

2020

PARADIGMAS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: REFLEXOS DAS PANDEMIAS

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
(Organizador)

ISBN: 978-65-87582-17-7



FAPERGS

*Fundação de Amparo à Pesquisa
do Estado do Rio Grande do Sul*



UNIVALI



UPF
UNIVERSIDADE
DE PASSO FUNDO



CAPES

Programa de Excelência Acadêmica - PROEX

2020

ISBN: 978-65-87582-17-7

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

(Organizador)

PARADIGMAS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: REFLEXOS DAS PANDEMIAS

Autores

Alessandra Vanessa Teixeira
Andressa Bortolin Patto
Ariane Faverzani da Luz
Bernardo Leandro Carvalho Costa
Bianca Neves de Oliveira
César Menegat
Cleide Calgaro
Érico Antônio Pereira Santos
Estéfani Luise Teixeira Fernandes
Filipe Bianchi Cunha
Francine Cansi
Francis Perondi Folle Perobelli
Graziela Minas Alberti
Ivanio Formighieri Müller
Janaina Faverzani da Luz
Joana Silvia Mattia Debastiani
João Luís Severo da Cunha Lopes
Josiane Petry Faria
Jovana de Cezaro

Karen Beltrame Becker Fritz
Leonel Severo Rocha
Leticia Abati Zanotto
Leticia Spagnollo
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luis Angelo Dallacort
Luiz Ernani Bonesso de Araújo
Maira Angelica Dal Conte Tonial
Marcos Leite Garcia
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Mohammed Nadir
Nadya Regina Gusella Tonial
Patrícia da Luz Chiarello
Paulo Antonio Locatelli
Rafhaelle Cristina Alves Fernandes
Rogerio da Silva
Ronaldo Elias
Talissa Truccolo Reato
Valdemir José Debastiani

REGISTRO DE APOIO E FOMENTO

Este livro recebeu apoio financeiro advindo da FAPERGS, edital nº 02/2017 – PQG, sob a outorga nº 17/2551-0001178-3, a qual agradeço a concessão. É advindo, também, da articulação acadêmica de grupos de pesquisa de diversas Universidades brasileiras e estrangeiras, tendo como objetivo principal a difusão de conhecimento científico entre os programas de Pós-graduação do Brasil devido às problemáticas advindas da pandemia da COVID-19, possui ainda fomento decorrente da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX.



Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento**Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos**Comunitários**

José Carlos Machado

Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação**e Inovação**

Rogério Corrêa

Organizador

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Apresentação

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Autores

Alessandra Vanessa Teixeira
Andressa Bortolin Patto
Ariane Faverzani da Luz
Bernardo Leandro Carvalho Costa
Bianca Neves de Oliveira
César Menegat
Cleide Calgaro
Érico Antônio Pereira Santos
Estéfani Luise Teixeira Fernandes
Filipe Bianchi Cunha
Francine Cansi
Francis Perondi Folle Perobelli
Graziela Minas Alberti
Ivanio Formighieri Müller
Janaína Faverzani da Luz
Joana Sílvia Mattia Debastiani
João Luís Severo da Cunha Lopes
Josiane Petry Faria
Jovana de Cezaro
Karen Beltrame Becker Fritz
Leonel Severo Rocha
Letícia Abati Zanotto
Leticia Spagnollo
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luís Angelo Dallacort
Luiz Ernani Bonesso de Araújo
Maira Angelica Dal Conte Tonial
Marcos Leite Garcia
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Mohammed Nadir
Nadya Regina Gusella Tonial
Patrícia da Luz Chiarello
Paulo Antonio Locatelli
Rafhaelle Cristina Alves Fernandes
Rogerio da Silva

Ronaldo Elias

Talissa Truccolo Reato
Valdemir José Debastiani

Diagramação

Alexandre Zarske de Mello

Revisão

Joana Sílvia Mattia Debastiani

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)
Dra. Flávia Noversa Loureiro
(UMINHO/PORTUGAL)
Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)
Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)
Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez
(UCALDAS/COLÔMBIA)
Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)
Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)
Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (UPF)

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Projeto de Fomento

Este livro recebeu apoio financeiro advindo da FAPERGS, edital nº 02/2017 – PQG, sob a outorga nº 17/2551-0001178-3, a qual agradeço a concessão. É advindo, também, da articulação acadêmica de grupos de pesquisa de diversas Universidades brasileiras e estrangeiras, tendo como objetivo principal a difusão de conhecimento científico entre os programas de Pós-graduação do Brasil devido às problemáticas advindas da pandemia da COVID-19.

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC - Brasil - Bloco D1 - Sala 419,
Telefone: (47) 3341-7880

FICHA CATALOGRÁFICA

P211 Paradigmas da sociedade contemporânea [recurso eletrônico] : reflexos das pandemias / organizador Liton Lanes Pilau Sobrinho ; Alessandra Vanessa Teixeira...[et.al]. - Dados eletrônicos. – Itajaí. SC. : UNIVALI, 2020.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>

Prefixo editorial: 87582

Incluem referência.

ISBN 978-65-87582-17-7. (e-book)

1. Virus. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos humanos. 4. Organização Mundial da Saúde. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. II. Teixeira, Alessandra Vanessa. III. Título.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
Liton Lanes Pilau Sobrinho	9
O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NO TRATAMENTO DA COVID-19: UMA ANÁLISE SOBRE A TRANSNACIONALIDADE DAS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS)	10
Leonel Severo Rocha	10
Bernardo Leandro Carvalho Costa.....	10
Bianca Neves de Oliveira	10
O DIREITO AO MEIO AMBIENTE E A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE: UMA DEMANDA TRANSNACIONAL DECORRENTE DA SOLIDARIEDADE	32
Nadya Regina Gusella Tonial	32
Liton Lanes Pilau Sobrinho	32
EPIDEMIAS E FINITUDE NA HISTÓRIA DO ISLÃ, ORIENTE MEDIO, ÁFRICA DO NORTE E AMÉRICA LATINA	48
Mohammed Nadir	48
Luiz Ernani Bonesso de Araújo	48
REFLEXÕES SOBRE A PANDEMIA DA COVID-19: ALGUMAS LIÇÕES PARA O FUTURO	62
Marcos Leite Garcia	62
O MODELO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL CHILENO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	80
Ronaldo Elias	80
Karen Beltrame Becker Fritz	80
COMO GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS EM NÚCLEOS URBANOS INFORMAIS CONSOLIDADOS.....	92
Paulo Antonio Locatelli.....	92
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza.....	92
O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E A COMPREENSÃO DA SIMBOLOGIA NO ETIQUETAMENTO DOS PRODUTOS TÊXTEIS	116
Talissa Truccolo Reato	116
ACESSO À EDUCAÇÃO POR MEIO DE TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: PARADOXOS EM TEMPOS PANDÊMICOS.....	131
Joana Silvia Mattia Debastiani.....	131
Valdemir José Debastiani	131
César Menegat.....	131
AS MEDIDAS JUDICIAIS PARA ADOLESCENTES EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA..	143
Ariele Faverzani da Luz	143

Ariane Faverzani da Luz	143
Janaína Faverzani da Luz	143
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA FALTA DE COMUNICAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS EM TEMPOS DE COVID-19.....	159
Érico Antônio Pereira Santos	159
Ronaldo Elias	159
Filipe Bianchi Cunha	159
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E CORONAVÍRUS: REFLEXÕES COM BASE NA OBRA “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”, DE JOHN RAWLS.....	177
Estéfani Luise Teixeira Fernandes	177
O DIREITO À ÁGUA POTÁVEL E O ENFRENTAMENTO A PANDEMIA (COVID 19).....	189
Francine Cansi.....	189
Alessandra Vanessa Teixeira	189
João Luís Severo da Cunha Lopes	189
AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19: SOLUÇÃO JURÍDICA PARA A NÃO PARALISAÇÃO DO PROCESSO OU PRÁTICA VIOLADORA DAS NORMAS LEGAIS QUE REGEM O INSTITUTO PROCESSUAL?	208
Ariane Faverzani da Luz.....	208
Ivanio Formighieri Müller	208
Luis Angelo Dallacort	208
O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS TRANSGÊNERAS: A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E ESTRUTURANTE DO SISTEMA PENAL	220
Rafhaelle Cristina Alves Fernandes	220
Josiane Petry Faria.....	220
MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: MECANISMO EFETIVO PARA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS LABORAIS- DIÁLOGO BRASIL E EUA.....	247
Graziela Minas Alberti	247
Maira Angelica Dal Conte Tonial	247
Andressa Bortolin Patto.....	247
O DIREITO DE PROPRIEDADE E A DEFESA DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	265
Francis Perondi Folle Perobelli	265
AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO E O COMBATE À DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO TEMPO DO DIREITO	279
Patrícia da Luz Chiarello	279

Letícia Abati Zanotto	279
IMPLICAÇÕES DA PANDEMIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO ADEQUADAS	290
Joana Silvia Mattia Debastiani	290
Cleide Calgaro	290
Liton Lanes Pilau Sobrinho	290
O ENFRENTAMENTO DAS PRÁTICAS ABUSIVAS DE CONSUMO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 A PARTIR DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	306
Rogerio da Silva	306
Jovana de Cezaro	306
OS DESAFIOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR FACE AS PRÁTICAS ABUSIVAS DESENCADEADAS PELO COVID-19	318
Leticia Spagnollo	318
Liton Lanes Pilau Sobrinho	318
Cleide Calgaro	318

APRESENTAÇÃO

O presente livro é derivado de apoio financeiro advindo da FAPERGS, edital nº 02/2017 – PQG, sob a outorga nº 17/2551-0001178-3, a qual agradeço a concessão. É advindo, também, da articulação acadêmica de grupos de pesquisa de diversas Universidades brasileiras e estrangeiras, tendo como objetivo principal a difusão de conhecimento científico entre os programas de Pós-graduação do Brasil devido às problemáticas advindas da pandemia da COVID-19.

O livro “Paradigmas da sociedade contemporânea: reflexos das pandemias” aponta o problema que a comunidade mundial enfrenta acerca do coronavírus, mas busca, também, pensar, científica e criticamente, o mundo jurídico pós-pandêmico. Seu Objetivo é ampliar as discussões e reflexões acerca das pesquisas realizadas sobre a temática com a finalidade de buscar a difusão do conhecimento científico para a melhoria e para o benefício da sociedade atual.

O organizador agradece a todos os colegas pesquisadores e autores que contribuíram com seus excelentes trabalhos, os quais compõem essa obra.

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional ambiental, Direito Constitucional. CV: <http://lattes.cnpq.br/2413013286462855>. E-mail: litonlanes@gmail.com

O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NO TRATAMENTO DA COVID-19: UMA ANÁLISE SOBRE A TRANSNACIONALIDADE DAS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS)

Leonel Severo Rocha¹

Bernardo Leandro Carvalho Costa²

Bianca Neves de Oliveira³

INTRODUÇÃO

Em termos de epistemologia jurídica, destacamos que o constitucionalismo pode ser observado por meio de três diferentes perspectivas teóricas, que classificamos pedagogicamente como as **três fases do Direito Constitucional**.⁴

No contexto de uma sociedade complexa e policontextual, caracterizada pela disseminação de produção jurídica para além dos sistemas sociais do Direito e da Política⁵, poder-se-ia colocar a seguinte pergunta: “-As Constituições estão mortas?”.⁶

Por outro lado, os atuais desafios do constitucionalismo podem servir à observação de novas perspectivas e definições do próprio Direito Constitucional. As próprias passagens históricas entre as diferentes fases já evidenciadas demonstram o modo como a Constituição é um instrumento apto a garantir a limitação e **separação dos poderes**, mas também à **garantia de direitos**. Tais evoluções representam, no campo teórico, os debates entre as perspectivas analítica e hermenêutica na Teoria do Direito.

Feitas essas observações, viu-se o modo como, impulsionados pelo fenômeno de globalização da sociedade mundial, os problemas jurídico-constitucionais passaram a ter abrangência transnacional, perpassando as fronteiras da tradicional Teoria do Estado, tendo como uma das características a própria **separação dos poderes**, e exigindo respostas e decisões jurídicas com abrangência global no tocante à **garantia de direitos** estabelecidos nas Constituições.

¹ Doutor pela *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris* (1989) com pós-doutorado em Sociologia do Direito pela *Universita degli Studi di Lecce* - Itália. Professor Titular da Unisinos, bem como Professor do PPGD da UR. Coordenador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq). Professor da UPF.

² Doutorando (2019) em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (bolsista CAPES/PROEX) e pela *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne* (cotutela). Membro do grupo de pesquisa Teoria do Direito (CNPq).

³ Bacharel em Direito pela Unisinos.

⁴ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa. Direito Constitucional e epistemologia jurídica. In. VILAS BÔAS, Orlando. **Os estudos sociojurídicos e a redefinição do papel do judiciário**. (org.). p. 1-20.

⁵ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁶ SCHWARTZ, Germano. **As Constituições estão mortas?** 2. ed. São Paulo. Lumen Juris, 2020.

Para caracterizar essa “Atualidade da Constituição”⁷, agora alçada ao patamar global e não sujeita exclusivamente ao monopólio dos sistemas do Direito e da Política, relevantes autores, com destaque para Febbrajo, Teubner e Vesting, passaram a formar a chamada sociologia do constitucionalismo⁸, destacada como a grande corrente teórica para explicar a **terceira fase do Direito Constitucional**, voltada, em termos de epistemologia jurídica, à já conhecida matriz pragmático-sistêmica.⁹

Utilizando-se dessa referência, demonstrou-se como um dos exemplos desse fenômeno de globalização do Direito Constitucional a própria articulação transnacional no combate à lavagem de dinheiro, envolvendo diferentes países e atores de diversos sistemas sociais na solução desse problema de natureza global.¹⁰ Em âmbito mundial destacou-se a atuação do Grupo de Ação Financeira Nacional. No Brasil, os desdobramentos da Operação Lava Jato evidenciaram a consequência desse trabalho.¹¹

Atualmente, o estado de disseminação da Pandemia em torno da COVID-19 evidencia a atuação do sistema global da saúde na produção de recomendações e diretrizes que influenciam diretamente a produção de legislação, a atuação diária de governantes e indivíduos e as decisões de tribunais do mundo inteiro. Em síntese, no âmbito de uma sociedade globalizada e policontextual¹², percebe-se o contato recíproco entre diferentes sistemas sociais. Neste caso específico, destacam-se os sistemas da Saúde, do Direito e da Política para a solução de um problema de natureza global.

Nesse sentido, chega-se a um momento histórico em que as **três fases do Direito Constitucional** passam a ter contato contínuo e indispensável nas tomadas de decisão sanitárias, políticas e jurídicas. Assim, as definições clássicas de separação dos poderes, a formação das entidades intergovernamentais no cenário de internacionalização do Direito no Pós-Segunda

⁷ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: FI, 2020.

⁸ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. São Paulo: Juruá, 2016.

⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

¹⁰ ROCHA, L. S. ; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. . Direito Constitucional Transnacional: observações sobre os atratores sistêmicos entre Direito, Economia e Política na articulação transnacional para a apuração da Lavagem de Dinheiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 14, p. 1-22, 2020.

¹¹ Costa, Bernardo Leandro Carvalho; Rocha, Leonel Severo. Governança global no combate à lavagem de dinheiro: observações sobre a evolução das Constituições Transnacionais no Tribunal Regional Federal da 4ª região ao longo da Operação Lava Jato. In: **IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, 2018, São Paulo. Anais do IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. São Paulo: Abrasd, 2018. v. único. p. 139-149.

¹² COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, L. S. . A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias. (Org.). **Sentir o Direito**: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

Guerra mundial e a globalização e policontextualidade da produção jurídica passam a fazer parte, de maneira complementar, das discussões atuais. A disputa sobre a definição de competências para legislar sobre saúde no Brasil, a análise a aplicação da Constituição da Organização Mundial da Saúde e a efetivação das diretrizes da OMS são debates inseparáveis que caracterizam esses pontos de contato.

Com o intuito de evidenciar esse fenômeno que marca a “Atualidade da Constituição”¹³, far-se-á inicialmente uma descrição do momento de formação da Organização Mundial da Saúde no âmbito de reconstrução da Europa no Pós-Segunda Guerra Mundial, demonstrando a elaboração, o surgimento e o conteúdo da denominada Constituição da OMS. Nesta parte, além desse contexto histórico, buscar-se-á fazer uma demonstração analítica dos principais dispositivos “constitucionais” presentes na Organização, destacando o seu funcionamento na elaboração das chamadas diretrizes globais.

Na sequência, após contextualização histórica e explicação sobre o funcionamento da OMS, demonstrar-se-á o modo como as diretrizes da Organização se direcionam para prevenção e tratamento da COVID-19. Em tal ponto, buscar-se-á observar como esses procedimentos caracterizam o que denominamos de transnacionalização do Direito. Como exemplo, utilizaremos decisões administrativas, legislação, posicionamento de tribunais e atuação de demais órgãos do Estado no tratamento da Pandemia no Brasil, comparando-os com as diretrizes da Organização Mundial da Saúde.

Em aportes finais, far-se-á um balanço entre as já conhecidas três fases do Direito Constitucional, buscando evidenciar o ponto contínuo de contato entre elas no atual combate a um problema de natureza global, a COVID-19, destacando-se cada vez mais a “Atualidade da Constituição” em debates que envolvem com maior abrangência casos de globalização do Direito Constitucional, exigindo, com mais frequência, debates acerca da formação de um constitucionalismo social.¹⁴

¹³ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa (org.). **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febraro, Teubner e Vesting. Porto Alegre: FI, 2020.

¹⁴ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: Constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

1. FORMAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE NA PERSPECTIVA DAS TRÊS FASES DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Ao longo da história, a elaboração das primeiras constituições escritas foi precedida por declarações de direitos. Assim o foi na França, com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) em relação à primeira Constituição (1791).

No momento Pós-Segunda Guerra Mundial, a relevância das declarações de direitos vieram à tona novamente, como movimentos de passagem dos períodos de detração da democracia¹⁵ para o estabelecimento de um Direito Internacional e, por consequência, de constitucionalização interna de diversos países da Europa.

Em tal contexto, surgiu a *Declaração Americana de direitos e deveres do homem*¹⁶, adotada em 02 de maio de 1948 que própria precedeu *Declaração Universal dos direitos humanos*¹⁷, proclamada pela assembleia geral das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1948.¹⁸ Quase que em paralelo, iniciou a chamada primeira onda de refundação democrática, como destaca Thornhill¹⁹, esboçada nas constituições de Hungria (1949), Tchecoslováquia, (1948), Polônia (1952) e Bulgária (1947).

