos liberais paranaenses por praticarem anos antes o mesmo que agora combatiam, o senador pelo Paraná concluía, “não entro na apreciação de quem é mais responsável por semelhantes fatos, se aqueles que imitam, se aqueles que deram o exemplo” (BRASIL. *Anais do senado do Império*, sessão em 1º de junho de 1888, p. 12).

Proferido o discurso na suprema instância da opinião, novamente não passou despercebido em sua entrância. Em *Falou o pontífice*, o órgão liberal paranaense, ironizando o “laconismo” do adversário, respondia não poder haver outro acordo senão “o de respeitar o voto do eleitorado tal qual saiu legitimamente das urnas”. Caso contrário, “seria inverter o resultado da eleição e forçá-lo na verificação de poderes, o que s. ex. não quer”. Solicitava ao pontífice, ademais, um parecer jurídico a “seus amigos”, a fim de que abandonassem “a ridícula duplicata, que envergonha quantos dela se fizeram partícipes” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 13 de junho de 1888, p. 1).

Quanto à insinuação de que “os liberais do Paraná já procederam como atualmente procedem os conservadores”, acrescentava, o Correia não a poderia comprovar, visto jamais ter o partido oposicionista apresentado-se ao legislativo do Paraná “com diplomas passados por minoria de junta apuradora, pretendendo impor falsos deputados”, nem “tentado formar aqui duplicata de assembleia provincial” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 13 de junho de 1888, p. 1).

2.4 Epílogo e necrologia política

Não se poderia conciliar, sem alguma dificuldade, o funcionário distinto e respeitado na corte, com assento em órgãos de grande prestígio, como a câmara vitalícia e o conselho de estado, com o político versado nas regras da política pessoal, influenciando ministérios conservadores para encarregar apaniguados, manipulando organizações partidárias para impor candidatos *legítimos*¹⁶, fazendo do Paraná a província de seus interesses.

O pontífice que proferia discursos na câmara alta e consultava no conselho de estado não parecia ser o mesmo Manoel Francisco Correia, filho de Manoel Francisco Correia Júnior, neto de Manoel Francisco Correia, o velho. Suas faces geral e provincial, no entanto, reuniam-se sob a mesma máscara. Abandonando por ora a face paranaense para preservar a de alto funcionário, o pontífice da oligarquia conservadora precisaria reorganizar alguns elementos no cenário das relações de força no Paraná.

“Consta que foi, a seu pedido, exonerado do cargo de presidente desta província o sr. dr. José Cesário de Miranda Ribeiro” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 6 de junho de 1888, p. 2). Antes de deixar a administração da província, porém, adiou pela terceira vez a reunião da assembleia provincial. O impasse entre conservadores e liberais não estava resolvido e a data estabelecida pelo último adiamento se aproximava. Tendo “em vista motivos ponderosos de ordem administrativa”, deliberava “adiar para o dia 1º de julho próximo a reunião da Assembleia Legislativa Provincial que deveria ter lugar no dia 18 do corrente mês” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 10 de junho de 1888, p. 2).

16 Em 1889, tentou impor seu filho, que jamais havia habitado no Paraná, ao partido conservador paranaense como candidato a deputado geral pelo 1º distrito. A atitude gerou uma corajosa dissidência partidária, liderada por Justiniano de Mello e Silva, que quase perdeu a vida nessa aventura igualitária (LOBO e SOUZA, 2018).

Versado no exercício da faculdade constitucional, Miranda Ribeiro a pôs em prática uma quarta vez: “considerando que ainda persistem e atuam os motivos de ordem administrativa que o levaram a adiar a reunião” no último ato, a prorrogava para 12 de julho (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 23 de junho de 1888, pp. 2-3).

Ante a persistência dos conservadores, o presidente preferia protelar o conflito antes de se retirar da província, tornando-se alvo na entrância provincial da opinião. “Consta que foi novamente adiada a assembleia provincial. Não há dúvida: o sr. José Cesário de Miranda Ribeiro tem medo da assembleia como o demo tem da cruz! É presidente dos adiamentos”, satirizava *A Republica* (Curitiba, 10 de junho de 1888, p. 1).