Destaca-se nesse processo o estabelecimento da Constituição da Itália (1948) e o surgimento de uma Corte Constitucional apta a fazer a leitura da Constituição, nos moldes da discussão travada entre Kelsen e Schmitt no âmbito da República de Weimar, ou seja, na **primeira fase do Direito Constitucional**.²⁰

Em sentido muito próximo – e talvez o modelo que tenha levado mais influência das ideias de Kelsen sobre o estabelecimento de um Tribunal Constitucional²¹ - surge a Constituição da Alemanha (Alemanha Ocidental) de 1949, *Basic Law for the Federal Republic of Germany*.²² Na

¹⁵ ROSANVALLON, Pierre. *El siècle du populisme: histoire, théorie, critique*. Paris, Seuil, 2020.

¹⁶ **DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM**. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 17 mai. 2020.

¹⁷ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 17 mai. 2020.

¹⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, "Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", in. **Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008**, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 180.

¹⁹ THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 327.

²⁰ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa. Direito Constitucional e epistemologia jurídica. In. VILAS BÔAS, Orlando. **Os estudos sociojurídicos e a redefinição do papel do judiciário**.(org.).

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11. Grifo do autor.

²² THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions**. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. New

própria década de 1950, o Tribunal Constitucional Federal Alemão passa a decidir sobre matérias que até então não faziam parte de jurisdição constitucional, fazendo a passagem da primeira (separação de poderes) para a segunda (garantia de direitos) fase do Direito Constitucional. Nesse contexto, no âmbito da Teoria do Direito, surge o debate entre Alexy e Poscher.

Observando-se essas diferentes fases do Direito Constitucional²³, percebe-se o fenômeno de internacionalização do Direito ocorrido no momento Pós-Segunda Guerra Mundial como uma das características da **Segunda Fase**. Nesse sentido, destaca-se a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, que culminou, em termos de declarações de direitos na já mencionada *Declaração Universal dos direitos humanos*²⁴, proclamada pela assembleia geral das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1948.

Para além das cartas de intenções direcionadas aos Estados em seus períodos de refundação democrática e elaboração de novas constituições, o estabelecimento de organizações internacionais preocupava-se com a definição de internacionalização –e nós diríamos de transnacionalidade- das relações jurídicas no momento Pós Segunda-Guerra. Em síntese, os problemas de Direito passaram a envolver necessariamente mais de um país naquele momento.

Se pensarmos em perspectiva do problema da democracia, o nacionalismo extremo, destacando-se movimentos como nazismo e fascismo, caracterizou o período anterior, de detração democrática, como destaca atualmente Rosanvallon.²⁵ Por consequência, a refundação desses países deveria levar em conta a formação de uma ordem internacional. Assim, *Declaração Universal dos direitos humanos*²⁶ influenciou o surgimento das novas constituições desse período, resultando, posteriormente, na própria formação dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos.²⁷

De modo semelhante, o momento de formação da Organização das Nações Unidas (1945) foi a oportunidade para mencionar e estabelecer uma preocupação com outros problemas mundiais que mereciam tratamento e proteção em âmbito internacional. Nesse âmbito,

York: Cambridge University Press, 2011. p. 334.

²³ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa. Direito Constitucional e epistemologia jurídica. In. VILAS BÔAS, Orlando. **Os estudos sociojurídicos e a redefinição do papel do judiciário**.(org.).

²⁴ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.> Acesso em 17 mai. 2020.

²⁵ ROSANVALLON, Pierre. **Le Siècle du populisme**. Histoire, théorie, critique. Paris: Seuil, 2020.

²⁶ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.> Acesso em 17 mai. 2020.

²⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "Les standards : normes imposées ou consenties ?", in FATIN-ROUGE STEFANINI M., SCOFFONI G. (dir.), **Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?**, Presses Univ. d'Aix Marseille, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2013, pp. 29-52.

enquadra-se a temática da saúde, talvez um dos problemas que mais possuam essa natureza global.

A consequência dessa declaração de intenções foi o surgimento da **Constituição** da Organização Mundial da Saúde (OMS), aprovada ao longo da Conferência Internacional da Saúde de Nova York, entre 19 e 22 de julho de 1946, tendo sido assinada por 61 representantes de diferentes Estados em 22 de julho de 1946. Na sequência, em 07 de abril de 1948, data celebrada todo o ano por meio da Jornada Mundial da Saúde, referido documento entrou em vigor.²⁸

Nesse contexto, podemos questionar se a Constituição da OMS é uma declaração de intenções que serve para basear os processos de decisões internas dos diferentes Estados. A própria utilização do termo Constituição nos chama atenção nesse momento; mas, de fato, a Organização Mundial da Saúde (OMS), atualmente sediada em Genebra (Suíça) conta com o trabalho de mais de 7000 pessoas em 150 escritórios de países, com seis escritórios regionais, para dar cumprimento à ao estabelecido em sua Constituição, tendo como base os seguintes princípios:

- A saúde é um estado de completo bem-estar psíquico, mental e social e não consiste somente em uma ausência de doenças ou enfermidades;
- Possuir o melhor estado de saúde possível constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, independente de sua raça, religião, opiniões políticas, condições econômicas ou sociais;
- A saúde de todos os povos é uma condição fundamental para a paz e segurança do mundo; ela depende da cooperação mais próxima dos indivíduos e dos Estados;
- Os resultados esperados por cada Estado no âmbito do melhoramento e da proteção da saúde são preciosos a todos;
- As desigualdades de diversos países no que concerne ao melhoramento da saúde e da luta contra as doenças, em particular as doenças transmissíveis, é um risco a todos;
- O desenvolvimento saudável das crianças é de importância fundamental; a aptidão a viver em harmonia em um meio em plena transformação é essencial ao seu desenvolvimento;
- A admissão de todos os povos ao benefício dos conhecimentos adquiridos pelas ciências médicas, psicológicas e afins é essencial para alcançar o mais alto grau de saúde;
- Uma opinião pública clara e uma cooperação ativa por parte do público são de importância capital para o melhoramento da saúde das populações;
- Os governantes têm a responsabilidade pela saúde de seus povos; eles devem lidar tratar disso tomando medidas sociais e de saúde apropriadas; (tradução livre).²⁹

²⁸ Uma vez aprovada e assinada, a Constituição passou a adotar como línguas oficiais a inglesa, a chinesa, a espanhola, a francesa e a russa. No original: « EN FOI DE QUOI les représentants soussignés, dûment autorisés à cet effet, signent la présente Constitution. FAIT en la Ville de New York, ce vingt-deux juillet 1946, en un seul original établi en langues anglaise, chinoise, espagnole, française et russe, chaque texte étant également authentique. » **ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ.** Constitution. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em 28 jul. 2020.

²⁹ No original: “ « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ; -La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits

Em abordagem analítica da Constituição da OMS, sua própria formação é fundamentada, em termos de Direito Internacional, no artigo 57 da Carta das Nações Unidas, como uma das instituições intergovernamentais especializadas.³⁰ Sendo assim, seus acordos que estabelecem relações com a Organização das Nações Unidas devem ser aprovados por maioria de dois terços pela Assembleia da Saúde (artigo 69). Ademais, em sentido semelhante, como destaca a própria constituição aprovada pela organização intergovernamental, os acordos que efetivem cooperação com outras entidades intergovernamentais devem ser aprovados igualmente por maioria de dois terços perante a Assembleia da Saúde, nos termos do mesmo artigo 69.³¹

Como destaca o artigo 04 de sua Constituição, os Estados-membros (signatários) devem aceitar os dispositivos do referido documento, aplicando-os nos diferentes Estados. O órgão de maior relevância da entidade é a **Assembleia Mundial da Saúde** (artigo 10), composta por delegados que representam os Estados-membros. Ela é competente para determinar as regras no que concerne a problemas de saúde globais, nos termos do artigo 21 da Constituição:

A Assembleia da Saúde tem autoridade para dotar regramentos no que concerne a:

- Cada medida sanitária de quarentena ou qualquer outro procedimento destinado a evitar a propagação das doenças de um país a outro;
- A nomenclatura concernente às doenças, causas de mortes e métodos de higiene pública;
- Os standards sobre os métodos de diagnósticos aplicáveis no quadro internacional;
- As normas relativas à inocuidade, a pureza e a atividade dos produtos biológicos, farmacêuticos e similares disponíveis no comércio internacional;

fondamentaux de tout être humain, quelles que soit sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale ; La santé de tous les peuples est une condition fondamentale de la paix du monde et de la sécurité; elle dépend de la coopération la plus étroite des individus et des États ; -Les résultats atteints par chaque État dans l'amélioration et la protection de la santé sont précieux pour tous ; - L'inégalité des divers pays en ce qui concerne l'amélioration de la santé et la lutte contre les maladies, en particulier les maladies transmissibles, est un péril pour tous ; -Le développement sain de l'enfant est d'une importance fondamentale; l'aptitude à vivre en harmonie avec un milieu en pleine transformation est essentielle à ce développement ; -L'admission de tous les peuples au bénéfice des connaissances acquises par les sciences médicales, psychologiques et apparentées est essentielle pour atteindre le plus haut degré de santé ; -Une opinion publique éclairée et une coopération active de la part du public sont d'une importance capitale pour l'amélioration de la santé des populations ; -Les gouvernements ont la responsabilité de la santé de leurs peuples; ils ne peuvent y faire face qu'en prenant les mesures sanitaires et sociales appropriées.» **ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ.** Constitution. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em 28 jul. 2020.

³⁰ “As várias agências especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, em conformidade com as disposições do artigo 63.” **ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ.** Constitution. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em 28 jul. 2020.

³¹ No original : « Article 69 L'Organisation est rattachée aux Nations Unies comme une des institutions spécialisées prévues par l'article 57 de la Charte des Nations Unies. Le ou les accords établissant les rapports de l'Organisation avec les Nations Unies doivent être approuvés à la majorité des deux tiers de l'Assemblée de la Santé ; Article 70 : L'Organisation doit établir des relations effectives et coopérer étroitement avec telles autres organisations intergouvernementales jugées souhaitables. Tout accord officiel conclu avec ces organisations doit être approuvé à la majorité des deux tiers de l'Assemblée de la Santé ; » **ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ.** Constitution. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em 28 jul. 2020.

-As condições relativas à publicidade e à designação dos produtos biológicos, farmacêuticos e similares disponíveis no comércio internacional; (tradução livre);³²

Como contraponto a essas normativas, cada Estado-membro deve se reportar anualmente à Organização para informar sobre o progresso das medidas adotadas para melhorar a saúde de sua população (artigo 61), incluindo nesse ato a execução das recomendações, convenções, acordos e regramentos da OMS (artigo 62), a comunicação sobre a promulgação de leis, regulamentos, medidas oficiais adotadas para dar cumprimento aos atos da OMS no referido Estado (artigo 63), fornecerem os índices estatísticos e epidemiológicos de acordo com as modalidades adotadas pela Assembleia da Saúde (artigo 64) e, quando solicitado pelo Conselho, transmitir, dentro do possível, todas as informações suplementares relacionadas à saúde (artigo 65).³³

Nesses pontos, portanto, é que se fundamenta e determina a chamada Constituição da Organização Mundial da Saúde. Trata-se de um documento produzido no âmbito de uma organização intergovernamental (-Carta de intenções ou Constituição?), calcada nos ditames da própria Carta das Nações Unidas, da qual emanam atualmente os “*Standards*” globais para a prevenção e tratamento de questões vinculadas à Saúde. Especificamente no caso da COVID-19, as diretrizes da Organização Mundial da Saúde têm sido internalizadas para as legislações de diferentes países do mundo, sendo inclusive mencionadas como fundamentação nas decisões de tribunais.

³² No original : « L'Assemblée de la Santé aura autorité pour adopter les règlements concernant : a) telle mesure sanitaire et de quarantaine ou toute autre procédure destinée à empêcher la propagation des maladies d'un pays à l'autre; b) la nomenclature concernant les maladies, les causes de décès et les méthodes d'hygiène publique; c) des standards sur les méthodes de diagnostic applicables dans le cadre international; d) des normes relatives à l'innocuité, la pureté et l'activité des produits biologiques, pharmaceutiques et similaires qui se trouvent dans le commerce international; e) des conditions relatives à la publicité et à la désignation des produits biologiques, pharmaceutiques et similaires qui se trouvent dans le commerce international ; » **ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ**. Constitution. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em 28 jul. 2020.

³³ No original: “**Article 61**: Chaque Etat Membre fait rapport annuellement à l'Organisation sur les mesures prises et les progrès réalisés pour améliorer la santé de sa population ; **Article 62**:Chaque Etat Membre fait rapport annuellement sur les mesures prises en exécution des recommandations que l'Organisation lui aura faites et en exécution des conventions, accords et règlements ; **Article 63** : Chaque Etat Membre communique rapidement à l'Organisation les lois, règlements, rapports officiels et statistiques importants concernant la santé et publiés dans cet Etat ; **Article 64** : Chaque Etat Membre fournit des rapports statistiques et épidémiologiques selon des modalités à déterminer par l'Assemblée de la Santé ; **Article 65** : Sur requête du Conseil, chaque Etat Membre doit transmettre, dans la mesure du possible, toutes informations supplémentaires se rapportant à la santé ; »

Tal fenômeno demonstra, nas diretrizes de uma sociedade globalizada e policontextual³⁴, uma articulação transnacional entre três diferentes sistemas sociais pelo menos: Saúde (do qual emanam as diretrizes, a exemplo da própria OMS) Política (influência nas decisões dos Estados), Direito (alteração na legislação e nas decisões dos tribunais), como de demonstrará a seguir.

2. A ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE NA PREVENÇÃO E TRATAMENTO DA COVID-19 E A TRANSNACIONALIZAÇÃO DE SUAS DIRETRIZES

Desde o surgimento do coronavírus 2019 (COVID-19), pela primeira vez constatada em Wuhan, na China, em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde tem atuado quotidianamente na expedição de diretrizes a seus países-membros, demais Estados e ao próprio cidadão, com o intuito de auxiliar tecnicamente na detecção e no tratamento da doença.³⁵

Assim, uma vez caracterizada como um problema de natureza global do Sistema da Saúde, a OMS passou a trabalhar em colaboração com o auxílio de *experts* mundiais no tema, os governos que a integram e demais colaboradores para divulgar amplamente os conhecimentos científicos sobre o novo vírus, sua propagação e seus riscos, emanando diretamente da Organização conselhos rotineiros aos países e indivíduos sobre as medidas a serem tomadas para proteção da saúde e diminuição da propagação do surto da doença.³⁶ Ao longo da história da Organização, trata-se da sexta vez em que se declara porte público de natureza internacional ao tratamento de determinado problema de saúde global. Todavia, como afirmado rotineiramente, a COVID-19 é, sem dúvida, o caso mais grave.³⁷

Com o intuito de dar cumprimento a esses propósitos, a Organização Mundial da Saúde tem realizado com frequência diversas conferências à imprensa³⁸, resumindo e atualizando os resultados obtidos sobre as pesquisas realizadas sobre a COVID-19, bem como expedidas diretrizes aos Estados e cidadãos sobre o tema.³⁹ As conferências à imprensa são conduzidas pela

³⁴ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias (Org.). *Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura*. 1ed. Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

³⁵ **ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ.** Lignes directrices. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance> >. Acesso em 28 jul. 2020.

³⁶ **FLAMBÉE DE MALADIE À CORONAVIRUS 2019 (COVID-19).** Organisation Mondiale de la Santé. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> >. Acesso em 22 jul. 2020.

³⁷ **WHO-PRESS CONFERENCES.** 27/07/2020 (vídeo). Organisation Mondiale de la Santé. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> >. Acesso em 22 jul. 2020.

³⁸ **WHO-PRESS CONFERENCES.** Organisation Mondiale de la Santé. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> >. Acesso em 22 jul. 2020.

³⁹ **LIGNES DIRECTRICES POUR LE NOUVEAU CORONAVIRUS (2019-NCOV).** Organisation Mondiale de la Santé. Disponível em : <

atual presidente da Organização e contam com a participação de diversos experts na área da Saúde, bem como com pronunciamentos de cooperação de líderes de diferentes países. As diretrizes, por sua vez, são atualizadas rotineiramente e tratam de vários temas conectados ao tratamento e prevenção contra o vírus.

Tendo como base tais, mas principalmente as diretrizes da Organização Mundial da Saúde, diferentes países passaram a elaborar suas legislações internas, com o intuito de formar a base legal para a execução das medidas de prevenção em combate à COVID-19.

No âmbito da União Europeia, destaca-se o pronunciamento do presidente francês, Emmanuel Macron, em cadeia nacional, no dia 16 de março de 2020, declarando que a França estava em “guerra sanitária”.⁴⁰ Em tal momento, após reunião com os outros países membros da União Europeia, foram decretadas as medidas a serem adotadas pelo país no combate à COVID-19, entre elas o distanciamento social e a necessidade de utilizar uma “*l’attestation*” para qualquer deslocamento dentro do país.⁴¹ Referido pronunciamento anunciou toda a legislação a ser adotada a partir do meio dia do dia seguinte à fala.

A França é um Estado unitário e parlamentarista, apesar do protagonismo dos presidentes na condução da Política, e tem suas decisões diretamente conectadas à Paris. Portanto, no dia seguinte ao pronunciamento, todas essas medidas passaram a fazer parte da atuação administrativa no território nacional.

Por sua vez, no Brasil, as diretrizes da Organização Mundial da Saúde resultaram na promulgação da Lei nº 13.979/2020⁴² (Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019) e no Decreto nº 10.212/2020⁴³ (Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005). Neste último é mencionada a própria assembleia da OMS como fundamentação da legislação inclusive, como perceptível acima. Além da legislação já

<https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance>>. Acesso em 22 jul. 2020.

⁴⁰ EMMANUEL MACRON : “NOUS SOMMES EN GUERRE”. Disponível em : < https://www.youtube.com/watch?v=m_pXUmz5qN0>. Acesso em 22 jul. 2020.

⁴¹ FRANÇA. **Attestation de déplacement et de voyage**. Disponível em : < <https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Attestation-de-deplacement-et-de-voyage>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴² BRASIL. Lei nº 13.979/2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em 22 jul. 2020.

⁴³ BRASIL. Decreto nº 10.212/2020. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

mencionada, o governo federal tem aditado outros atos normativos com o intuito de regulamentar as ações a serem adotadas para prevenção e combate do coronavírus, além da redução dos prejuízos econômicos oriundos da Pandemia.

Ainda, destaca-se a edição da Lei Complementar nº 173⁴⁴, de 27 de maio de 2020, que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), alterando a Lei Complementar nº 101⁴⁵, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), além de outras providências. Neste ato normativo, destacam-se definições sobre o orçamento dos entes federativos ao longo d Pandemia, a nulidade de determinados atos da Administração que contrariem referida lei complementar e a determinação de suspensão de diversas atividades, entre as quais se encontram a concessão de novas vantagens e benefícios a servidores e a realização de concursos públicos.

Todavia, o Estado brasileiro é definido como uma República Federativa (art. 1º da Constituição Federal)⁴⁶, de regime presidencialista. Por consequência, há uma repartição nas competências legislativas, nos termos dos artigos 22 e seguintes da Constituição Federal.⁴⁷ No Brasil, essa definição levou a diversos questionamentos acerca de possíveis incompatibilidades entre a legislação emanada da Federação, dos Estados e dos diferentes municípios.

Como consequência, imbuído nessa discussão, o governo federal passou a editar vários atos que, segundo representantes de Estados e municípios, tentavam barrar os atos normativos por eles editados diante da situação. Em destaque- ponto crucial para o questionamento judicial- foi a resistência ao distanciamento social no início da Pandemia.

Por um lado, a Federação passou a defender seu papel indispensável na internalização das medidas globais para o combate à COVID-19, mesmo que contrariasse os protocolos internacionais de prevenção e combate à Doença. Por outro, fundados no princípio federativo (repartição de competências), Estados e municípios sustentam sua autonomia para tomar decisões

⁴⁴ BRASIL. **Lei complementar nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm>. Acesso em 28 jul. 2020.

⁴⁵ BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp101.htm>. Acesso em 28 jul. 2020.

⁴⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

⁴⁷ Entre referidos dispositivos destacam-se os seguintes: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 jul. 2020.

no tocante à matéria. Em razão disso, tais entes, baseados na já mencionada Lei 13.979/2020 e com fulcro constitucional nos artigos 23, II e 24, IX, da Constituição Federal (competência), a despeito da contrariedade do Governo Federal, determinaram medidas recomendadas pela OMS, tais como suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas e outras mais.

O referido conflito de competência chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da propositura da Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF 672) do Distrito Federal, tendo como requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Para sustentar a competência de Estados e município na regulamentação de medidas específicas no combate à COVID-19, o requerente afirmou que a atuação do Governo Federal, além de contrária às diretrizes globais de combate à Pandemia, seria insuficiente para diminuir a perda de prejuízos na área econômica, com vista à garantia da manutenção da produção, de empregos e renda de variados setores da economia, com destaque para trabalhadores informais e população de baixa renda.⁴⁸

Nesse sentido, segundo a pretensão do requerente, os seguintes preceitos constitucionais estariam sendo violados pela atuação do Governo Federal: direito à saúde (art. 6º, *caput*, e art. 196 da CF), direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF), princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF), uma vez que a competência constitucional dos Estados (artigos 23, II, e 24, XII, da Constituição Federal) estaria sendo descreditada e esvaziada pelos atos do Presidente na República, e a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição Federal).⁴⁹

Interessante notar na argumentação do requerente e nas manifestações do requerido a menção contínua ao cumprimento/descumprimento das diretrizes da OMS poro Governo Federal, Estados e municípios. Na manifestação da Advocacia-Geral da União consta a seguinte afirmação: “[...] *todas as ações concretas do Governo demonstram estar de acordo com as políticas adotadas no mundo, com as recomendações da OMS*”.⁵⁰ Portanto, apesar da discussão constitucional no âmbito interno (princípios constitucionais e regras de competência da Constituição Federal), as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS) servem como parâmetro para o julgamento do caso.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672 / DF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 12 out. 2020.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672 / DF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 12 out.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672 / DF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 12 out.

Na oportunidade, o requerente formulou pedido de medida cautelar com o intuito de determinar que o Governo Federal se abstinhasse de cometer atos que afrontassem as políticas de isolamento social determinadas por Estados e Municípios, seguindo os protocolos da OMS, bem como para a determinação de medidas econômicas que beneficiassem os setores da economia mais atingidos pela Pandemia.

Afirmado que os ditames da separação de poderes e do princípio federativo, cláusulas pétreas da Constituição Federal, deveriam servir como base para a interpretação da Lei 13.979/20 e do Decreto Legislativo 6/20, bem como dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020 (Regulamentam a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020), além da garantia impositiva dos princípios informadores e regras de competência (artigos 22 e seguintes da Constituição Federal) no tocante à proteção da saúde pública (artigos 196 e 197 da Constituição Federal), em decisão liminar, deu-se razão ao requerente no sentido de concessão de medida cautelar *“para que seja determinado o respeito às determinação dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração”*.⁵¹

Também em sede de controle abstrato de constitucionalidade (MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.341 - DISTRITO FEDERAL)⁵², por solicitação de um partido político, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), Supremo Tribunal Federal deferiu em parte medida cautelar para tornar explícita no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente” prevista na Constituição, reconhecendo a possibilidade de Estados e municípios legislares no âmbito da saúde, especialmente tomando medidas necessários para o combate à COVID-19.

Com base nas decisões referidas, Estados e municípios passaram a determinar regras específicas para o combate e a prevenção à COVID-19. No caso específico do Estado do Rio Grande do Sul, os decretos preveem a classificação das regiões do Estado em diferentes bandeiras (laranja, vermelha e preta), de acordo com o número de unidades de tratamento intensivo disponíveis em cada cidade.⁵³ Na medida em que as cidades progredem ou regredem nessa direção (passagem de uma bandeira a outra), as atividades locais passam a ser permitidas ou proibidas por decreto municipal. Um dos exemplos dessa mudança contínua é a própria capital do Estado, Porto

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672 / DF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 12 out.

⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 6.341** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 12 out.

⁵³ RIO GRANDE DO SUL. **Decretos Estaduais.** Disponível em: < <https://coronavirus.rs.gov.br/decretos-estaduais>> acesso em> 23 jul. 2020.

Alegre, com a edição contínua de decretos de alteração sobre as permissões e proibições.⁵⁴

Além da produção contínua de legislação entre Federação, Estados e municípios, outros órgãos têm trabalhado com recomendações para o período de enfrentamento à Pandemia. Nesse sentido, destaca-se a atuação do Ministério Público do Trabalho na edição de notas técnicas sobre pontos específicos das controvérsias desse período. Esse é o caso da Nota Técnica MPT | GT COVID-19, que trata especificamente da proteção à saúde dos professores durante a pandemia.⁵⁵

No tocante à atuação dos gestores públicos, mormente na interpretação e produção da legislação durante o período, destaca-se, em âmbito estadual, o trabalho realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul na elaboração de orientações à Administração Pública no período de Pandemia. Atualmente, há 02 (dois) boletins informativos elaborados para o esclarecimento de dúvidas sobre a Administração Pública diante desta situação.⁵⁶

Em síntese, há diversos outros mecanismos normativos a serem citados no âmbito do Estado brasileiro, sejam os emanados pelo governo federal, pelos Estados, municípios ou até demais órgãos em termos de orientações e recomendações. Todavia, buscou-se demonstrar neste texto a internalização imediata das diretrizes da Organização Mundial da Saúde nessas legislações e documentos.

São da Organização Mundial da Saúde, em cumprimento à sua já citada Constituição, entre outros, por exemplo:

- Os conselhos sobre as definições sobre utilização de máscara em relação ao COVID-19;⁵⁷
- O tratamento a domicílio dos pacientes suspeitos de COVID-19, com o intuito de evitar a propagação do vírus em outros ambientes;⁵⁸
- A preocupação com a locomoção de pessoas contaminadas em viagem, seja em aeroportos, fronteiras marítimas ou postos de fronteira;⁵⁹
- O estabelecimento de um período de quarentena às pessoas infectadas e àquelas que com elas tiveram contato⁶⁰, afinal, há também diretrizes sobre a chamada contaminação familiar;⁶¹

⁵⁴ PORTO ALEGRE/RS. **Decretos Municipais**. Disponível em: < <https://prefeitura.poa.br/coronavirus/decretos>> Acesso em 23 jul. 2020.

⁵⁵ NOTA TÉCNICA MPT | GT COVID-19 – **Proteção à saúde dos professores durante a pandemia**. Disponível em: < <http://abet-trabalho.org.br/nota-tecnica-mpt-gt-covid-19-protacao-a-saude-dos-professores-durante-a-pandemia/>>. Acesso em 23 jul. 2020.

⁵⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Orientações aos gestores públicos sobre o Coronavírus**. Disponível em: < http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/ead/orientacoes_corona>. Acesso em 23 jul. 2020.

⁵⁷ Conseils sur le port du masque dans le cadre de la COVID-19. Orientations provisoires. 5 juin 2020

⁵⁸ Soins à domicile pour les patients présumés infectés par le nouveau coronavirus (nCoV) présentant des symptômes bénins et prise en charge des contacts. Lignes directrices provisoires. 20 janvier 2020.

⁵⁹ Prise en charge des voyageurs malades aux points d'entrée – aéroports, ports maritimes et postes-frontières internationaux – dans le contexte de la flambée de COVID-19. Orientations provisoires. 16 février 2020.

⁶⁰ Considérations relatives au placement en quarantaine de personnes dans le cadre de l'endiguement de la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19). Orientations provisoires. 29 février 2020.

- As práticas para melhorar a higiene das mãos;⁶²
- Utilização dos equipamentos de proteção individual (EPI) como modo de prevenção à transmissão do vírus;⁶³
- Procedimentos a serem adotados pela indústria de alimentos;⁶⁴
- Elementos a serem levados em consideração nos ambientes escolares⁶⁵ e nos locais de trabalho ao longo da pandemia;⁶⁶
- Preparação das cidades e espaços urbanos para tratamento e prevenção em época de pandemia⁶⁷, fornecendo os critérios para os devidos ajustes na legislação, quando possível;⁶⁸
- Criação de uma plataforma clínica mundial para controlar os dados sobre a propagação e o tratamento da COVID-19, com a elaboração e disponibilização de formulários para preenchimento e envio à OMS;⁶⁹ (tradução livre).

Tais diretrizes são perceptíveis nos já citados atos normativos de âmbito federal, estadual e municipal no Brasil e influenciam o atuar diário dos profissionais da saúde e gestores públicos no Estado brasileiro. Observando-se não somente a legislação produzida quotidianamente por Governo Federal, Estados e municípios no Brasil, mas também nas decisões dos tribunais superiores ao longo da Pandemia percebe-se o entrelaçamento atual entre diferentes concepções de Constituição.

Por um lado, a já destacada ideia de Constituição presente no artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), na França, evidencia a presença da **primeira fase** do Direito Constitucional, voltada à separação dos poderes, presente em boa parte do debate sobre

⁶¹ Protocole de recherche sur la transmission dans les familles de l'infection par la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19). 23 mars 2020.

⁶² Recommandations aux États Membres pour améliorer les pratiques d'hygiène des mains par un accès universel à des postes publics d'hygiène des mains afin d'aider à prévenir la transmission du virus de la COVID-19. Orientations provisoires. 1 avril 2020.

⁶³ Utilisation rationnelle des équipements de protection individuelle (EPI) contre la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19) et éléments à considérer en cas de grave pénurie. Orientations provisoires. 6 avril 2020.

⁶⁴ COVID-19 et sécurité sanitaire des aliments : orientations pour les entreprises du secteur alimentaire. Orientations provisoires. 7 avril 2020.

⁶⁵ Éléments à prendre en considération concernant les mesures de santé publique à mettre en place en milieu scolaire dans le cadre de l'épidémie de COVID-19

Annexe du document: Éléments à prendre en considération lors de l'ajustement des mesures de santé publique et des mesures sociales dans le cadre de l'épidémie de COVID-19. 10 mai 2020.

⁶⁶ Éléments à prendre en considération concernant les mesures de santé publique et les mesures sociales sur le lieu de travail dans le cadre de l'épidémie de COVID-19

Annexe du document: Éléments à prendre en considération lors de l'ajustement des mesures de santé publique et des mesures sociales dans le cadre de l'épidémie de COVID-19. 10 mai 2020.

⁶⁷ Renforcer la préparation à l'épidémie de COVID-19 dans les villes et autres milieux urbains : orientations provisoires pour les autorités locales. 2020

⁶⁸ Critères de santé publique pour l'ajustement des mesures de santé publique et des mesures sociales dans le cadre de l'épidémie de COVID-19

Annexe au document: Éléments à prendre en considération lors de l'ajustement des mesures de santé publique et des mesures sociales dans le cadre de l'épidémie de COVID-19. 12 mai 2020.

⁶⁹ Plateforme clinique mondiale COVID-19. Cahier d'observation (CRF) - version abrégée core 13 juillet 2020.

competência para legislar sobre Saúde no território nacional, ou seja, debate típico de um constitucionalismo voltado à Teoria Geral do Estado, na concepção de Carré Malberg.⁷⁰ Ao mesmo tempo, os debates sobre a positivação e efetividade dos princípios no âmbito da jurisdição constitucional demonstram a presença da **segunda fase**. Em paralelo, a menção contínua às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, questão mais evidente em termos de transnacionalização do Direito, comprovam a iminência de uma **terceira fase** do Direito Constitucional, caracterizado pelo constitucionalismo social.

Esse contato contínuo é perceptível em diversos trechos da decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil no contexto da Pandemia:

A fiel observância à **Separação de Poderes** e ao Federalismo – cláusulas pétreas de nossa **Constituição Federal** e limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder – é essencial na interpretação da **Lei 13.979/20** (Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de **saúde pública de importância internacional** decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019), do Decreto Legislativo 6/20 (Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020) e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020 (Regulamam a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais), sob pena de ameaça a diversos preceitos fundamentais do nosso **texto constitucional**. [...]

A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê **princípios** informadores e regras de competência no tocante à proteção da **saúde** pública, destacando, desde logo, no próprio preâmbulo a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Logicamente, dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde.

O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da **dignidade da pessoa humana** como fundamento da **República Federativa do Brasil**. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos **artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado**, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde.

Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos **incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios**.

Igualmente, nos termos do **artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de complementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização** político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º

⁷⁰ MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Préface d'Éric Maulin. Paris : Dalloz, 2003.

da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

Dessa maneira, **não compete ao Poder Executivo federal afastar**, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes **medidas restritivas** como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros **mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde)** e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores).⁷¹ (grifo nosso).

Portanto, o movimento global de prevenção e combate à Covid-19 evidencia um ponto de contato cotidiano e necessário entre as **três fases do Direito Constitucional**. Como se viu na decisão acima mencionada, complementando diretrizes e legislação já citadas anteriormente, faz-se impreterível uma discussão sobre limitação, **separação dos poderes** repartição de competências para legislar, um assunto típico da **primeira fase** do Direito Constitucional, voltada à relação entre políticos. De modo complementar, uma jurisdição constitucional voltada à **garantia de direitos** de com discussão contínua sobre a afirmação dos princípios constitucionais, entre os quais se encontram os supracitados, é indispensável.

Por fim, a percepção de que diretrizes oriundas do Sistema da Saúde, emanadas de uma organização que está para além dos Estados nacionais, influenciam diretamente a produção de legislação dos países, a atuação rotineira de seus agentes e servem como fundamentação para decisão de seus tribunais é uma característica que evidencia a definição atual de Constituição, alçada à solução de problemas de natureza global. Esse elemento caracteriza a **terceira fase** do Direito Constitucional, com destaque para a presença forte de um constitucionalismo social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu ao longo do artigo a consolidação histórica do Direito Constitucional pode ser observada em três diferentes fases. A última delas é caracterizada pela disseminação dos problemas constitucionais para além das fronteiras dos Estados nacionais, fenômeno de observação da Sociologia das Constituições.

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672 / DF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em 12 out.

A principal característica de um Direito Constitucional observado no panorama da sociedade mundial é a formação de “Standards” constitucionais para além dos tradicionais sistemas do Direito e da Política.

Para exemplificar essa problemática, o presente artigo evidenciou, em um primeiro momento, como a segunda fase do Direito Constitucional foi consolidada no momento Pós-Segunda Guerra Mundial por meio da formação de um Direito Internacional. Nesse contexto, surgiu a Organização Mundial da Saúde (OMS), como uma organização interestatal especializada sobre a temática sanitária, possuindo uma Constituição própria e regulamentos autônomos sobre suas assembleias.

Avançando nessa questão, adentrando a terceira fase do Direito Constitucional demonstrou-se como a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a atuar no combate à COVID-19, um problema de natureza global, por meio da emanção de suas diretrizes, recomendando atos comuns a diferentes Estados para combater a Pandemia. Nesse sentido, exemplificou-se o modo como França e Brasil internalizaram tais diretrizes por meio de leis, atos administrativos e decisões de tribunais.

Observando o modo como diferentes países do mundo internalizam atualmente as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS) para o tratamento de um problema comum, é possível perceber como essas diretrizes formam “Standards” constitucionais transnacionais, perpassando as fronteiras de diferentes Estados e consolidando uma atuação global no combate a um problema constitucional comum.

Tais “Standards” são oriundos do Sistema da Saúde, com seus *experts*, mas vinculam, em nível global, a atuação dos sistemas tradicionalmente vinculados à concepção de Constituição (Política e Direito). Assim, esse fenômeno é típico do que se concebe por constitucionalismo social e caracteriza a formação de uma terceira fase do Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.212/2020. **Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

2022/2020/decreto/D10212.htm>. Acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp101.htm>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm>. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979/2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em 22 jul. 2020.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "Les standards : normes imposées ou consenties ?", in FATIN-ROUGE STEFANINI M., SCOFFONI G. (dir.), **Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?**, Presses Univ. d'Aix Marseille, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2013, pp. 29-52.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, L. S. . A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias;. (Org.). **Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura**. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; Rocha, Leonel Severo . Governança global no combate à lavagem de dinheiro: observações sobre a evolução das Constituições Transnacionais no Tribunal Regional Federal da 4ª região ao longo da Operação Lava Jato. In: **IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, 2018, São Paulo. Anais do IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. São Paulo: Abrasd, 2018. v. único. p. 139-149.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 17 mai. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em 17 mai. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.> Acesso em 17 mai. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.> Acesso em 17 mai. 2020.

EMMANUEL MACRON : "NOUS SOMMES EN GUERRE. Disponível em : < https://www.youtube.com/watch?v=m_pXUmz5qN0>. Acesso em 22 jul. 2020.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo.** São Paulo : Juruá, 2016.

FLAMBÉE DE MALADIE À CORONAVIRUS 2019 (COVID-19). Organisation Mondiale de la Santé. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em 22 jul. 2020.