Designado pelo gabinete conservador presidido por João Alfredo¹⁷, Balbino Cândido da Cunha tornou-se chefe do executivo provincial (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 9 de junho de 1888, p. 3, apud *O Paiz*, Rio de Janeiro, 5 de junho de 1888, p. 1). Por ora, o “ilustre mineiro que batalhou ao lado do imortal Rio Branco na memorável campanha parlamentar de 1871” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 5 jul. de 1888, p. 2) estava em paz com as forças políticas da província, sobretudo com a oposição liberal.

Ainda que a “assembleia provincial, prestes a reunir-se,” fosse “em sua grande maioria composta de adversários políticos de s. ex.,” insinuava-se o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 4 de julho de 1888, p. 1), a legislatura não recusaria ao novo presidente “a cooperação que é de esperar do patriotismo de seus membros”, desde que o chefe do executivo soubesse inaugurar um regime de transações. O “sucesso da nova administração”, dessa forma, dependia apenas “da vontade do novo administrador”. E arrematava, “aguardamos os seus atos; estamos em expectativa”.

17 Conservador pernambucano, João Alfredo foi presidente do conselho do ministério 10 de março, penúltimo do império e responsável pela Lei Áurea, de 13 de maio.

Delegado de governo geral conservador, Balbino da Cunha deixaria de lado os interesses e planos de seus correligionários paranaenses para conquistar meios de governo junto às fileiras liberais da província?

Uma sátira de *A Republica* (Curitiba, 23 de julho de 1888, p. 3) dá resposta à questão. Um colaborador mencionava o ocorrido “na semana passada”, que o levou “a conversar com [s]eus botões: «Como é que o bacharel Marcelino Nogueira arranjou aquele par de botas...sim, a sua prematura nomeação para o cargo de promotor público da Lapa?!»”. Ficara surpreso “que o sr. Balbino viesse amansar essa *mulinha* de conformidade com os planos do *Maneco*”. Referia-se ao legislativo provincial empacado por predomínio liberal em governo conservador, a *mulinha*, assim como ao projeto de poder de Manoel Alves de Araújo, o *Maneco*, representante do clã Oliveira e Sá e Alves de Araújo.

Integrante da minoria vencida na junta apuradora do 1º distrito eleitoral (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 5 de janeiro de 1888, p. 1), o bacharel Marcelino José Nogueira Júnior fora nomeado, pelo executivo provincial, promotor público da Lapa (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 31 jul. de 1888, p. 2), em retribuição aos serviços prestados ao partido liberal paranaense.

Em vão, o órgão do partido conservador criticava os liberais pela “tartúfica cortesia de seus chefes diante da nova administração”, lembrando das “fraudes eleitorais em que se arredondaram votações pelo telégrafo nas atas das juntas paroquiais do 2º distrito”, das “tramoias de magistrados políticos nas juntas apuradoras”, dos “embustes corajosamente pregados ao país na tribuna da câmara temporária” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 15 de julho de 1888, p. 1).

Ou o novo presidente resistia melhor às influências da oligarquia Correia-Nácar, ou, como é mais provável, o pontífice Correia abandonara seus amigos e familiares para preservar a imagem de alto funcionário imperial, em questão no tribunal da opinião pública.

Delegado do gabinete de 10 de março, Balbino da Cunha estava decidido a garantir a legalidade e evitar a duplicata de assembleias provinciais, razão pela qual “resolveram os representantes eleitos do partido conservador abrir mão de seus direitos, não fazendo questão sobre o reconhecimento de suas justas pretensões no tocante à constituição da assembleia” (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 15 de julho de 1888, p. 1). Fizeram essa declaração, porém, após as sessões preparatórias e de instalação (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 16 de julho de 1888, p. 1), quando todas as chances de tomar o legislativo provincial estavam frustradas.

“As galerias, corredores, salas e recintos da assembleia estavam literalmente cheios de pessoas gradas da nossa sociedade”, relatava o *Dezenove de Dezembro* (Curitiba, 16 de julho de 1888, p. 2), “que ansiava por ver inaugurados os trabalhos, tão procrastinados, do corpo legislativo da província”. Assim que o chefe do executivo adentrou o recinto e tomou assento ao lado do presidente do legislativo, Generoso Marques, este “declarou instalada a assembleia legislativa provincial do Paraná”, momento em que “o regozijo público manifestou-se por inúmeros foguetes e girândolas que das imediações do edifício e de diversos pontos da cidade subiram ao ar”.

No editorial *A vitória do direito*, o órgão liberal comemorava, “a longa protelação de 5 meses, com os seus 4 adiamentos, nem todos, é certo, inúteis e injustificados, deu tempo a que a verdade e a razão brilhassem com toda a sua luz, e a fraude sucumbisse esmagada sob o peso da mais vergonhosa condenação” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 16 de julho de 1888, p. 1). Consta, ainda, ter a oposição liberal distribuído pelas ruas de Curitiba o panfleto *CONSUMMATUM EST*, contendo a necrologia política do clã Correia-Nácar: “Morreu moralmente hoje à 1 hora da tarde, no paço da assembleia provincial, o partido conservador do Paraná. A grande comédia politica, que se desenrolava no vasto cenário da província, teve afinal seu epílogo” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 16 de julho de 1888, p. 2).

3 CONCLUSÃO

Como fontes da opinião, merecem destaque a imprensa e a tribuna parlamentar. Sua interpretação exige postura metodológica adequada, sob pena de se cometerem equívocos de interpretação. Antes de meros artigos de jornal e discursos legislativos, manifestam-se como discussão pública: devem ser compreendidos não como simples fonte de informação sobre fatos brutos, mas como construção dialógica e controvertida, desdobrando-se em distintos matizes interpretativos. Suas características são a multiplicidade de vozes e a disputa pela definição de sentidos.

No caso da imprensa, seria verdadeiro equívoco investigar um único periódico, ao menos se a pretensão é reconstruir a discussão pública. Ela se encontra dispersa em diferentes jornais, representando cada qual uma voz no debate público. Periódicos de diferentes orientações políticas estavam em constante disputa pela definição de atos e eventos, de acordo com as relações de força em jogo, que também é necessário conhecer.

Tudo se complexifica quando jornais de distintas regiões do Brasil faziam remissões entre si, especialmente a imprensa das províncias e a do Rio de Janeiro. Não raro, questões provinciais ocorriam no embalo de movimentos gerais do Brasil, chegavam às instâncias centrais da discussão pública. Nesse momento, eram comparadas a casos ocorridos em outras províncias do Império. A circularidade da discussão tinha seu ápice no parlamento nacional, cujas sentenças morais retornavam às províncias: vinham transcritas e analisadas nas colunas da imprensa provincial.

A narrativa exposta demonstra o vínculo estreito entre as diferentes instâncias do tribunal da opinião pública: a entrância provincial, a segunda instância do Rio e a suprema instância parlamentar. Ao circularem das províncias ao centro e do centro às províncias, as discussões particulares confluíam no parlamento nacional, em que os oradores se encarregavam de comparar casos

semelhantes, às vezes também concomitantes. Isso é o que ocorreu com as disputas pelos legislativos do Paraná, de Minas Gerais e do Pará, e nisso reside um importante gatilho na passagem do particular ao geral.

Caso fosse conveniente e oportuno, seria possível verticalizar a análise descendo dos indícios parlamentares à discussão pública das outras duas províncias¹⁸. No caso de Minas, há inclusive pista sobre por qual periódico começar: o *Liberal Mineiro*. Essa verticalização, porém, excederia os limites deste artigo, nem seria necessária para seu propósito. Basta a surpreendente semelhança entre a disputa paranaense e a mineira para se depreender que não estavam em jogo apenas as relações de força provinciais.

As disputas pelo sentido da legislação eleitoral não eram mera coincidência, causada pela infeliz redação do enunciado normativo contido no art. 177 do Regulamento Eleitoral. Ainda que, se tomado ao pé da letra, parecesse atribuir às juntas apuradoras competência para apreciar a validade das eleições, a dúvida de interpretação fora resolvida anos antes pelo Decreto n. 8.308, de 17 de novembro de 1881, o mesmo invocado pelo juiz de direito presidente da junta apuradora do 1º distrito eleitoral do Paraná.