FRANÇA. **Attestation de déplacement et de voyage.** Disponível em : < <https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Attestation-de-deplacement-et-de-voyage>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

L. BURGORGUE-LARSEN, "Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", in. **Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008**, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 180.

LIGNES DIRECTRICES POUR LE NOUVEAU CORONAVIRUS (2019-NCOV). Organisation Mondiale de la Santé. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance>>. Acesso em 22 jul. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la théorie générale de l'État.** Préface d'Éric Maulin. Paris : Dalloz, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11. Grifo do autor.

NOTA TÉCNICA MPT | GT COVID-19 – **Proteção à saúde dos professores durante a pandemia.** Disponível em: < <http://abet-trabalho.org.br/nota-tecnica-mpt-gt-covid-19-protecao-a-saude-dos-professores-durante-a-pandemia/>>. Acesso em 23 jul. 2020.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. Constitution. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em 28 jul. 2020.

- PORTO ALEGRE/RS. **Decretos Municipais.** Disponível em: <
<https://prefeitura.poa.br/coronavirus/decretos>> Acesso em 23 jul. 2020.
- RIO GRANDE DO SUL. **Decretos Estaduais.** Disponível em: <
<https://coronavirus.rs.gov.br/decretos-estaduais>> acesso em 23 jul. 2020.
- ROCHA, L. S. ; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. . Direito Constitucional Transnacional: observações sobre os atratores sistêmicos entre Direito, Economia e Política na articulação transnacional para a apuração da Lavagem de Dinheiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 14, p. 1-22, 2020.
- ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia.** São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa (org.). **Atualidade da Constituição:** o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: FI, 2020.
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa. Direito Constitucional e epistemologia jurídica. In. VILAS BÔAS, Orlando. **Os estudos sociojurídicos e a redefinição do papel do judiciário.**(org.). São Paulo: USP, 2020. p. 1-20.
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição:** o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: FI, 2020.
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social:** Constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.
- ROSANVALLON, Pierre. **El siècle du populisme:** histoire, théorie, critique. Paris, Seuil, 2020.
- SCHWARTZ, Germano. **As Constituições estão mortas?** 2. ed. São Paulo. Lumen Juris, 2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 6.341/DF.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 12 out. 2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672 / DF.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 12 out. 2020.
- THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions.** Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 334.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Orientações aos gestores públicos sobre o Coronavírus.** Disponível em: <
http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/ead/orientacoes_corona>.
Acesso em 23 jul. 2020.

WHO-PRESS CONFERENCES. 27/07/2020 (vídeo). Organisation Mondiale de la Santé. Disponível em : < <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em 22 jul. 2020.

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE E A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE: UMA DEMANDA TRANSNACIONAL DECORRENTE DA SOLIDARIEDADE

Nadya Regina Gusella Tonial¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o direito fundamental ao meio ambiente e a efetivação da sustentabilidade ambiental, no contexto da globalização econômica, para estudá-los na condição de demandas transnacionais que se alicerçam na solidariedade.

Justifica-se a importância do tema pois a globalização econômica, por meio das grandes corporações amplia suas ações no âmbito mundial, para instituir novos centros de poder, enfraquecer os Estados e trazer impactos ao meio ambiente. Desse modo, relevante refletir sobre alternativas que se somem às políticas públicas dos Estados e ao direito internacional para promover a defesa da natureza, que sofre com incessante devastação.

Com isso, a problemática a ser investigada consiste no seguinte questionamento: a criação de um direito e de instituições transnacionais, revela-se um instrumento capaz de efetivar a sustentabilidade ambiental e promover a solidariedade?

Para responder a indagação adota-se o método indutivo, sendo que a técnica de pesquisa é a bibliográfica. As hipóteses que fundamentam os resultados consignam que a globalização econômica promove exclusão, dominação e se revela incompatível com a preservação ambiental; e que o direito transnacional mostra-se como alternativa à efetivação do direito ao meio ambiente e a consequente sustentabilidade ambiental.

Objetiva-se compreender o fenômeno da globalização econômica e seus reflexos no meio ambiente. Ainda, analisar o meio ambiente como um direito fundamental de solidariedade, à luz do pensamento de Gregorio de Peces-Barba. Por fim, estudar a sustentabilidade como paradigma do direito, em especial na dimensão ambiental, e investigar a necessidade de sua concretização na

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: nadyatonial@gmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha. Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISC. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da UPF. Coordenador do PPGDIREITO da UPF. E-mail: liton@univali.br

qualidade de demanda transnacional.

1. A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS AMBIENTAIS

A globalização representa o estado atual da mundialização, que pretende desenhar uma “sociedade-mundo” e uma economia mundializada. Nessa condição, protagoniza diferentes e paradoxais processos culturais e econômicos, como a homogeneização e padronização dos comportamentos à luz dos modelos ocidentais; a resistência e a manutenção de culturas autônomas; e um processo de miscigenação cultural³, bem como a subordinação dos Estados ao capital transnacional.

Contudo, o processo de “mundialização” iniciou ao final do Século XV, com as grandes navegações e se intensificou ao longo do tempo, com o crescente intercâmbio entre as pessoas de diferentes povos e Estados. Assim, “*desde la década de 1960, todo individuo⁴ del llamado mundo desarrollado tiene inconscientemente interiorizada la presencia de lo planetario*”. Nesse contexto, a partir de ano de 1989 com o declínio do socialismo, o auge do capitalismo e o desenvolvimento das redes de telecomunicações instantâneas, foi possível “*la unificación tecnoeconómica del Planeta*”.⁵

Nesse sentido, a globalização “é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ - e isso significa basicamente o mesmo para todos”.⁶

Então, a globalização pode ser entendida como “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”⁷ Acrescenta Beck que o conceito de globalização é algo “inconstante” e que “buscar para ele uma definição mais parece uma tentativa de pregar um pudim na parede”.⁸

Essa realidade criou uma “nova e desconfortável percepção das coisas fugindo ao controle”, o que levou a articulação do conceito de globalização, que se caracteriza pelo “caráter

³MORIN, Edgar. **La Vía para el futuro de la humanidad**. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. p. 20-21.

⁴Adverte Morin que o caráter planetário dos bens e das informações abrange somente as pessoas do chamado mundo “desenvolvido” e deixa de fora os não desenvolvidos (excluídos). MORIN, Edgar. **La Vía para el futuro de la humanidad**. p.20.

⁵MORIN, Edgar. **La Vía para el futuro de la humanidad**. p.20.

⁶BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7.

⁷BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

⁸BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. p. 46.

indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo”.⁹

A globalização atinge tanto grupos pequenos, quanto grandes e influencia o aparecimento de “identidades culturais locais em várias partes do mundo.” Logo, não é “um processo singular, mas um conjunto complexo de processos”, que transformou o mundo em uma “sociedade cosmopolita global”, na qual as influências são mútuas e acontecem de “maneira anárquica” e “fortuita”. Assim, a globalização “não é firme nem segura, mas repleta de ansiedades bem como marcada por profundas divisões.”¹⁰

Importante mencionar que o fenômeno da globalização envolve várias dimensões, visto que “significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil.”¹¹ Dentre elas merecem relevo: a econômica, a política, a social, a cultural e a ambiental pelos efeitos que geram ao Planeta Terra, aos Estados, à sociedade e às pessoas. “Em suma, “o particular e o universal, que se interpenetram, tornando inseparáveis as instâncias local e global”.¹²

Nesse contexto, a globalização pode ser entendida como uma “sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial”, que, por sua vez, se propaga pelo “capitalismo global desorganizado, pois não há poder hegemônico ou regime internacional econômico ou político.”¹³

Com relação à globalização econômica, observa Morin que a sociedade deveria controlá-la, porém isso não acontece, e “*este control es lo que falta, faltan también las autoridades legítimas dotadas de poder de decisión, y está ausente la conciencia de comunidad de destino indispensable para que la sociedad se convierta en Tierra-Patria.*”¹⁴

Desse modo, verifica-se que na globalização econômica¹⁵ os principais agentes “não são os governos que formaram mercados comuns em busca de integração econômica, mas os conglomerados e empresas transnacionais” que dominam a economia em todas as partes do

⁹BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 66-67.

¹⁰GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo por nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003. p. 28-29.

¹¹BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 46.

¹²VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 80-100.

¹³BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. p. 33.

¹⁴MORIN, Edgar. **La Vía: para el futuro de la humanidad**. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. p.21.

¹⁵Após a Segunda Guerra Mundial, em meio a Guerra Fria, com um discurso sobre "desenvolvimento" consolidou-se uma estrutura de dominação dicotômica: desenvolvido-subdesenvolvido, pobre-rico, civilizados-selvagens [...]. Essa dicotomia revela-se perversa. Dessa forma, o desenvolvimento passou a ser visto desde a lógica da acumulação de capital. ACOSTA, Alberto. **El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos**. Barcelona: Icaria Editorial, 2013. p.30

mundo.¹⁶ Ainda, esse modelo de mundialização econômica é fomentado por um capitalismo neoliberal, que se revelou hegemônico após a frustração do modelo socialista, ao final da Guerra Fria.

O capitalismo neoliberal estimula a globalização ambiental, responsável pela produção, seja agrícola ou industrial, e pela incessante urbanização que violam e degradam o meio ambiente, bem como, de modo predatório, provocam devastação e uso inadequado dos recursos naturais. Assim, o mercado e as grandes corporações protagonizaram a globalização econômica, por meio da mundialização de suas ações, que não se restringiram as fronteiras dos Estados.

Neste contexto, Santos apresenta três faces da globalização: primeiramente, como fábula retratando “o mundo tal como nos fazem crer”, ou seja, “a máquina ideológica que sustenta as ações preponderantes da atualidade é feita de peças que se alimentam mutuamente e põem em movimento os elementos essenciais à continuidade do sistema”. A segunda é a globalização como perversidade que revela “o mundo como ele é”, momento que o desemprego e a pobreza se espalham em todos os continentes, o meio ambiente é devastado e a riqueza se concentra nas mãos de poucos. E na terceira, o mundo como poderia ser “por uma outra globalização”, que venha a reduzir as desigualdades, respeitar as pessoas e estimular a solidariedade social.¹⁷

Portanto, observa-se que a globalização ao mesmo tempo “tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”.¹⁸ Ela é um processo irreversível que acaba afetando a todos, visto que tudo é colocado em movimento e em constante transformação. Em especial, destaca-se que a globalização econômica, por meio do capitalismo, promove o controle dos negócios e do comércio do planeta, das finanças e do fluxo de informações, trazendo devastadoras consequências ambientais, o que coloca em risco a existência da atual e das futuras gerações.

2. O MEIO AMBIENTE: UM DIREITO FUNDAMENTAL DE SOLIDARIEDADE

Diante da devastadora realidade provocada pela globalização econômica, importante compreender a noção do meio ambiente na condição de direito fundamental de solidariedade para investigar alternativas à sua efetivação.

¹⁶ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. p. 80.

¹⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 9-11.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7-8.

Nessa senda, refere-se que os direitos humanos¹⁹ designam direitos pertencentes a todas as pessoas em face de sua natureza humana, que foram conquistados historicamente em diferentes dimensões ou gerações e merecem o reconhecimento na esfera interna, internacional e transnacional. Logo, como aduz Carrio, os direitos humanos derivam dos princípios da inviolabilidade, da autonomia e da dignidade da pessoa.²⁰

Os direitos humanos romperam as barreiras do direito interno e da soberania, com intuito de proteger os “cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo”.²¹ A par disso, foram positivados nas Constituições da maioria dos Estados, recebendo a designação de direitos fundamentais. Contudo, cabe observar a presença do fenômeno da “transnacionalização dos direitos fundamentais” que “é um processo diferente e posterior ao da internacionalização dos mesmos”.²²

Para compreender essa transnacionalização dos direitos fundamentais opta-se por adotar a lição de Peces-Barba. Explica o doutrinador espanhol que os direitos fundamentais podem ser compreendidos por meio de uma teoria tridimensional, ou seja, através das dimensões ética, jurídica e fática.²³ Assim, os direitos fundamentais possuem seu conceito alicerçado nessas três perspectivas, que se revelam imprescindíveis e devem coexistir. A primeira, a axiológica (ética) “relacionada com sua validade (fundamento-legitimidade)” a segunda, a jurídica ligada a “sua vigência (positividade-legalidade)”; e a terceira, a fática (ou social) que diz respeito “as práticas sociais (eficácia ou efetividade)”.²⁴

Pela dimensão ética um direito fundamental deve representar uma “pretensão moral justificada”, com base na dignidade da pessoa humana, nos ideais de liberdade, igualdade, solidariedade e segurança jurídica. Ainda, seu conteúdo deve ser passível de generalização, ou

¹⁹ Conforme Luño, os direitos humanos podem ser conceituados como “um conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

²⁰ CARRIO, Genaro R. **Los derechos humanos y su protección**: distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.14.

²¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.1.

²² GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 177.

²³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 109-112.

²⁴ GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVEIRO, Maurizio (Orgs.). **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**: edição comemorativa 10 anos do convênio de dupla titulação entre a Univali e a Unipg. Perugia: Unipg, 2016. p. 16.

seja, de se tornar lei universal e ser aplicado a todos os seres humanos, do mesmo modo.²⁵

Pela dimensão jurídica os direitos fundamentais devem representar uma pretensão moral justificada que possa ser incorporada a uma norma jurídica, isto é, positivada. Com isso, passa a obrigar os encarregados dessas obrigações jurídicas a cumpri-las, para que *“el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial”* e, ainda, *“que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos”*.²⁶

Já, a dimensão fática revela que os direitos fundamentais pertencem à realidade social, *“por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad”*. Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que o direito influencia a realidade social, a própria realidade social também influencia o direito.²⁷

Em suma pelas três dimensões, *“os direitos fundamentais são remetidos a uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da ideia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito positivo poderão ter a sua finalidade efetivada”*.²⁸

Pelo pensamento de Peces-Barba os direitos fundamentais são um fenômeno da modernidade e sua formação envolve quatro momentos: um processo de positivação que ocorreu a partir das revoluções burguesas, com a positivação dos direitos de liberdade (direitos individuais); o processo de generalização, como consequência de conquistas decorrentes de lutas em busca da igualdade, em que foram reconhecidos e protegidos os direitos de determinados grupos (direitos sociais); um processo de internacionalização, com intuito de ampliar a proteção para além das fronteiras dos Estados e criar um sistema de proteção que envolvesse a comunidade internacional; e um processo de especificação, que busca proteger os novos direitos de solidariedade (direitos transindividuais), levando em conta os titulares (por exemplo crianças, idosos, consumidores...), como também o conteúdo, que é pertinente a todas as pessoas, (por exemplo o meio ambiente, a paz, o desenvolvimento...)²⁹

Esses “novos direitos” envolvem direitos fundamentais de terceira geração³⁰ e são ao

²⁵PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. p. 109.

²⁶PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. p. 109-110.

²⁷PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. p. 112.

²⁸GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. p.14.

²⁹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. p. 154-155.

³⁰Conforme Sarlet, os “direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos [...], e caracterizando-se,

mesmo tempo individuais, coletivos e difusos, podendo ser denominados de transindividuais. Caracterizam-se como transfronteiriços e transnacionais, e, principalmente, por estarem ligados ao valor da solidariedade (fraternidade).³¹

Assim, surgiu a necessidade de proteger direitos cujo conteúdo se fundamenta na solidariedade, como o meio ambiente, envolvendo uma “proteção global e sistemática”, por meio de uma concepção ampla, que abarque “o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações, e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”.³²

Em especial, passou a existir a preocupação com a finitude dos recursos ambientais e com a vida do planeta. Mormente com a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano de 1972, pela primeira vez houve a discussão e elaboração de relatórios internacionais sobre o binómio desenvolvimento e meio ambiente.³³

Todavia, percebe-se que não há como conciliar o capitalismo neoliberal e a proteção ao meio ambiente. O atual sistema fundamenta-se no consumismo, na fabricação de bens e no oferecimento de serviços. Com isso promove a escassez dos recursos naturais e a produção desenfreada de resíduos, devastando e poluindo o meio ambiente. Veiga critica a expressão desenvolvimento sustentável aduzindo que ela acaba “se legitimando para negar a incompatibilidade entre o crescimento económico contínuo e a conservação de meio ambiente”, ou seja, traz a ideia que há possibilidade de crescer sem destruir.³⁴

No mesmo sentido, Sachs argumenta que o desenvolvimento sustentável é incompatível com o modelo capitalista, que somente visa lucros e ganhos em cada investimento.³⁵ Também Boff menciona que “o adjetivo sustentabilidade e o adjetivo sustentável” representam “uma etiqueta que se procura colar nos produtos e nos processos de sua confecção para agregar-lhe valor”.³⁶

consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, [...]” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 57.

³¹ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. p. 179.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helin Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 8 3-16

³³ SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. p.48.

³⁴ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. p.189.

³⁵ SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. p.55.

³⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 9.

Logo, embora a proteção ao meio ambiente conste em documentos internacionais, na condição de direitos humanos e nas Constituições dos Estados, como direitos fundamentais, o atual modelo de desenvolvimento econômico não é sustentável³⁷ e revela-se predatório.

Observa-se que o discurso dominante e que representa a linguagem oficial “afoga a realidade e outorga impunidade à sociedade de consumo” para impô-la como modelo de desenvolvimento, com inequívoco intuito de beneficiar as grandes empresas. Tal conduta promove a degradação da terra, a poluição do ar e da água, a desregulação do clima e a dilapidação dos recursos naturais³⁸, não importando as consequências à vida do planeta e das pessoas.

Desse modo, o fenômeno da transnacionalidade revela-se “vital para o futuro da raça humana”, pois envolve questões denominadas de “demandas transnacionais”. Tais demandas se encontram ligadas a efetividade dos direitos fundamentais difusos, que precisam de uma abordagem e regulamentação diversa daquela presente no direito internacional ou no direito interno, pois dizem respeito a toda humanidade.³⁹

Portanto, o processo de especificação dos direitos fundamentais busca proteger os novos direitos de solidariedade, levando em conta os titulares e, também, o conteúdo. Assim, o direito ao meio ambiente na qualidade de direito fundamental de terceira geração, assenta-se no valor da solidariedade e para que ele se efetive é necessário adotar um modelo econômico que tenha mais equidade com as pessoas (humanidade) e mais equilíbrio com a natureza.