Baseado numa “consulta do conselho de estado” (*Dezenove de Dezembro*, Curitiba, 5 de janeiro de 1888, p. 1), o decreto interpretativo fora expedido pelo liberal Dantas, que cumulava os ministérios da justiça e do império. Diante da dúvida sobre o Regulamento, o ministro fixava o sentido da norma: as juntas apuradoras deveriam “limitar-se a somar os votos mencionados nas diferentes autênticas como é expresso no art. 177 do regulamento”. E complementava, “somente na hipótese de lhe serem presentes mais de uma autêntica da mesma eleição compete-lhe proceder nos termos do final do citado artigo” (BRASIL, 1881, pp. 170-173).

18 Essa aventura se tornou consideravelmente mais fácil desde que a Hemeroteca Digital Brasileira (<https://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>) disponibilizou em rede diversos jornais de todo o Brasil. Aliás, os jornais paranaenses foram pesquisados por esse instrumento.

Eis um forte indício da voz implícita nas fontes analisadas. Nas dobras da discussão pública, ocultava-se a consequência de um modelo constitucional excessivamente centralizador, nos enunciados normativos e no costume constitucional, e inflexível ante as necessidades regionais.

Reformada a Carta de 1824 pelo Ato Adicional de 1834, optou-se por solução moderada, que criava assembleias legislativas eleitas pelas províncias, mas mantinha a livre nomeação dos presidentes pelo governo geral. Não raro, essa distribuição de competências gerava verdadeiros impasses entre os poderes constitucionais das províncias, sobretudo quando o eleitorado regional adería majoritariamente à orientação política contrária àquela que ocupava o poder executivo central.

Em 1888, esse era o caso em que se encontravam os conservadores paranaenses. Os presidentes da província eram conservadores como o ministério, mas as assembleias provinciais se constituíam conforme a maioria do eleitorado, de orientação liberal. Daí a tentativa algo desesperada de conquistar a maioria dos legislativos regionais por fraudes nas juntas apuradoras, a despeito da interpretação do Regulamento fixada pela autoridade *reconhecida competente*.

Esse reconhecimento traz à baila o costume constitucional, que agravou o perfil centralizador delineado nos enunciados textuais da constituição. Desenvolveu-se uma prática, não prevista em enunciados textuais, de se recorrer ao governo central para solucionar dúvidas de interpretação do direito, que o fazia com respaldo nas consultas do conselho de estado (LOPES, 2010; LOBO, 2018; LOBO, 2019). O caso analisado contém diversos sintomas desse costumeiro mecanismo centralizador.

Reconhecido por um juiz de direito, o Decreto n. 8.308, de 17 de novembro de 1881, é apenas o mais evidente. Mais sintomático é que, no caso paranaense, tanto liberais quanto conservadores recorreram ao governo geral para solucionar a disputa pelo sentido da legislação eleitoral. Enquanto os primeiros pediram audiência ao

presidente do conselho de ministros, os segundos recorreram ao ministro do império, por meio de uma dúvida de interpretação formulada pelo presidente da província.

Textual e costumeiro, o modelo constitucional fazia água quando se tratava dos poderes provinciais. Precisava de reformas substanciais e urgentes quanto à autonomia regional. A questão, porém, arrastou-se por décadas sem solução, tornando-se crise do sistema constitucional. Assim como as complicações semelhantes em outras províncias, a disputa pela assembleia do Paraná é sintoma da crise: era necessário recorrer a fraudes e subterfúgios interpretativos para que os poderes provinciais funcionassem em harmonia.

Isso fica explícito no inusitado manifesto do clã Correia-Nácar:

Contam os abaixo assinados com o critério do Povo Paranaense, [...], se continuarem a funcionar sem a necessária solidariedade e harmonia de vistas o poder administrativo, representado pelo Presidente da Província, e o legislativo, representado pela maioria da Assembleia (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 1º de fevereiro de 1888, p. 2).