3. A DIMENSÃO AMBIENTAL DA SUSTENTABILIDADE E SUA EFETIVAÇÃO

As demandas transnacionais exigem a “criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos, que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional”. A justificativa para a transnacionalização do direito “é a necessidade de proteção do ser humano” e de seu “entorno natural”.⁴⁰

A transnacionalização pode ser definida como “fenômeno reflexivo⁴¹ da globalização”, que

³⁷ Alerta Freitas que “provavelmente, trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear, que a humanidade simplesmente pode inviabilizar sua permanência na Terra, por obra e desgraça, em larga escala, de seu estilo devorante, compulsivo e pouco amigável.” FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 25-26.

³⁸ GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo: el mundo visto desde una ecología latino-americana**. p.10.

³⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar**. p. 174.

⁴⁰ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar**. p. 175.

⁴¹ Argumenta Stelzer que o fenômeno é reflexivo “porque a transnacionalidade caracteriza-se pela permeabilidade estatal e criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica, que perpassa a realidade nacional, mas que não se confunde com [...] internacionalidade. Assim, enquanto a globalização é o fenômeno envolvente, a transnacionalidade é a nascente de um terceiro

se caracteriza “pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.”⁴² Então, a transnacionalidade “enquanto fenômeno, não é distinto da globalização⁴³, pois nasce no seu contexto, mas com características próprias”.⁴⁴

Assim, o prefixo “trans” indica que “a estrutura pública transnacional poderia perpassar vários estados”, ou seja, ir além. Com isso, relevante refletir sobre a possibilidade de criação de “espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas”, com intuito de obter respostas mais eficientes aos fenômenos globais,⁴⁵ como o meio ambiente. Destaca-se que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental transindividual (difuso), cujo conteúdo envolve a solidariedade para manter as condições de vida no planeta Terra, para a atual e as futuras gerações.

Nesse contexto, o Estado-nação e os organismos internacionais não conseguem agir de modo efetivo diante da complexidade das demandas transnacionais pertinentes à defesa do meio ambiente. Verifica-se que o capitalismo desequilibra o sistema de solidariedade que deve existir entre as gerações, promove o esgotamento dos recursos naturais⁴⁶, e ainda, coloca em risco a vida no Planeta Terra.

No capitalismo tudo gira em torno do dinheiro, do lucro e da acumulação. O mercado tornou-se o protagonista, escapou do controle dos Estados e transformou tudo em mercadoria. A economia de mercado promove a exploração das pessoas e a aniquilação da natureza, o que acaba “*enfermando el cuerpo, nos está envenenando el alma y nos está dejando sin mundo*”.⁴⁷

A globalização, no viés econômico, enfraqueceu o Estado-nação⁴⁸, criou novos centros de

espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional.” STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

⁴²STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 21.

⁴³Explica Garcia que “as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica como alguns pretendem, e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta.” GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade**: um estudo preliminar. p. 175.

⁴⁴ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. p. 50.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57.

⁴⁶ Sousa Santos alega que o capitalismo está assumindo características que parecem do século XVIII e XIX, ao mesmo tempo em que convive com a revolução das tecnologias. Esta é a grande contradição do capitalismo, neste momento, por isso que os recursos naturais são cada vez mais importantes. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologías**. p.17-18.

⁴⁷ GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde una ecología latino-americana. p.11.

⁴⁸ Nesse contexto, o Estado tem seu poder reduzido e acaba servindo ao capital global, momento que desempenha “funções de uma empresa de segurança” e “finge estar interessado na moralidade pública, no corpo, na memória e na privacidade dos homens: essas são mercadorias valiosas numa feira política que acontece a cada quatro ou cinco anos, ou seja, na eleição.”

poder e “novos tipos de poder que não são alcançados pelos direitos nacional e internacional”. Tal situação produz uma sensação de “desamparo sentida por grande parte da população global nessa segunda década do Século XXI”⁴⁹. Assim, as demandas transnacionais exigem uma regulação transnacional, como é o caso do meio ambiente.

Entretanto, os poderes constituídos parecem não compreender o problema de agressão ao meio ambiente e suas consequências, na totalidade. Guattari defende que o tema somente pode ser entendido uma “articulação ético-política - a que chamo ecosofia - entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana) é que poderia esclarecer convenientemente tais questões.”⁵⁰ Nessa senda, os problemas relativos aos meio ambiente são multipolares e complexos, visto que se constituem em demandas transnacionais.

Desse modo, a noção de sustentabilidade exsurge como novo paradigma ao direito, apresenta novos sujeitos (as gerações futuras), ultrapassa a noção de Estado, de direito nacional e de território, colocando a solidariedade entre as gerações como valor cardeal.⁵¹

A sustentabilidade diz respeito às pessoas de modo individual, bem como “às comunidades, à cultura, à política, à indústria, às cidades e principalmente ao Planeta Terra com seus ecossistemas”. Representa “um modo de ser e de viver que exige alinhar as práticas humanas às potencialidades limitadas de cada bioma e às necessidades das presentes e das futuras gerações.”⁵²

O conteúdo da sustentabilidade pode ser dividido em três dimensões: a ecológica ou ambiental, a social e a econômica. Esse tripé permeia “uma íntima relação de dependência, pois as ações do mercado repercutem sensivelmente no cotidiano da sociedade, que por sua vez traz consequências ao meio ambiente.”⁵³

BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.150.

⁴⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p.12.

⁵⁰ GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papyrus, 1990. p.8.

⁵¹ FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011. p. 1461.

⁵² BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. p. 17.

⁵³ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017. p. 30.

No que tange à dimensão ambiental, a sustentabilidade compreende o “*direito das gerações atuais, sem prejuízo das gerações futuras, ao ambiente limpo, em todos aspectos*”.⁵⁴ Logo, a sustentabilidade ecológica aparece “como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção.”⁵⁵

Nesse viés, relevante compreender a noção de sustentabilidade por meio de um conceito ampliado e integrador:

Sustentabilidade é toda a ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.⁵⁶

A noção de sustentabilidade não comporta respostas simples ou definitivas. Segundo Veiga “é o único valor a dar atenção às futuras gerações”, portanto, vem “a evocar a responsabilidade contemporânea pelas oportunidades, leque de escolhas, e direitos, que nossos trinetos e seus descendentes terão alguma chance de usufruir.”⁵⁷

Verifica-se que a sustentabilidade de um grupo social é aferida pela capacidade de efetivar a inclusão de todos e garantir uma vida digna, bem como o “grau de humanidade de um grupo humano se avalia pelo nível de solidariedade, de cooperação e de compaixão que cultiva face aos coiguais necessitados.”⁵⁸ Todavia, o sistema capitalista é perverso, mata de fome, de doença, exclui da partilha dos bens e ainda, mantém uma relação de insustentabilidade com o planeta, destruindo a natureza.

Assim, a mudança de atitude com relação à devastação do meio ambiente, seja pela produção de lixo, seja pelo esgotamento dos recursos naturais, depende de “um processo de trocas mútuas e interações entre os vários setores da sociedade, pois o social, o ambiental e o econômico não podem viver isoladamente.” Então, a “economia não pode ditar os rumos da proteção ambiental” há necessidade da participação de todos.⁵⁹

⁵⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 72. Itálico do autor.

⁵⁵ LEFF, Enrique. **Sabe ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 11.ed. Petrópolis: Vozes/PNUMA, 2015. p.15.

⁵⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 116.

⁵⁷ VEIGA, José Eli da. Para entender o desenvolvimento sustentável. p. 40.

⁵⁸ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 21.

⁵⁹ BRAVO, Álvaro Sánchez. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. In **Revista**

Com isso, necessária “não apenas a justaposição de instituições ou superação/transposição de espaços territoriais” mas sim a criação de “novas instituições multidimensionais”⁶⁰ e de um direito transnacional com intuito de proporcionar respostas mais satisfatórias às demandas globais referentes à defesa do meio ambiente.

Explica Antunes de Souza que a tutela ao meio ambiente deve acontecer por meio de uma “estrutura Transnacional”, que seja organizada “como uma grande teia de proteção do planeta, regido por princípios ecológicos e que assegure alternativas e oportunidades democráticas mais inclusivas, participativas e emancipatórias.” A efetivação da sustentabilidade na sua tripla dimensão “somente é possível por meio de uma política transnacional de cooperação e solidariedade.”⁶¹

Portanto, a proteção do meio ambiente “é a questão transnacional por excelência, e é uma questão mais que urgente de todas, pois sem o planeta, nossa casa, não poderemos viver, evidentemente que é uma questão urgentíssima.”⁶² Assim, à luz da sustentabilidade, indispensáveis espaços transnacionais e normas transnacionais que promovam a efetiva proteção ao meio ambiente, com fundamento na solidariedade entre a atual e as futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização promoveu a relativização da soberania dos Estados, em prol de agentes transnacionais, que passaram a realizar ações no âmbito econômico, da informática, da ecologia e outros. Em especial, na economia, as grandes corporações passaram a atuar de modo global, o que fragilizou os Estados, promoveu o controle político dos mesmos e gerou desigualdade social.

Nesse contexto, o capitalismo neoliberal não tem barreiras, não se limita ao território dos Estados nacionais, não se subjeta ao direito dos mesmos e provoca uma crise na democracia. Tal situação exige o surgimento de um direito transnacional que possa proteger os direitos fundamentais difusos, em especial, o meio ambiente.

Assim, o fenômeno da transnacionalidade envolve demandas transnacionais que estão ligadas a efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração, que necessitam de uma regulação diversa daquela concedida pelo direito interno ou internacional, visto que envolvem

Novos Estudos Jurídicos – NEJ, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012. p. 94.

⁶⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. p.57

⁶¹ ANTUNES DE SOUZA, Maria Claudia da Silva. Por um novo modelo de Estado: o Estado de direito ambiental. In: ESPÍRITO SANTO, Davi do; PASOLD, Cesar. (Orgs). **Reflexões sobre a teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p.144-145.

⁶² GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade**: um estudo preliminar. p. 189.

questão vital à raça humana e ao próprio planeta.

Desse modo, não há como conciliar o capitalismo neoliberal e a proteção ao meio ambiente, visto que não existe desenvolvimento que seja sustentável no atual modelo. A par disso, verifica-se que o desenvolvimento econômico não pode continuar se sobrepondo à sustentabilidade, que desponta como novo paradigma do direito na pós-modernidade.

Como alternativa para a concretização das demandas transnacionais, em especial, o direito ao meio ambiente, necessária e urgente a criação de espaços transnacionais, bem como de direito transnacional, que tragam respostas mais satisfatórias para a efetivação da sustentabilidade ambiental.

Salienta-se que a solução de questões transnacionais exige uma consistente mudança, com a possibilidade do surgimento de espaços públicos transnacionais que ultrapassem a noção dos Estados e consigam implementar estratégias de governança e regulação por meio de um direito transnacional, que proteja a vida no Planeta Terra. Nesse sentido, a sustentabilidade ambiental se evidencia como uma urgente demanda transnacional a ser efetivada em uma nova ordem jurídica transnacionalizada.

Portanto, o meio ambiente é uma questão global e na condição de direito fundamental transindividual, somente poderá ser protegido, de modo pleno, em um espaço transnacional, à luz do valor da solidariedade, que envolve a preocupação de todos com a vida duradoura no planeta, para a presente e as futuras gerações.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto. El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos. Barcelona: Icaria Editorial, 2013.

ANTUNES DE SOUZA, Maria Claudia da Silva. Por um novo modelo de Estado: o Estado de direito ambiental. In: ESPÍRITO SANTO, Davi do; PASOLD, Cesar. (Orgs). Reflexões sobre a teoria da Constituição e do Estado. Florianópolis: Insular, 2013. p.129-152.

BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

- BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.
- BRAVO, Álvaro Sánchez. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. In Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helin Sivini; LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 3-16
- CARRIO, Genaro R. Los derechos humanos y su proteccion: distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade. Itajaí: UNIVALI, 2012.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55-71.
- FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011.
- FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- GALEANO, Eduardo. Úselo y tírelo: el mundo visto desde uma ecologia latino-americana. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010.
- GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVEIRO, Maurizio (Org.). O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia: edição comemorativa 10 anos do convênio de dupla titulação entre a Univali e a Unipg. Perugia: Unipg, 2016. p. 8-31.
- GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In:

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo por nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

GUATTARI, Félix. As três ecologias. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 1990.

LEFF, Enrique. Sabe ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 11.ed. Petrópolis: Vozes/PNUMA, 2015.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MORIN, Edgar. La Vía para el futuro de la humanidad. Tradução de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: (im) probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017

SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. De las dualidades a las ecologías. La Paz: Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía REMTE, 2012.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15-53.

VEIGA, José Eli da. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VEIGA, José Eli da. Para entender o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Editora 34, 2015.

VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

EPIDEMIAS E FINITUDE NA HISTÓRIA DO ISLÃ, ORIENTE MEDIO, ÁFRICA DO NORTE E AMÉRICA LATINA

Mohammed Nadir¹

Luiz Ernani Bonesso de Araújo²

“We doctors are sometimes inclined to regard preventive medicine as a recent, sophisticated specialty, relating to vaccination, inoculations, and other highly specific and scientific procedures. But in fact people have been taking precautions against possible illness and disaster since the dawn of time”³

INTRODUÇÃO

É unanime que a pandemia do Covid 19 metamorfoseou nossa maneira de ser e estar no mundo. Porém isso não faz e não fará dela um fato transformador da história da humanidade, tendo em conta a concepção braudeliana das mudanças estruturais que acontecem na história.

Tem se lido e publicado muita literatura sobre a Covid-19; Filósofos, economistas, militares, ambientalistas e cientistas sociais, epidemiologistas e infectologistas, e até geopolíticos têm trocado discursos retóricos para determinar o responsável, tendo em vista o choque desencadeado entre as duas potências, EUA e a China. Em termos nacionais e internacionais temos observado o decreto de estados de emergência em vários países quer do Mundo ocidental quer dos países extras ocidentais (Africa e Asia), em termos internacionais temos constatado o regresso duma espécie de *Limes Romano* com fortificações e comportamentos fronteiriços rígidos para impedir a entrada neste caso não dos povos bárbaros, mas de pessoas doentes e infetadas. Discursos e narrativas que foram minuciosamente concebidos para convencer a população a uma maior adesão a esse contexto/ estado de emergência.

Ora, de um perigo à saúde publica até a declaração de estado de guerra, vários líderes mundiais tentaram unificar sua nação para se proteger perante um inimigo comum. Obviamente

¹ Graduado em história no Marrocos, Mestre e Doutor em História pela Universidade de Coimbra, pós graduado em Relações internacionais, diplomacia e meio de comunicação pela Universidade Complutense de Madrid-Espanha, pós doutorando em Direito pelo PPGD-Universidade Federal de Santa Maria, RS. Pesquisador do GPDS-UFSM, pesquisador associado do GECAP-UFSM, do CHSC-FLUC- Universidade de Coimbra, do Centro de estudos Africanos da Universidade do Porto- Ex docente na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra e na Faculdade de Letras da Universidade de Rabat e na RI-UFSM. Email. mohammednadir2010@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0001-9213-808X>; CiêncialD: 471B-887B-43F8.

² Professor Titular aposentado do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria-UFSM-RS. Professor do Mestrado de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF.

³ Una MacLean: *Yoruba Sickness Behavior*, IN: London JB (ed), *Social Anthropology and Medicine*, ASA Monograph # 13. London: Academic Press, 1976.

que em países com democracias consolidadas houve debates mais ou menos civilizados sobre essas medidas, mas sem nunca pôr em causa o consenso e a união nacional perante um vírus letal e invisível.

Outros líderes tentaram ao mesmo tempo enfrentar a epidemia com firmeza, mas sem deixar de tirar proveito político para se destacar como salvadores da pátria (o exemplo de Macron é bem interessante nesse caso). Outros viram no coronavírus uma doença banal que não tardaria a passar, tais como Suécia, Reino Unido e EUA. Muito embora o país norte-americano tenha disponibilizado trilhões de dólares para proteger a sua economia e para ajudar os mais vulneráveis não obstante o desdém do Donald Trump. O caso brasileiro é emblemático porque apesar de o país ter declarado estado de calamidade para enfrentar a pandemia, houve uma politização da doença, fruto da já existente polarização aguda e excepcional pela qual o país tem passado.

Deixando o lado político e olhando para a literatura socio filosófica, nos deparamos com várias leituras segundo a linha de pensamento de cada autor que, aproveitaram a epidemia para veicular sua linha de observar o mundo. De Agamben, que desde o primeiro artigo sobre a corona vírus considerou a COVID 19 uma espécie de conspiração que visa declarar o estado de exceção⁴, passando por Žižek, que viu no coronavírus uma ameaça ao bom funcionamento dos mercados mundiais e daí a necessidade de reorganização da economia mundial através de uma organização global que pudesse regular e controlar a economia, (mesmo que fosse necessário limitar a soberania dos estados nacionais) e finalmente um apelo de uma mudança radical para salvar a humanidade perante a crise do capitalismo⁵. Ainda que a análise de Žižek seja uma ideia feita, não parece que haja elementos estruturais para que aconteça essa desejada mudança radical.

Por sua vez David Harvey, numa outra abordagem, traz luz sobre a relação do homem com a natureza e considera que o COVID-19, nada mais é do que uma vingança da natureza sobre os quarenta anos de abuso e maltrato ambiental, fruto de um violento e desregulado extrativismo. Na sua opinião e apesar de a coronavírus poder provocar consequências nefastas a longo prazo, tais como o desemprego, despedimentos em massa, inteligência artificial, ele -o vírus- tem efeitos positivos, um deles o derrube do estilo consumista dos países opulentos que impactou negativamente o meio ambiente. Nessa senda, Harvey afirma o quão diminuiu a poluição resultado das quarentenas pelo mundo fora, fazendo os cisnes voltarem ao canal de Veneza⁶!

⁴ Giorgio Agamben e al, *Sopa de Wuhan*, ed. Aspo, Março 2020, artigo de 26 de febrero “La invención de una epidemia” pp. 17-21.

⁵ Slavoj Žižek, “El coronavirus es un golpe al capitalismo a lo Kill Bill...” in *Sopa de Wuhan*, pp. 21-28.

⁶ David Harvey, Política anticapitalista en tiempos de coronavirus, ...” artigo de 22 de março de 2020 in *Sopa de Wuhan*, pp. 79-97.

Boaventura Sousa Santos também não ficou fora do debate e numa obra⁷ recente *A Cruel Pedagogia do Vírus*, deixou clara essa relação desequilibrada entre o homem e a natureza e que uma das lições ou dimensões (culturais, sociais e económicas) do vírus é o fato de ele refletir as desigualdades estruturais que caracterizam o hipercapitalismo⁸.

Desse modo, podemos dizer que tanto hoje como ontem as epidemias nunca deixaram indiferentes as sociedades. Se a maioria dos autores seculares acima referidos tendem a capitalizar o vírus e através dele fazer uma sociologia das ausências e um grito dos invisíveis (migrantes, refugiados, minorias etc), também no passado houve debates e políticas sanitárias para proteger as populações das epidemias e das doenças infecciosas.

1. UMA TRADIÇÃO HIGIÊNICA E SANITÁRIA NO ORIENTE MÉDIO E ÁFRICA

Nos mundos extraeuropeus (medio-oriente, África) houve uma tradição higiénica e sanitária para proteger-se das doenças e epidemias e praticas curativas em tempos de grandes crises de saúde pública. Um dos espaços que historicamente desempenhou um papel de liderança em termos das ciências da saúde, da cura e da prevenção são os países do Médio Oriente bem como na África.

Na península arábica, principalmente no período do advento da islã, com os rituais que esta religião trouxe, a questão de saúde e de higiene passou a ser um pilar da vida e do espaço do crente muçulmano⁹. Não apenas é preciso fazer ablução cinco vezes ao dia, mas é necessário ser limpo para se dirigir ao divino e bem assim estar suficientemente apresentável e limpo para entrar num espaço de culto tão sagrado como a mesquita. Numa das *surat*/capítulos corânicos podemos ler o seguinte

«e, estão-vos **permitidas todas as coisas sadias**, assim como vos é lícito o alimento dos que receberam o Livro, da mesma forma que o vosso é lícito para eles»¹⁰.

“Ó fiéis, sempre que vos dispuserdes a observar a oração, **lavai o rosto, as mãos** e os antebraços até aos cotovelos; **esfregai a cabeça**, com as mãos molhadas e **lavai os pés**, até os tornozelos. E, quando estiverdes polutos, **higienizai-vos**”¹¹

⁷ Boaventura de Sousa Santos, *A Cruel Pedagogia do Vírus*, Edições al-Medina, Coimbra, 2020, p. 32.

⁸ Boaventura de Sousa Santos, *A Cruel Pedagogia do Vírus*. p. 32

⁹ Husam Hassan Husni abu Hamad, *Ahkam naql al-Amrad al-Mu'diyya : Dirasa fiqhiyya*, dissertação de mestrado, Universidade al-Quds/Jerusalém Palestina, 2016, p.

¹⁰ O Corão, *Surat al-Ma'ida*, Aya/versículo, 5

¹¹ O Corão, *Surat al-Ma'ida*, Aya, versículo 6.

A própria comida evidencia esse caráter de limpeza, citemos “Estão-vos vedados: a carniça, o sangue, a carne de suíno e tudo o que tenha sido sacrificado com a invocação de outro nome que não seja o de Deus; os animais estrangulados, os vitimados a golpes, os mortos por causa de uma queda, ou chifrados, os abatidos por feras, salvo se conseguirdes sacrificá-los ritualmente”¹². Em outro texto podemos ler “como Deus vos tem disposto, porque Ele estima os que arrependem e **cuidam da purificação**”¹³. Para além dessas recomendações, a Islã sempre teve uma relação de cuidado com o meio ambiente, assim encontram-se muitas *Ahadith*/ palavras do Profeta Muhammad, avisando e aconselhando não poluir os rios, não beber das águas estagnadas e não sujar o meio ambiente¹⁴. Esse conjunto de medidas e recomendações são formas e estratégias do islã e da *chari’a islamiyya*, isto é, legislação religiosa muçulmana para se manter higiênico e saudável e prevenido de qualquer enfermidade.

No que diz respeito às doenças infecciosas e epidemias em terras do Islã, encontra-se toda uma série de disposições de jurisprudência/*ahkam fiqhiyya* que trata não apenas da prevenção, mas das medidas que protegem nos momentos de pandemias. A leitura dos *ahadith sunniya* (ditos do profeta Muhammad) deixa claro que, uma vez declarados e descobertos casos de doenças contagiosas e que se transformam em epidemias a escala maior, tais como a peste - conhecida nas narrativas árabes como *al-Ta’un* الطاعون e a lepra *al-juda’m* الجذام. Nesse contexto, a recomendação da jurisprudência e os *ahadith* são claros, é preciso evitar frequentar os infetados pelo *Waba’* (الوباء) /vírus/epidemia, assim como evitar entrar e viajar a lugares infetados e em caso de passagem por um lugar infetado não sair de modo a não espalhar a doença. Numa das narrativas/*hadith* do profeta Muhammad pode se ler o seguinte sentido

«a peste /al-Ta’un e uma enfermidade que Deus faz com que seus servos enfrentem, quando ouvirem de algum lugar infetado não entreis, e se estiveis em lugares infetados não fujais»¹⁵. Noutra narrativa do profeta pode se ler

«fujais da lepra como se fosse um leão selvagem»¹⁶.

O mesmo pode ser percebido numa história que teve lugar no período do sucessor /*Khalifa* do profeta Muhammad, ‘Umar Ibn al-Khattab (foi o segundo califa depois da morte do profeta) que, ao chegar ao Cham (atual Síria e Líbano) e ao ter conhecimento da peste, decidiu prudentemente e preventivamente retornar com sua delegação a Medina (cidade na atual Arábia

¹² O Corão, Surat *al-Ma’ida*, Aya, Versículo 3.

¹³ O Corão, Surat *al-Baqara*, Aya/versículo 222.

¹⁴ Al-Bukhari, *al-Sahih*, hadith numero 239 e 283 e 2472.

¹⁵ Muslim, *al-musnad al-Sahih*, Livro, al-salam, cap. al-Ta’un/a peste, hadith número 2218 .

¹⁶ Al-Bukhari, *al-Sahih*, Livro, al Teb/medicina, cap. al-Juda’m/ a lepra, hadith número 5707.

Saudita)¹⁷. A partir desses fatos, evidencia-se que a Islã, como conjunto de leis e rituais orientadores para cada crente e as disposições jurisprudentes deram maior atenção à prevenção por meio da higiene, limpeza, lavagem, proteção (através da não frequência dos doentes, de não entrar ou sair dos lugares infetados) das doenças infecciosas (*al-'Adwa*)¹⁸.

Em termos transcendentais e filosóficos, as epidemias e a finitude são tidas no Islã como uma provação (*bala' ةبلا*) ao crente que nela deve mostrar força, paciência, rigor, disciplina no que diz respeito ao acato das recomendações de saúde e fé no destino divino para superar a aflição. Numa passagem corânica pode ler-se o seguinte

“Bendito seja aquele em cujas mãos está a Soberania, e que é onipotente; que **criou a vida e a morte, para testar quem de vós melhor se comporta** – porque é o Poderoso, o Indulgentíssimo”¹⁹.

Nessa ótica filosófica e espiritual, a morte e as doenças contagiosas são vistas não como um castigo divino, mas sim como um destino celestial. A própria morte e finitude, nesse contexto de epidemia/*al-'Adwa* é encarado como uma bênção para a vida eterna, uma vez que quem morre durante a peste é considerado um mártir (*shahid*)²⁰.

Por outro lado, deu-se um cuidado especial ao bom tratamento dos doentes, seja em que estado estiverem, e até os últimos dias na medida em que nunca se sabe quando se possa surgir uma cura.

Além destes dispositivos preventivos, constata-se também que a jurisprudência muçulmana (*ahkam fiqhyya*), tem-se dedicado a resolver as dúvidas relativas ao cumprimento dos rituais durante as doenças (*al-'Adwa*) bem como durante as pandemias (*al waba'*). Nesse contexto é recomendado evitar as aglomerações para que não haja mistura de infetados e de saudáveis e por conseguinte propagação das doenças. Daí que o infetado tem de ficar em isolamento, não deve frequentar as mesquitas para não transmitir sua enfermidade e contagiar outros crentes e evitar as orações coletivas.

Por outro lado, quando a doença se propaga em um local, as recomendações

¹⁷ Al-Hachemi, *Mawqif al Chari'a al-Islamiyya mina al-Amrad al- Mu'diyya*, (a posição da lei canónica muçulmana/*chari 'a* para com as doenças infecciosas), link _sultan.i@qu.edu.qa

¹⁸ *Al-'Adwa* significa em árabe doenças contagiosas. Da raiz 'dw o que curiosamente tem algo em comum de ponto de vista etimológica com *al-'Aduw*, isto é, o inimigo. Desse prisma as doenças infecciosas, além de infetarem outras pessoas saudáveis, são tidas como um inimigo para a saúde pública.

¹⁹ O Corão, *Surat al-Mulk*, Aya/Versículo 1 e 2.

²⁰ Al-Bukhari, *Sahih al -bukhari*, livro da medicina, cap. *ajr al-Sabir fi al-Ta 'un* (recompensa de quem é paciente durante a peste), hadith número: 5733.

jurisprudentes são a favor do fechamento dos lugares de culto e até da anulação de eventos grandiosos e simbólicos em termos religiosos, tais como a peregrinação a Mekka²¹, que é um dos cinco pilares do Islã e um dos sonhos de todos os fiéis. Vale sublinhar que em diversos países muçulmanos foram decretados estados de emergência sanitária e foram encerradas as mesquitas e a própria peregrinação (*hajj*) a Mekka foi cancelada pelo reino da Arabia Saudita, o que deu para ver pela primeira vez a *al-Kaaba* e seu espaço ao redor vazio de qualquer crente²².

O mesmo foi decretado em relação a peregrinos ugandeses, que em 2001 foram proibidos de cumprir seu *hajj* e ir a Mekka, uma vez que o país estava infestado pelo vírus do ébola. Ainda em relação ao *hajj*, por norma obrigatória durante os últimos dias da peregrinação os peregrinos (*hujaj*) tem que cortar seus cabelos, ora se o peregrino tiver uma doença que não lhe permite cortar seu cabelo, recomenda-se a jurisprudência de evitar tal ritual para não contaminar os outros. Foi justamente essa ameaça de contágio que levou a Arabia Saudita, perante a pandemia de Covid 19, a cancelar o período anual da peregrinação que habitualmente junta milhões de fiéis vindos de todos os países do mundo. A base legal é o versículo seguinte de “Fazei dispêndios pela causa de Deus, **sem permitir que as vossas mãos contribuam para vossa destruição**”²³.

Em outro lugar há uma explícita recomendação sanitária para não propagar doenças. Citemos:

“E cumpro a peregrinação a Umra, a serviço de Deus. Porém, se fordes impedidos disso, dedicai uma oferenda do que vos seja possível e não corteis os vossos cabelos até que a oferenda tenha alcançado o lugar destinado ao seu sacrifício. **Quem de vós se encontrar enfermo, ou sofrer de alguma infeção na cabeça, e a raspar, redimir-se-á mediante o jejum, a caridade ou a oferenda**”²⁴.

São textos canónicos que evidenciam o cuidado que se deve ser tomado num contexto de crise sanitária.

Outro aspecto que também foi contemplado é os casos daquele que propaga a doença contagiosa de forma premeditada. A maioria dos *‘Ulama/ fuqaha*, isto é, juristas consideram tal conduta uma espécie de dano irreparável (*fasad*) que iguala o assassinato de modo indireto. Esse assunto foi frequentemente analisado aquando da HIV e hoje ainda por causa do Covid-19, em

²¹ Husam Hassan Husni abu Hamad, *Ahkam naql al-Amrad al-Mu’diyya : Dirasa fiqhiyya*, dissertação de mestrado, Universidade al-Quds/Jerusalém Palestina, 2016, p. 54.

²² O mesmo foi registado no Vaticano, em que foram canceladas as homílias do Papa assim como as visitas de milhares de fiéis à praça de São Pedro. O mesmo não se pode dizer relativamente ao Brasil, em que houve uma discussão acesa entre governantes e líderes religiosos, que não só desacreditaram na existência do coronavírus, como desafiam as autoridades dizendo que indo as igrejas nada iria acontecer e haveria curas milagrosas pela oração.

²³ O Corão, *Surat al baquara*, versículo número. 195

²⁴ O Corão, *Surat al baquara*, versículo número 196.

que o risco de transmitir a doença a outras pessoas é elevado com o agravamento de não existir tratamento ou uma vacina.

Perante esse perigo, o Islã aconselhou o **confinamento**, ou seja, se manter afastado das pessoas doentes e/ou dos saudáveis quando a própria pessoa está infetada. O confinamento (ou ***al-hajr al-ssihi***) foi uma prática seguida na terra da islã em tempos em que epidemias como a peste ou a lepra deixavam milhares de mortos. Ironia da história, estamos hoje perante a maior experiência de confinamento jamais vivida desde a gripe espanhola, com a característica do que hoje a humanidade, com todo o seu arsenal tecnológico e sanitário, tem conseguido bloquear a morte de dezenas de milhares de pessoas como acontece com os EUA. Talvez isso nos remeta à nossa fragilidade e ao fato de sermos apenas uma parte de um todo no universo de seres vivos.

2. EXPERIÊNCIAS MODERNAS NO NORTE DE ÁFRICA

Em outro espaço, desta vez no Norte de África e num contexto moderno, posterior ao medievo, temos muitas narrativas da época e estudos que descrevem as consequências dessas epidemias, que eram muitas vezes acompanhadas do flagelo da fome.

Num dos trabalhos clássicos sobre as fomes e epidemias no Norte de África e no Marrocos, em particular nos séculos XVI e XVII, “Famines et Epidemies au Maroc aux XVIe ET XVIIe Siecles” de Bernard Rosenberger e Hamid Triki, temos um panorama amplo de tamanho dessas catástrofes sanitárias e de suas consequências sobre as populações e o próprio Estado marroquino. Nesse estudo ficamos a saber a história das epidemias no Marrocos e em África, sua cronologia, causas, consequências e repercussões a nível da economia, da demografia, política, sociedade, cultura, crise de consciência, segurança assim como as relações diplomáticas com o mundo exterior.

Segundo o cronista árabe Leão, o Africano, “a peste /al-ta’un, ou waba’ se manifesta em Berberia (Marrocos e a região do atual Magreb) cada dez, quinze ou vinte cinco anos, e quando advém causa a morte de muita gente”.

Nesse prisma, o estudo da história das epidemias tem uma importância maior em termos históricos, uma vez que nos permite ter uma noção da evolução demográfica, da economia, das transformações sociais e dos movimentos políticos. No caso do período em questão, isto é, o século XVI e XVI são os mais decisivos na formação do Marrocos contemporâneo²⁵. Fontes e narrativas árabes e europeias constituem um manancial de informações para reconstruir a história

²⁵ Bernard Rosenberger e Hamid Triki, «Famines et Epidémies au Maroc aux XVIe ET XVIIe Siècles» in **Hesperis Tamuda**, Vol. XIV - Fascicule unique, Rabat, 1973, p. 110.

e iluminar tais acontecimentos. Com efeito, se por um lado pouco se sabe sobre as consequências da peste negra do século XIV sobre a população de Norte de África, existem provas do que as epidemias do século XV foram mortíferas. São conhecidas as epidemias de 1441-1442 (846 H) e de 1468-1469. A primeira durou 18 meses e causou entre 400 e 500 mortos por dia, já a segunda epidemia causou a morte de 500 mil pessoas nas cidades e 100 mil no campo²⁶.

Alguns autores encontram origem na queda de Granada e chegada de muitos refugiados que foram expulsos da península ibérica por decreto dos reis católicos em 1492, sendo que muitos deles trouxeram a epidemia. Um ano depois, em 1493, a cidade de Fez foi atingida pela peste, ao que tudo indica foi trazida pelos refugiados andaluzes, causando vinte mil mortos na cidade entre muçulmanos e judeus²⁷.

A chegada do século XVI trouxe novos desafios sanitários e de saúde pública. Nesse sentido, a peste e a fome que assolou o país em 1520 e 1521 foi durante muito tempo registrada na memória dos que sobreviveram e que, graças às fontes portuguesas, podemos ter uma ideia da gravidade do horror causado por duas calamidades: a peste e a fome. Por meio das fontes portuguesas da época podemos concluir que a peste de 1521 demorou três anos e matou milhares de pessoas. Foi tão dramática que pessoas começaram a se vender uns aos outros para ter comida e não morrer de fome e doença²⁸. Esta foi «tão brava e contagiosa» causando no dizer do cronista português Bernardo Rodrigues (século XVI) tanta morte e aflição «cousa nunca vista nem ouvida»²⁹.

Perante esse cenário de morte, os efeitos foram plurais, demográficos com a perda de milhares de pessoas, esvaziamento de espaços territoriais e morte de uma elite ilustrada. Em termos políticos, a crise sanitária causou o fortalecimento da dinastia Saadida e o enfraquecimento dos portugueses que ocupavam o litoral marroquino³⁰. Em termos econômicos e sociais pode-se dizer que a peste contribuiu para a diminuição dos contatos comerciais; o medo do contágio levou com que as caravanas que vinham de África subsaariana e do Sudão Ocidental parassem de chegar. Por outro lado, o recuo da população causado pela morte de milhares de pessoas levou ao esvaziamento dos centros urbanos e à predominância do nomadismo.

²⁶ Dr H.P.J. Renaud, «Recherches historiques sur les épidémies du Maroc. Les « pestes » des XVe et XVIe siècles », in. **Mél. D'études luso-marocaines dédiées à la mémoire de David Lopes et Pierre de Cénival**. Lisboa, Paris, 1945, pp. 363-389; Bernard Rosenberger e H. Triki, **art.cit**, p. 113.

²⁷ Dr H.P.J. Renaud, «Recherches historiques sur les épidémies du Maroc. Les « pestes » des XVe et XVIe siècles », p. 114.

²⁸ Bernardo Rodrigues, **Anais de Arzila**, t. I, p. 326; B. Rosenberger e H. Triki, **art.cit**, pp.

²⁹ Bernardo Rodrigues, **Anais de Arzila**, t. I, p. 327.

³⁰ B. Rosenberger, **art.cit**, **Hesperis Tamuda**, Vol. XIV - Fascicule unique, Rabat, 1973, p. 143.

Superada essa crise, um outro aparecimento da peste em 1557-1558 foi tão devastador que, ao atacar a cidade de Fez, causou três mil mortos por dia ao longo de dois meses e na cidade de Marrakech deixou mais de 300 mil vítimas, informação tanto atestada pelo cronista marroquino al-Nasiri, na sua obra *al-Istiqsa'* bem como por fontes portuguesas. As mesmas narrativas afirmam a morte de 7500 da comunidade judaica marroquina³¹.