Nas dobras do caso particular, estava implícita a voz do movimento federalista, em plena e vigorosa expansão no Império. Lendo a contrapelo a crise do modelo constitucional para as províncias, revela-se outra questão geral, menos evidente: a da federação. Torna-se conveniente, assim, concluir com as palavras de Rui Barbosa, com que se iniciou a narrativa: “A federação [...] tudo a prepara, tudo a facilita, a exige: o meio americano, a natureza física, a heterogeneidade dos interesses regionais, o ódio acumulado contra as espoliações da centralização, o pendor crescente das províncias...” (*Sete de Março*, Curitiba, 5 de outubro de 1889, p. 1, apud *Diario de Noticias*, Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1889, p. 1).

Data de Submissão: 23/03/2020

Data de Aprovação: 19/09/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Stephany Yohanne Rolim Pereira

REFERÊNCIAS

ALVES, Alessandro Cavassin. **A província do Paraná**. A classe política. A parentela no governo. Tese (Programa de Pós-Graduação em Sociologia) - Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

BRASIL. **Anais da câmara dos deputados, 1888**. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp. Acesso em: 22 de março de 2020.

BRASIL. **Anais do senado do Império do Brasil**. Volumes 1, 2 e 5. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888.

BRASIL. **Constituição política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 3.029, de 9 e janeiro de 1881 (Lei Saraiva)**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.213, de 13 de agosto de 1881 (Regulamento Eleitoral)**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8213-13-agosto-1881-546457-publicacaooriginal-60487-pe.html>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.308, de 17 de novembro de 1881. **Coleção das leis do Império do Brasil de 1881**. v. 1. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1882.

BRASIL. **Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional)**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito publico brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.

BURKE, Peter. **A escola dos annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia**. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali**. Bari: Laterza, 2009.

FONSECA, R. M. (2008). Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 98.

GINZBURG, Carlo. **Relações de força: história, retórica e prova**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

LOBO, Judá Leão. Estudo sobre “O oráculo de Delfos: o conselho de estado no Brasil Império”, de José Reinaldo de Lima Lopes. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, pp. 1363-1400, 2018.

LOBO, Judá Leão. O que é opinião pública? Estudo de história constitucional brasileira. **Quaestio iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 01, pp. 494-518, 2017.

LOBO, Judá Leão. **Os artigos anônimos de João Gomes: um episódio da disputa pelo sentido do Ato Adicional no Brasil Império**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

LOBO, Judá Leão; SOUZA, Otávio Oliveira de. A liberdade de expressão entre monarquia e república: uma história de igualdade e hierarquia na Curitiba de 1889. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 5, n. 3, pp. 68-92, 2018.

LOBO, Judá Leão; STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Discussão pública e formação da cultura jurídica: contribuição metodológica à história do direito brasileira. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 3, pp. 1688-1710, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos**: conselho de estado e direito no Brasil oitocentista. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Francisco. **Genealogia paranaense**. v. II. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1927.

NEGRÃO, Francisco. **Genealogia paranaense**. v. III. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1928.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012, p. 31-53.

PETIT, Carlos. **Discurso sobre el Discurso**: oralidad e escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Huelva: Universidad de Huelva, 2000.

Public Opinion and Legal History: Method, Episode, Detail

Judá Leão Lobo

Abstract: As a historical source, public opinion deserves more attention, especially in the field of legal history. Hence, I present in this article a way to work with the sources of public opinion in legal history researches. To this end, I selected a case that occurred in 1888, in the province of Paraná, to be studied through the micro-historical approach proposed by Carlo Ginzburg. This guideline fits the episodic time and the investigation of minor cases. Marginal and seemingly irrelevant, the particular episodes have to be unveiled to reveal the general issues that constitute them. Rebuilt from the discussion in the provincial press, the dispute for the regional legislature of Paraná circulated in the public opinion tribunal. By doing so, the public discussion reached higher levels of the tribunal, especially the national parliament. In the congressional ground, other similar cases came to light from different provinces. Grounding methodological inferences about public opinion, the case study allows to conclude that the provincial dispute implied a general issue of Imperial Brazil, which was an entailment of the crisis of the constitutional project for provincial autonomy.

Keywords: Microhistory. Public opinion tribunal. Circularity of public discussion. Legal history. Federação.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.51304>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



RESENHA

As Ideias Conservadoras: Explicadas A Revolucionários E Reacionários

Jose Normando Gonçalves Meira *

Universidade Estadual de Montes Claros, Programa de Pós-Graduação em Educação, Montes Claros-MG, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-1105-4322>

Resenha

COUTINHO, João Pereira. **As Ideias Conservadoras: Explicadas a revolucionários e reacionários**. São Paulo: Três Estrelas, 2018

* Doutor em História da Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Universidade Estadual de Montes Claros- UNIMONTES. Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Educação da UNIMONTES. E-mail: meirajng@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.52708>

As Ideias Conservadoras: Explicadas A Revolucionários E Reacionários

Jose Normando Gonçalves Meira

Resenha

COUTINHO, João Pereira. **As Ideias Conservadoras**: Explicadas a revolucionários e reacionários. São Paulo: Três Estrelas, 2018

O jornalista, cientista político e professor da Universidade Católica Portuguesa, João Pereira Coutinho apresenta, na obra em análise, respostas às perguntas: O que é conservadorismo? O que é ser um conservador? Propõe-se a discutir essas questões, apresentando fundamentos teóricos e históricos que contrapõem ao que ele considera rotulações apressadas, superficiais e até preconceituosas sobre o tema. Argumenta contra a predominante apresentação do conservadorismo, na perspectiva do “fanatismo progressista”, como imobilista, reacionário, autoritário e até fascista (p. 97,98). Considera necessário aprofundar-se nessa análise, evitando formulações caricaturais, sempre prejudiciais ao saudável debate acadêmico. Trata-se de uma abordagem concisa e, ao mesmo tempo, abrangente. Linguagem acessível, bastante adequada para os iniciantes no estudo das ideias políticas e suficientemente consistente para ampliar o referencial teórico para estudos dessa área do conhecimento.

O autor inicia as suas considerações, reconhecendo a impertinência de apresentar um conceito fechado para o seu objeto de estudo, pois, segundo ele, “Conservadorismo não existe. Existem conservadorismos, no plural” (p.9). Fundamentando-se em autores que representam o pensamento conservador como Kirk (2013), Scruton (2015), Scruton (1016) e, especialmente do pensador e parlamentar irlandês, Edmund Burke (1729-1797), em vez de uma

“definição” de conservadorismo, apresenta princípios norteadores do pensamento conservador. Embora seus objetivos específicos se atenham ao campo político, aponta articulações entre a “disposição conservadora” aos diversos aspectos da vida.

Destaca duas características centrais do conservadorismo que considera fundamentais para a sua compreensão: antirrevolucionária e antiutópica,

O Conservadorismo político recusa os apelos do pensamento utópico, venham eles de revolucionários ou reacionários (...) recusa os apelos utópicos que fazem da fuga para o futuro (ou para o passado) um programa de ação no momento presente” (p.26)

O conservador, segundo Coutinho (2018) não é um imobilista, contrário às mudanças, mas é cuidadoso na implementação das reformas necessárias, realizando-as sempre considerando o que é necessário e o que é possível mudar com segurança. A revolução, o rompimento com o que foi trabalhosamente construído pela tradição, e o estabelecimento de uma realidade nova, desconhecida, ainda que desejável, é considerado pelo conservador uma imprudência e uma possibilidade de destruição. Esses ideais revolucionários normalmente estão articulados com a utopia, a promessa da concretização do sonho de uma realidade perfeita. Essas promessas, submetidas ao crivo da história, revelam resultados frustrantes. As promessas de “céu na terra” que motivaram ações revolucionárias, resultaram em verdadeiros “infernos” onde a experiência foi de sofrimento, destruição e morte,

Ser conservador, então, é preferir o familiar ao desconhecido, o testado ao nunca testado, o fato ao mistério, o atual ao possível, o limitado ao ilimitado, o próximo ao distante, o suficiente ao abundante, o conveniente ao perfeito, o riso presente à felicidade utópica (Oakshott apud Coutinho, 2018, p. 22)