Em finais de século XVI e início de XVII 1592 verifica-se o retorno das epidemias como fator de desequilíbrio político, econômico, demográfico e sociocultural. Nesse sentido o *waba'*/epidemia que assolou o país de 1597 a 1608 e /ou 1620 foi fatal, tendo em consideração o número de mortos, mil por dia na cidade de Fez, dois mil por dia na capital Marrakech e um total de 450 mil segundo uma fonte espanhola³² citada por Rosenberger.

Politicamente falando, a peste enfraqueceu o *Makhzan*/ aparelho estatal e a fazenda pública, visto que o comércio estagnou, bem como atingiu as forças de produção jovens e as forças pensantes dos letrados. O carisma com a qual o Sultão governava e controlava perdeu sua eficácia dando lugar à violência e à anarquia. Tal estado político permitiu a ingerência estrangeira sobretudo dos espanhóis que tinham um projeto de expansão permanente no Norte de África e em particular Marrocos³³.

Terminada a fase áurea de Muhammad al-Mansur al-Dahbi, abriu-se uma nova era de instabilidade, em boa medida causada pelos desastres sanitários. O século XVII foi uma continuidade de epidemias, com agravamento do vazio político e da anarquia geral. Foi nesse contexto que surgiu a dinastia 'Alaouita, que reina desde então e até hoje em Marrocos, marcando dessa forma uma nova fase da história marroquina.

3. A AMÉRICA LATINA DIANTE AS EPIDEMIAS E AS CONCEPÇÕES MÍSTICAS

A doença e a morte são alguns dos medos coletivos mais antigos e universais. O importante estudo de Delumeau, *La Peur en Occident*³⁴, dedica um capítulo inteiro à análise do medo dos homens dos repetidos surtos de peste que atingiram a Europa entre os séculos 14 e 18. Neste tópico, pesquisaremos com mais profundidade a análise do medo e das várias epidemias devastadoras que assolaram a América Latina. Na segunda parte do mesmo tópico, nos referimos às concepções místicas decorrentes do medo e das epidemias.

³¹ B. Rodrigues, *Anais de Arzila*, t. II, suppl., pp. 475-476; B. Rosenberger, *art.cit*, Vol. XIV, p. 153.

³² H. Sancho, *Relaciones mercantiles entre Cadiz y Marruecos a fines del siglo XVI*, Mauritania, agosto 1946, p. 184.

³³ B. Rosenberger, *art.cit*, p. 163 e 172.

³⁴ Jean Delumeau, *La peur en Occident, XVe-XVIIIe siècles : Une cité assiégée*, Fayard, Paris, 1978.

Uma das epidemias mais devastadoras da era colonial na América Latina, aconteceu no México, a matlazahuatl de 1737, que foi uma espécie de praga mortal. Os dados recebidos das fontes dão uma ideia de quantos morreram por causa desta epidemia, em 1737, nessa área em concreto. O número de mortos em cidades próximas a San Pablo del Monte ilustra o tamanho da epidemia. Por exemplo, em Cholula 16.926 pessoas foram mortas por causa da peste, enquanto em Puebla 7 685 habitantes morreram desta doença e em Acatzingo 3.280 pessoas. Embora não existam dados sobre o número de mortos em San Pablo, é possível supor que a mortalidade foi alta porque a área de Puebla Tlaxcala, onde esta cidade estava localizada, foi uma das áreas do planalto central mais afetadas por esta epidemia. Devemos dizer que a partir de Matlazahuatl, uma prolongada estagnação demográfica e econômica começou em toda esta região. Assim, com a morte, a doença e a fome, criou-se um cenário altamente adverso para cidades e vilas como San Pablo del Monte³⁵.

Os índios se assustavam com a presença da epidemia que, assim como acontecia durante os inúmeros surtos de peste na Europa, a epidemia de 1737 perturbava o meio social e o cotidiano e bloqueava as perspectivas do futuro, abalando os “alicerces do psiquismo individual e coletivo”. A epidemia mudou o cotidiano da cidade, pois os índios sofreram a perda de parentes e tiveram dificuldade de sobrevivência. As mortes causaram a interrupção das atividades econômicas e os índios passaram por sérios problemas para pagar seus impostos e contribuições da comunidade³⁶. O fato de que apareceu uma mulher que afirmava ter poderes sobrenaturais de cura e infecção aumentou ainda mais o medo entre a população e deu ao fenômeno uma dimensão significativamente religiosa³⁷.

Outra epidemia que acometeu o México no século XX foi a varíola justamente entre os anos de 1922 e 1951. Embora seja uma doença que já existe há séculos, sua ocorrência ocorre nas décadas de 20 e 30. XX, teve impactos de profundo medo e terror e que durante séculos foram

³⁵ América Molina del Villar, “Entre el Miedo y la Esperanza: La Peste de 1737 y la Mujer Hechicera de San Pablo del Monte, Puebla” in **Los miedos en la historia**, org. Elisa Speckman Guerra e al, El Colegio de México e UNAM. URL: <http://www.jstor.com/stable/j.ctv512s9t.7>

³⁶ América Molina del Villar, “Entre el Miedo y la Esperanza: La Peste de 1737 y la Mujer Hechicera de San Pablo del Monte, Puebla” in **Los miedos en la historia**, org. Elisa Speckman Guerra e al, El Colegio de México e UNAM, p. 99; Jean Delumeau, **Ob. Cit.** P. 139 e seq.

³⁷ É sobre uma mulher que apareceu durante a epidemia dizendo que tinha poderes mágicos e podia curar como adoecer e matar quem não a obedecia, o que gerou uma onda de medo entre os índios que, por medo e esperança, aceitaram a mulher bruxa. A situação teve repercussões políticas e religiosas que levaram a inquisição a se encarregar da situação e julgar a mulher. Ver América Molina del Villar, **art. Cit.** P. 95 e segs. A história obviamente tem ingredientes para as acusações e suspeitas que acontecem durante as epidemias em geral onde sempre se tenta encontrar um bode expiatório. Historicamente, eram mulheres, bruxas e judeus, idólatras e viajantes, estrangeiros, párias, leprosos e Satanás, ver Jean Delumeau, **Ob.cit**; América Molina del Villar, “Entre Miedo e la Esperanza: La Peste de 1737 e Mujer Hechicera de San Pablo del Monte, Puebla” em **Los miedos en la historia**, org. Elisa Speckman Guerra et al, El Colegio de México e UNAM, pp. 95 e 110.

uma das manifestações inseparáveis da varíola. Doença que com febre violenta, delírios furiosos e pústulas pestilentas invadiam os corpos, causavam a morte ou deixavam o paciente desfigurado, cego ou desamparado³⁸.

Na Nova Espanha, os surpreendentes e repetidos reaparecimentos da chamada “pestilência” ou “grande praga” entre os séculos XVI e XVIII, causaram a morte de inúmeras pessoas e deram origem a inúmeras crônicas e descrições sobre esta tragédia e alimentaram o clima de insegurança, rumores, fuga e solidão que em tempos de emergência epidêmica prevalecem em amplos e diversos setores sociais³⁹.

Entre os recursos para conter e evitar a epidemia de varíola para não se espalhar como no caso de outras doenças infecciosas - houve expurgos, dietas e sangramentos; orações individuais e coletivas; penitências públicas, bem como a imposição de cordas rígidas para manter o isolamento forçado dos enfermos⁴⁰. Em termos quantitativos, os dados coletados nas fontes referem-se a milhares de mortes, os anos mais mortíferos foram os primeiros anos da década de 1930 com milhares de mortes. Por exemplo, no ano de 1922, havia 11.906 mortos⁴¹; ano 1923: 13704; ano 1924: 12964; ano 1925: 11005, embora os anos em que ocorreram mais mortes foram os anos 1930 e 1931 com 17 mil e 15 mil mortes respectivas. Ao longo de 1922 e 1951, houve um total de 164.724 mil mortes⁴².

A cólera persistia ainda mais na população negra porque era a mais numerosa e a mais pobre, e nunca saberá o número de perdas, não porque foi impossível estabelecê-la, mas porque a modéstia diante de nossos infortúnios foi uma das nossas virtudes mais usuais” (Gabriel Garcia Marquez, Amor em tempo de Cólera).

Em outro contexto temporal mais próximo e analisando epidemias em escala latino-americana, a epidemia que mais mata é a cólera. A obra de Gabriel Garcia Marquez immortalizou essa epidemia como uma das mais letais da contemporaneidade. Desaparecido desde 1895 da América Latina, a cólera reapareceu repentinamente em janeiro de 1991 no Peru, expandindo-se em poucas semanas para os países andinos, conquistando todo o continente latino-americano

³⁸ Claudia Agostoni, “Entre la Persuasión, la Compulsión y El Temor: la vacuna Contra la Viruela en México, 1920-1940” in **Los miedos en la historia**, org. Elisa Speckman Guerra e al, El Colegio de México e UNAM, p. 149

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Felipe García Sánchez, Heliodoro Celis Salazar y Carlos Carboney Mora, “Viruela en la República Mexicana”, *Salud Pública de México*, vol. 34, núm. 5, septiembre-octubre de 1992, p. 297. apud Claudia Agostoni, “ENTRE LA PERSUASIÓN, LA COMPULSIÓN Y EL TEMOR: LA VACUNA CONTRA LA VIRUELA EN MÉXICO, 1920-1940” in **Los miedos en la historia**, org. Elisa Speckman Guerra e al, El Colegio de México e UNAM, p- 169.

⁴² Ibid.

chegando ao México. Segundo a Organização Mundial de Saúde OMS, em 13 de agosto de 1992, 18 dos 21 países da América Latina⁴³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E QUESTIONAMENTOS TERRENOS E TRANSCENDENTAIS

Os dramas causados pelas epidemias na terra do Islã levantaram questionamentos terrenos e transcendentais tal como: seria um castigo divino? Ou um atraso na medicina? Seria um sinal do declínio político e econômico em relação ao Ocidente industrial?

Hoje também se fazem os mesmos questionamentos: onde falharam os sistemas de saúde das grandes potências? Por que essa paralisia perante um vírus como Covid 19? qual é o sentido da mortandade que tem sido registrada pelo mundo fora? Eis que as emoções se misturam com a razão.

Há quem considere, perante a incapacidade de enfrentar o vírus, a ideia de se conformar ao fatalismo e ao destino da morte e da finitude e há quem veja nessa epidemia um momento de repensar nossa maneira de ser e estar no planeta terra. Este vírus, que veio para ficar e que seguramente não será o único, abre uma janela de incertezas sobre nossa fragilidade e nossa eterna finitude, ideias caras para pensadores muçulmanos como Averróis ou Ibn Arabi e toda a mística muçulmana.

Essas incertezas nos fazem indagar sobre o futuro próximo. A sociedade mundial será a mesma, ou haverá uma significativa mudança em termos sociais, políticos e econômicos? Haverá mais solidariedade entre os povos, ou ainda se manterá esse sistema que divide o mundo de forma binária, entre aqueles que tudo possuem e os outros a quem pouco resta para se dizer que tem uma vida digna? se dará à questão ambiental, às mudanças climáticas o devido valor, ou ainda preponderará o atual sistema de depleção dos recursos naturais, colocando em risco a própria sobrevivência da humanidade? São interrogações que a pandemia do coronavírus nos trouxe, mas cujas respostas poderão levar a uma mudança significativa nas relações humanas, ou não.

Devemos perder a esperança por um mundo melhor?

⁴³ P. Berche et O. Weil, « L'Épidémie de Choléra en Amérique Latine » in **Méd Mal Infect.** 1993 ; 23, p. 85

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Abu Hamad, Husam Hassan Husni, **Ahkam naql al-Amrad al-Mu'diyya : Dirasa fiqhiyya** Master's dissertation, al-Quds University / Jerusalem-Palestine, 2016.

Agostoni, Claudia, “Entre la Persuasión, La Compulsión Y el Temor: La Vacuna Contra la Viruela en Mexico,1920-1940” in **Los miedos en la historia**, org. Elisa Speckman Guerra e al, El Colegio de México e UNAM, p- 169.

Al-Bukhari, *al-Sahih*, **kitab al Teeb/medicine**, chap. al-Juda'm/ Leprosy, hadith number 5707 and chap. *ajr al-Sabir fi al-Ta'un*, hadith number: 5733

Al-Hachemi, **Mawqif al Chari'a al-Islamiyya mina al-Amrad al- Mu'diyya**, (a posição do Islã / lei canónica (*Chari'a*) sobre doenças contagiosas), link. sultan.i@qu.edu.qa, link. sultan.i@qu.edu.qa

Agamben, Giorgio et al, **Sopa de Wuhan**, ed. Aspo, March 2020, February 26th article “La invención de una epidemida” pp. 17-21

Al-Ifrani, **Nuzhat al Hadi**, trad, O. Houdas, 1889 p. 305.

Al Nasiri, **Kitab el-istiqa li-akhbâr doual el-Maghreb el-aqça**, ou pesquisa na história das dinastías de Marrocos, por Ahmed ibn Khâled en-Nâciri es-Salaoui. t. 5. The Saadians, part 1 (1509-1609). Translated and annotated by the author's son Mahammed en-Nâciri (1936)

Al-Qadiri, **Nashr al-Mathani**, trad. N. Cegar, t. I, London 1981, p. 109.

Berche P. et O. Weil, « L'Épidémie de Choléra en Amérique Latine » in **Méd Mal Infect.** 1993.

Delumeau Jean, **La peur en Occident, XVe-XVIIIe siècles : Une cité assiégée**, Fayard, Paris, 1978

Harvey David, “Política anticapitalista en tiempos de coronavirus, ...” 22 March de 2020 article in **Sopa de Wuhan**, pp. 79-97.

Holy Quran, Surat, cap, *al-Ma'ida*, *al-baqara*, *al-Mulk*

MacLean, Una: **Yoruba Sickness Behavior**, IN: London JB (ed), Social Anthropology and Medicine, ASA Monograph # 13. London: Academic Press, 1976.

Molina del Villar, **Por voluntad divina: escasez, epidemias y otras calamidades en la ciudad de México, 1700-1762**, México, CIESAS, 1996.pp. 85-130

Muslim, **al-musnad al-Sahih**, cap. al-Ta'un/a pests/plague, hadith number 2218

Renaud Dr H.P.J., « Recherches historiques sur les épidémies du Maroc. Les « pestes » des XVe et XVIe siècles », in. **Mél. D'études luso-marocaines dédiées à la mémoire de David Lopes et Pierre de Cénival**. Lisbon, Paris, 1945, pp. 363-389.

Rodrigues, Bernardo, **Anais de Arzila**, t. I, p. 327. «*cousa nunca vista nem ouvida ...*»

Rosenberger Bernard and Triki, Hamid, « Famines et Epidémies au Maroc aux XVIe ET XVIIe Siècles» in **Hesperis Tamuda**, Vol. XIV - Fascicule unique, Rabat, 1973.

Sancho H., **Relaciones mercantiles entre Cadiz y Marruecos a fines del siglo XVI**, Mauritania, agosto 1946, p. 184.

Sánchez, Felipe García, Salazar Heliodoro Celis y Mora Carlos Carboney, “Viruela en la República Mexicana”, **Salud Pública de México**, vol. 34, núm. 5, septiembre-octubre de 1992, p. 297.

Villar, América Molina del, “Entre el Miedo y la Esperanza: La Peste de 1737 y la Mujer Hechicera de San Pablo del Monte, Puebla” in **Los miedos en la historia**, org. Elisa Speckman Guerra e al, El Colegio de México e UNAM. URL: <http://www.jstor.com/stable/j.ctv512s9t.7>

Žižek Slavoj, “El coronavirus es un golpe al capitalismo a lo Kill Bill...” in **Sopa de Wuhan**, pp. 21-28.

Santos, Boaventura de Sousa, **A Cruel Pedagogia do Vírus**, al-Medina Edition, Coimbra, 2020.

REFLEXÕES SOBRE A PANDEMIA DA COVID-19: ALGUMAS LIÇÕES PARA O FUTURO

Marcos Leite Garcia¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar algumas reflexões sobre as possíveis lições para o futuro, partindo da atual e inusitada experiência da humanidade com as crises provocadas pela pandemia do novo coronavírus. As crises de diversas montas, sanitária, econômica, social, política e humana, mexeram com as estruturas da Sociedade contemporânea.

Os referenciais teóricos deste artigo são expressos pelo pensamento de autores como Zygmunt Bauman, Hartmut Rosa, Byung-Chul Han, Boaventura de Sousa Santos, Terry Eagleton e Luigi Ferrajoli. Buscam-se, ainda, outras leituras as quais apresentam diferentes percepções sobre o assunto em estudo para elucidar os significados e contextos de determinados temas apresentados neste estudo. O método utilizado para a investigação é o indutivo.

1. O NOVO TEMPO COMEÇA AGORA?

O historiador e pensador inglês Eric Hobsbawm estipula no livro *Era dos Extremos* (HOBSBAWM, 1995) que o século XX começa em 1914 com a Primeira Grande Guerra Mundial. No final do século XIX e início do XX vivia-se ainda baixo o estupor da *Belle Époque*², a burguesia riquíssima se considerava invencível e esqueceu do trabalhador, das péssimas condições de vida da grande maioria da população, enfim dos problemas mundiais. Tal alienação e descaso por parte das privilegiadas elites para com os demais levou entre muitas outras causas à primeira guerra mundial, à crise de 1929, ao nazismo, ao fascismo, à Segunda Guerra Mundial, enfim tragédias seguidas de tragédias. Isso sem falar na pandemia da chamada Gripe espanhola de 1918 a 1920

¹ Doutor em Direito (2000); Master em Direitos Humanos (1990); ambos cursos realizados no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Santa Catarina entre 2011 e 2012. Desde 2001 professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Cursos de Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)- Santa Catarina. Da mesma maneira, desde 2015 professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado, da Universidade de Passo Fundo (UPF) - Rio Grande do Sul. E-mail: mgarcia@univali.br

² A Belle Époque, foi um período emblemático da cultura e da vida cosmopolita na história da Europa: iniciou-se na década de 1870 do século XIX, com o final da Guerra Franco-Prussiana, em 1871, praticamente com o início da Terceira República Francesa, e que praticamente durou até o começo da Primeira Guerra Mundial, em 1914. A expressão também designa o clima intelectual e artístico do período em questão. Dita Era foi marcada por profundas transformações culturais que se traduziram em novas formas de pensar e de se comportar no cotidiano com o auge de uma burguesia endinheirada e que se sentia arrogantemente vencedora sem se importar com questões sociais e as dificuldades da grande maioria da população trabalhadora.

que matou mais que os dois conflitos mundiais segundo algumas fontes³.