Cita a crítica de Alexis de Tocqueville aos revolucionários

franceses que, abandonando as virtudes insubstituíveis da política: observação, prudência e a experiência, elaboraram uma constituição apenas baseadas nas regras da lógica, da qual,

Aqui residia o problema fundacional da Revolução Francesa: confundir a política com um cálculo matemático; e os seres humanos de uma comunidade real com enunciados de uma mera equação. Tudo em nome de um estado perfeito que, obviamente, existia apenas na cabeça dos filósofos (p. 36)

Coutinho (2018) ressalta que o conservadorismo não se opõe apenas às ambições utópicas da ideologia revolucionária que apontam para um futuro glorioso na terra. Recusa também às fantasias do reacionário que, romantizando a realidade passada, propõe uma volta a um imaginado paraíso perdido, a uma idade de ouro. Nesse sentido, o reacionário é um revolucionário às avessas, ao qual o conservador não deve ser associado. O conservador nessa perspectiva, portanto, não se deixa seduzir pelas “maravilhas” utópicas. Não deixa o certo, pelo duvidoso. Remetendo-se a Kirk (2013), considera a política “a arte do possível”. Humildemente reconhece a imperfeição humana e, conseqüentemente, a incapacidade dos homens em produzir uma sociedade perfeita. Nem por isso, deve-se permanecer imóvel, acomodado com as imperfeições constatadas. As reformas devem ser feitas com paciência, prudência e segurança.

O respeito às tradições que é uma peculiaridade do conservadorismo não deve ser confundido com a ilusão dos reacionários ou um tipo de saudosismo. Neste ponto, Coutinho (2018) recorre ao pensamento de Edmund Burke para argumentar sobre a “função educacional das tradições”. São as tradições de uma comunidade que permitem ao indivíduo, isoladamente considerado, a entrar na “grande conversa da humanidade”. Para Burke, a sociedade é um contrato entre os vivos, os mortos e os que estão para nascer. A “grande conversa da humanidade” acontece em três tempos: o passado, o presente e o futuro. Ao indivíduo cabe receber o que foi preservado; desfrutar fielmente do que recebeu e passa-lo responsabilmente às futuras gerações. O autor argumenta que o

conservadorismo reconhece que a mudança é inevitável em qualquer sociedade humana, composta de seres vivos e racionais. Por uma questão de prudência essa mudança “não deve proceder de doutrinas gerais ou princípios abstratos”.

Na reforma conservadora, as mudanças não excluem a tradição. Ao contrário, valorizando-a, tomam-na como ponto de partida. Apoia-se aqui no pensamento de Karl Popper que considera as tradições como a base das ações políticas, pois oferecem “algo sobre o qual podemos operar” e “algo que podemos criticar e mudar”. Está de acordo com Burke que entendia que a ação política deveria respeitar “um princípio seguro de conservação e um princípio seguro de transmissão, sem excluir um princípio de melhoria [...] Um Estado sem a possibilidade de alguma mudança, é incapaz de se conservar” (Apud COUTINHO, 2018, p. 72,74).

O conservadorismo não é, portanto, imobilista. Pelo contrário, reconhece a necessidade de reformas prudentes, atempadas, evitando o risco de que, por atraso das mudanças necessárias, precipitem-se ações revolucionárias. “Cabe ao agente reformista e conservador, proceder a distinção criteriosa entre o que deve ser reformado e o que deve ser preservado” (P. 78). Sem a pretensão de perfeição, essa reforma deve ter a capacidade de considerar entre as imperfeições toleráveis e as imperfeições intoleráveis para o “edifício” que se procura reformar.

Outro aspecto do conservadorismo que Coutinho (2018) procura esclarecer é a sua relação com o capitalismo. Afirma que, para surpresa dos que pensam que a direita não reconhece e reprova os vícios desumanos do capitalismo e que tal crítica é uma peculiaridade da esquerda: “seria possível escrever um longo manual anticapitalista só com autores conservadores e as suas proclamações contra a sociedade comercial” (p.81). Afirma que grande parte dos conservadores reconhece as lamentáveis tendências da “sociedade comercial” em reduzir as relações pessoais a resultados meramente “economicistas” de ganhos e perdas, “sem que haja outras considerações- mais nobres, mais autênticas, mais incorrompidas -

construindo tais relações” (p. 82). Além de causar efeitos perniciosos sobre as almas dos homens, a existência do livre comércio cria tensões e rupturas na sociedade tradicional. Essas mudanças radicais “colocam em risco princípios e instituições que, apesar de terem sobrevivido aos testes do tempo, podem não resistir às destruições criativas de que a sociedade comercial é tão pródiga” (p. 82).

O conservadorismo é, portanto, vigilante para com os vícios da sociedade comercial ou “capitalismo”. Por outro lado, respeita a natureza humana, que, segundo Adam Smith tem a propensão para “negociar, permutar ou trocar uma coisa pela outra” com o objetivo de “melhorar a sua condição” (p. 87). Assim, embora reconhecendo e reprovando o amor ao lucro que produz “excessos ridículos e viciosos”, a sociedade comercial, a liberdade para a busca de melhores condições de vida, funciona para a criação e distribuição de riqueza. Esse respeito à liberdade das escolhas humanas não deve ser confundido com reverência acrítica aos seus resultados. Nem sempre as ações dos homens no mercado são virtuosas, mas o conservador entende que “o que somos dentro do mercado depende do que fomos (ou somos) fora dele”. Por isso deve ser considerado o valor do que ele chama de “pequenos pelotões” da formação do caráter dos indivíduos: a família, a escola, as igrejas e outras instituições similares. Espera-se, portanto, que produzindo riqueza por meio de um mercado livre sob o império da lei, a sociedade civilizada empenhe-se em “resgatar da pobreza e da privação os mais velhos, os mais doentes e os menos afortunados” (p. 103).

Coutinho (2018) finaliza a sua obra, contestando a acusação ao pensamento conservador que ele considera mais grave: a de ser “fascista”. Para ele, o conservadorismo opõe-se aos radicalismos políticos sejam eles de direita ou de esquerda, reivindicando a prudência, modéstia do governo. Nessa perspectiva, fascismo e comunismo são ideologias gêmeas, identificando-se pelo seu radicalismo revolucionário e utópico (P. 98). Tais características são completamente com os ideais conservadores. Explica os princípios

norteadores de um governo conservador,

[...] um governo modesto e prudente começará por reconhecer, como diria Isaiah Berlin, a multiplicidade de valores e objetivos de vida que os seres humanos perseguem por sua conta e risco no contexto de uma sociedade pluralista. Essa afirmação tem várias implicações – e várias aplicações. O reconhecimento de um universo de escolhas pluralistas significa que não cabe ao poder político decidir a hierarquia de valores sob a qual todos os indivíduos terão de viver suas vidas. Porque são os indivíduos que vivem essas vidas; e são eles que, falhando ou acertando, devem perseguir os objetivos que entendem sem a mão paternalista do Estado (p. 101)

A obra oferece importante oportunidade para que estudantes, professores, pesquisadores das diversas áreas do conhecimento articuladas às ideias, culturas e práticas políticas (cf. RÉMOND, 2003), aproximem-se de temas relacionados ao conservadorismo de forma racional e teoricamente fundamentada. Alimenta o diálogo entre as teorias políticas, especialmente nesse tempo em que no Brasil e em diversas partes do mundo, a polarização ideológica tem provocado discussões apaixonadas. Trata-se de uma publicação relevante por oferecer dados que estimulam novas buscas para a dinâmica produção do conhecimento e para a pluralidade de ideias no âmbito da academia.

Data de Submissão: 22/05/2020

Data de Aprovação: 10/12/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros L. Costa

REFERÊNCIAS

KIRK, Russel. **A Política da Prudência**. São Paulo: E- Realizações, 2013.

RÉMOND, René. **Por Uma História Política**. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV.

SCRUTON, Roger. **O Que é Conservadorismo**. São Paulo; E-Realizações, 2015.

SCRUTON, Roger. **O Que é Ser um Conservador**. São Paulo: Record, 2015.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n45.52708>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)