A historiadora e antropóloga brasileira Lilia Moritz Schwarcz⁴ faz uma reflexão similar: será que não estávamos todos embriagados com esse novo mundo da globalização, das novas tecnologias, do consumismo? Também da alienação social causada pela aceleração social e a falta de uma educação cívica que ressalte as conquistas humanas civilizatórias, como a Dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais. Todas conquistas consagradas nas constituições contemporâneas dos Estados democráticos e sociais de Direito, também consagradas nos documentos internacionais. Antes da pandemia da Covid-19 cada vez tínhamos menos tempo para outras questões da vida nessa correria sem fim da existência contemporânea. Com tudo isso vivemos num mundo com extrema miséria, privatização de diversos setores, elitização de tudo, precarização do trabalho, o homem tratado como um mero meio, contrariando os dizeres de Immanuel Kant (1980, p. 134-135) na Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Esqueceu-se do sentido kantiano de que o ser humano deve ser o fim da Sociedade, e exatamente isso que fundamenta a posituação da Dignidade da Pessoa Humana consagrada em todas constituições do II pós-guerra. Na realidade atual ditas conquistas humanas civilizatórias, do Estado democrático e constitucional de Direito: constituição democrática e dos direitos humanos fundamentais, foram deixados de lado em nome da economia, como já preconizava o professor António Enrique Pérez Luño⁵. E agora estamos com a Pandemia da Covid-19! Para Lilia Schwarcz o século XXI começará verdadeiramente a partir do fim de dita Pandemia.

De todas as maneiras, a situação requer muita prudência, as especulações são muitas com o quê vai acontecer depois da Pandemia⁶, como pondera o sociólogo Boaventura de Sousa Santos⁷

³ Não existe uma fonte única sobre o número de mortos em todo o mundo causado pela Pandemia da Gripe Espanhola iniciada em marco de 1918 nos Estados Unidos da América. Os mais pessimistas falam em 100 milhões de mortos e os mais otimistas falam em 40 milhões de falecidos. De todas as formas um número absurdo se averiguamos que na Primeira Guerra Mundial foram aproximadamente uns 10 milhões de mortos e a Segunda Guerra Mundial foram uns 35 milhões de vida perdidas. De todas as formas, se em pleno século XXI com as dificuldades de notificar e de testar não conseguimos ter o número aproximado de mortos, imaginem em pleno início século XX. Não saberemos nunca os números corretos das grandes catástrofes, pois os interesses em jogo são muitos, sem falar nas dificuldades técnicas de notificação e de comprovação. Sobre a gripe espanhola, veja-se: BARRY, John M. A grande gripe: A história da Gripe Espanhola, a Pandemia mais mortal de todos os tempos. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. 608 p. No mesmo sentido: UJVARI, Stefan Cunha. A história da humanidade contada pelos vírus. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2020. 205 p.

⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz. 100 dias que mudaram o mundo: para historiadora Lilia Schwarcz, pandemia marca o fim do século 20 e indica limites da tecnologia. Entrevista a Camila Brandalise e Andressa Rovani. Universa. Disponível em: < <https://www.uol.com.br/universa/reportagens-especiais/coronavirus-100-dias-que-mudaram-o-mundo/>> Acesso em: 17 jun. 2020.

⁵ O professor Antonio Pérez Luño chamava a atenção em sala de aula, nos inícios dos anos 1990, no Curso de Doutorado da Universidad Complutense de Madrid no sentido de que o grande dilema da humanidade é a escolha por ter-se uma postura ética ou pela economia. Tema interessantíssimo e que traduz o grave problema atual da humanidade por sua escolha, pelo menos pelos que estão no poder, pela economia e ao tratamento do ser humano como um meio e não como um fim como preconizava Immanuel Kant. Veja-se: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 35-38.

⁶ Desta maneira nem mesmo os grandes pensadores de nosso tempo conseguem chegar a um término comum; assim os mais

devemos considerar que estamos na fase dos *intelectuais na retaguarda*, não sabemos o que vai acontecer. O tempo dos *intelectuais de vanguarda* já passou: sabemos como entramos em uma Pandemia, mas não sabemos como sair dela. Ainda não sabemos o que acontecerá e toda previsão se mostra desnecessária e é mera especulação. Com o passar dos meses de pandemia foi visto que de todas as mais patéticas previsões têm sido as mais simplistas e otimistas⁸.

Para o filósofo britânico Terry Eagleton o otimismo é um componente típico das ideologias das classes dominantes. Assim deixa transparecer que um consciente cidadão do século XXI deve ser um pessimista, ou que devemos ser pessimistas com esperança, mas nunca um otimista⁹. Os otimistas perderam a noção da realidade, conclusão óbvia desde sempre.

Os autores intérpretes da nossa sociedade, aqueles que criticam o modo de viver da contemporaneidade, aqueles que retratam o *ceticismo* frente a construção teórica do constitucionalismo contemporâneo e de todos os princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Será o professor da Universidade de Sevilha, David Sánchez

emblemáticos sociólogos e filósofos de nosso tempo – como Giorgio Agamben, Slavoj Zizek, Judith Butler, David Harvey, Byung-Chul Han, Alain Badiou, Jean Luc Nancy, entre outros – escreveram, também entre outros locais, em um interessante livro que chegou a todos no formato de e.book a partir das origens do Covid-19 e em alusão aos ignorantes que acreditaram nas primeiras *fake news* sobre as origens da pandemia numa suposta sopa de morcego chinesa. Veja-se: AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; BUTLER, Judith; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; *et al.* Sopa de Wuhan. [S.L.]: Editorial Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, Marzo de 2020.188 p.

⁷ Boaventura de Sousa Santos dá os exemplos de Agamben e Zizek – no que concerne a suas interpretações iniciais da pandemia – e afirma que na atualidade que os *livres pensadores* devem ser *intelectuais de retaguarda*, não mais *intelectuais de vanguarda* – o tempo desses acabou, assim devem estar atentos ao cidadão comum, *el hombre de a pie* – e assim analisar suas necessidades, porque será exatamente esse homem comum que estará indefeso perante os únicos que sabem falar a sua linguagem e entender suas inquietações. Ele diz que seria o pastor da igreja, o imã do islamismo, o apologista capitalista, colonialista e patriarcal que irão influenciar ao homem descalço – numa tradução ao cidadão menos favorecido brasileiro – e assim estaria a população indefesa perante interesses escusos e que podem ser horríveis para o futuro da comunidade. SANTOS, Boaventura de Sousa. A Cruel Pedagogia do Vírus. Coimbra: Almedina, 2020. p. 11. Veja-se também: AGAMBEN, Giorgio. Reflexões sobre a peste: ensaios em tempos de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020 [recurso eletrônico]; ZIZEK, Slavoj. Pandemia: Covid-19 e a reivindicação do comunismo. Tradução de Artur Renzo. São Paulo: Boitempo, 2020 [recurso eletrônico].

⁸ As previsões iniciais de alguns chefes de governo foram ridiculamente otimistas e por si só dispensam comentários: Desde o chefe de governo da Bielorrússia se curaria a covid-19 com vodca e sauna; desde o Reino Unido seria passageiro; desde os Estados Unidos a doença foi minimizada e a gripe comum seria mais letal; desde a Hungria aproveitou-se a crise para atacar aos imigrantes que tinham trazido o vírus; desde o Brasil seria uma *gripezinha* que somente atacaria aos idosos debilitados. BALAGO, Rafael. Veja como 14 chefes de governo têm lidado com o coronavírus em todo mundo. Folha de S. Paulo. 16 março 2020. Caderno Mundo. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/03/veja-como-14-chefes-de-estado-tem-lidado-com-o-coronavirus-em-todo-o-mundo.shtml> > Acesso em: 20 jul. 2020.

⁹ Veja-se EAGLETON, Terry. Esperanza sin optimismo. Madrid: Taurus, 2016. p 20-25. Eagleton faz um apanhado de teorias otimistas e pessimistas, por exemplo: “(...) el optimismo es un componente típico de las ideologías de las clases dominantes” (p. 20); Também “(...) los optimista (...) es problabe que solo ofrezcan soluciones puramente cosméticas (...)”. Assim, uma frase que serve para a pandemia atual: “Cuando más necesaria es la verdadera esperanza es cuando la situación es más extrema y reviste de gravedad que el optimismo se suele resistir a reconocer. Sería preferible no tener que esperar, puesto que la necesidad de hacerlo es una señal de que lo desagradable ya ha ocurrido. En las escrituras hebreas, por ejemplo, ls esperanzas tiene unas connotaciones sombrías, pues implica la derrota de los ímpios. Si tenemos necesidad de la virtude es porque estamos rodeados de villanos” (p. 20). Dessa forma, segue Eagleton “Optimismo y pesimismo pueden ser características de concepciones del mundo así como de los individuos. Los liberales, por ejemplo, tienden al primero y los conservadores, al segundo. En general, el liberal confía em que las personas se condicionarán decentemente si se les permite desarrollarse con libertad, mientras que el conservador tende a considerarlas criaturas imperfectas e ingobernables a las que hay que refrenar y disciplinar para sacar de ellas algo productivo” (p. 22). Ademais: “Las formas extravagantes de optimismo pueden ser moralmente dudosas. Entre ellas está la teodicea, el intento de justificar el mal con el argumento de que puede dar lugar al bien, lo que eleva a estatus cósmico un optimismo frívolo” (p. 25).

Rubio (2020, p. 5-4), quem irá denunciar o que ocorre, ou seja, chamar a atenção para o fato de que autores como Zygmunt Bauman descrevem o *ceticismo* de nossa sociedade para com os Direitos Humanos¹⁰. Já que o *ceticismo*, incredulidade, existente na atualidade com relação às conquistas humanas civilizatórias, retrata a realidade das formas selvagens de viver na atualidade. Uma vez que as formas de viver na descrita *modernidade líquida* (Bauman, 2001) são todas individualista e de descrédito ético, céticas ao extremo, assim como fetichista com o dinheiro e com as coisas materiais na sua forma de consumismo. Dita forma contemporânea de viver é muito bem descrita por Zygmunt Bauman, Byung-Chul Han e Hartmut Rosa, não resta dúvidas. Ditas conquistas civilizatórias ético-principiológicas seriam os valores fundamentais de nossa Era, ou já não são os valores de nossa época? Todos os citados autores descrevem o individualismo excessivo, o egoísmo, a falta de sensibilidade, o fanatismo, a ignorância e a falta de empatia e de solidariedade da sociedade humana.

Assim, o primeiro autor que nos avisa sobre as horríveis consequências de uma possível distopia provoca por uma pandemia é o polonês Zygmunt Bauman. *A Modernidade Líquida, a Cegueira Moral* (2008), são tantos títulos de Bauman que descrevem a maneira de pensar e de viver e que são fundamentais para a reflexão do mundo contemporâneo. Essa nova forma de vida típica do século XXI está sendo colocada em xeque agora com a pandemia. Algumas pessoas não entenderam ainda o que é uma pandemia. Quantos mortos já foram? Quantos serão? Até quando vai durar isso? Quais serão os efeitos em nossas vidas de tudo que está ocorrendo? Certamente que são assustadores os números de mortos e de infectados, cada vez mais e mais. Até quando vai durar tudo isso? A inusitada questão atual é sobre como seguir vivendo na sociedade líquida e egoísta: a cegueira moral da humanidade, a perversa visão de mundo na qual somos todos *mercadorias*, já que todos nós nos vendemos como se produtos fôssemos. O que poderá substituir essa liquefação? Assim utilizamos a expressão de Umberto Eco¹¹. E depois na pós-pandemia? Que irá passar? São muitas as perguntas da atualidade de incertezas e da falta de possibilidades para planejar um futuro imediato.

¹⁰ A obra de Bauman em esse sentido é bastante vasta, citamos aqui apenas três; veja-se o emblemático: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 255 p. E também as obras: BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. 263 p. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 199 p.

¹¹ Para ilustrar importante ter em consideração sobre a obra de Bauman, o que Umberto Eco em seu último livro de crônicas comentou: "O que se poderá substituir a esta liquefação? Não sabemos por enquanto e este interregno durará ainda bastante tempo. Bauman observa como é o típico interregno o movimento de indignação. Estes movimentos sabem o que não querem, mas não o que querem". Segue refletindo Umberto Eco: "Há uma maneira de sobreviver à liquidez? Há, e é precisamente dar-se conta de que se vive numa sociedade líquida que requer, para ser compreendida e porventura superada, novos instrumentos. Mas o problema é que a política e, em grande parte, a inteligência não compreenderam ainda o alcance do fenômeno. Bauman permanece por agora uma "vox clamantis in deserto". Escrito em 2015 quando ambos, Eco e Bauman, estavam vivos. ECO, Umberto. *Pape Satán Aleppo: crônicas de uma sociedade líquida*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2016. p. 12.

Na mesma linha que Bauman, o filósofo alemão-coreano Byung-Chul Han com sua sociedade da produção, a *sociedade do cansaço* (HAN, 2017 a), a sociedade na qual somos o nosso próprio amo, que nos cobra uma produção absurda¹². Ademais que leva a todos as doenças neuronais como o Alzheimer e a síndrome de *Burnout*. A *sociedade da transparência* (HAN, 2017 b) na qual nos cobra estar nas redes sociais – e que nos considera seres ofensivos se não estamos participando das mesmas –, a sociedade da aparência e também sobre o ruído do *exame* (HAN, 2018) que vivemos e que transforma nosso comportamento, nossa percepção, nossa sensação, nossa vida em conjunto. Estamos embriagados com as mídias digitais e perdemos a noção da realidade. Essa cegueira leva a estupidez e ela se constitui o principal motivo da crise atual.

O outro autor, também influenciado por Bauman, é o alemão Hartmut Rosa que fala de aceleração social e alienação social¹³. Estamos cada vez mais alienados, cada vez menos politizados, cada vez mais preocupados em trabalhar e consumir. O consumo pelo consumo sem sentido, acelerados nos afazeres intermináveis do dia-a-dia e sem tempo para nada além de trabalhar e cumprir as metas de produção. Alienados politicamente, sem tempo para refletir. Ocupados ao extremo, sem tempo para a vida privada, para pensar, para ler, para reivindicar. Alienados socialmente e individualistas, perdemos a noção de coletividade. Perdemos a noção de solidariedade, perdemos os espaços públicos, a praça pública foi privatizada (a ágora da civilização ocidental em países como o Brasil é um lugar sem segurança, perigoso¹⁴), somente nos resta debater a sociedade na universidade (pública e comunitária) que agora além de privatizada está sobre a mira de um projeto de repressão ideológica.

E por tudo isso evidentemente acumulamos problemas: 1). cada vez estamos mais isolados: individualistas; 2). cada vez mais sem empatia pelo outro; 3). cada vez mais cegos e sem

¹² Estamos sendo conduzidos para uma sociedade do cansaço, essa é uma das principais teses do professor coreano-alemão Byung-Chul Han. O filósofo Han, mundialmente conhecido, afirma que vivemos em uma sociedade da produção, uma sociedade do rendimento, da positividade, na qual não há lugar para a negatividade; assim conduzimos o nosso corpo e a nossa mente a todos os limites para chegar a alcançar a todas as metas a que nos submetemos, ainda que esse fato nos leve ao esgotamento extremo. Han estipula que esse ritmo de vida nos leva a transtornos neuronais de todos os tipos, desde a depressão, como o transtorno de déficit de atenção com hiperatividade, a síndromes como a de *Burnout* e até mesmo Alzheimer, entre outras doenças neurológicas. Veja-se: HAN, Byung-Chul. *Sociedade do Cansaço*. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. 128 p.

¹³ Na obra “Alienação e aceleração” o sociólogo alemão Hartmut Rosa desenvolve seus conceitos de *alienação* e *aceleração social*, dois conceitos atuais e conectados com a ideia de uma *modernidade tardia* em uma noção de que desde pelo menos os anos 1990, e principalmente no séculos XIX, vivemos outra realidade com relação aos afazeres do trabalho e que foi acima de tudo se acirrando com a advento das novas tecnologias. Baseado numa visão contemporânea de Teoria Crítica, Rosa originalmente analisa os efeitos e as causas desse processo de aceleração característicos da sociedade atual na qual não temos tempo para nada, assim elabora uma teoria da temporalidade no que chama de *modernidade tardia* em primeiro momento, e abre a discussão para um novo enfoque sobre alienação típica de um mundo de consumidores muito ocupados em trabalhar para pagar seus desejos materiais. Seria possível imaginar que no mundo das novas tecnologias teríamos tempo para tudo, segundo Rosa o efeito é justamente o contrário. Veja-se: ROSA, Halmut. *Alienación y aceleración: hacía una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*. Madrid: Katz, 2016. 190 p.

¹⁴ Em países como o Brasil não há segurança na praça pública, o shopping center, a meca do consumo, é um lugar vigiado e privatizado, além de fútil – a meca da futilidade e do consumismo.

compaixão como os personagens de Saramago (2017) no Ensaio sobre a cegueira; 4). cada vez mais líquidos, mais escorregadios sem se envolver com o outro; 5). cada vez mais alienados politicamente; 6). Cada vez somos mais ocupados e sem tempo para os amigos, a família e o próximo; 7). Enfim, cada vez estamos menos solidários.

Sem solidariedade e sem demandas a partir do coletivo a capacidade de união e de reivindicação fica prejudicada, já que o ser humano fica alienado e demasiado preocupado consigo mesmo, essa é a armadilha do momento contemporâneo. Assim crescem sorrateiramente na calada da noite escura da contemporaneidade os projetos de repressão e criminalização dos movimentos sociais¹⁵. Não podemos esquecer que historicamente os Direitos Humanos Fundamentais são frutos de reivindicações políticas e sociais dos chamados grupos dos mais frágeis (débeis, segundo Ferrajoli, 1999) e sem os movimentos populares não há Direitos nem é possível uma verdadeira efetivação dos Direitos Fundamentais¹⁶.

Em nome de uma ideologia que não é o capitalismo original, estamos perdendo os espaços públicos, a capacidade de união e de luta, reivindicação e proteção dos nossos direitos humanos, nossos direitos fundamentais! Estão flexibilizando nossas conquistas humanas civilizatórias. E que fazemos? Olhamos para o outro lado porque não é diretamente conosco. Por enquanto é ainda com o outro. E quando chegar a todos? A falta de solidariedade e de união da sociedade lembra o famoso poema *Intertexto* de Bertolt Brecht¹⁷. Durante a pandemia da Covid-19 as desgraças da falta de solidariedade estão chegando a todos!

2. AS POSSÍVEIS LIÇÕES DA PANDEMIA PARA O FUTURO

Assim chegamos a inesperada Pandemia de 2020: Com um Estado mínimo, com desigualdades sociais absurdas e com políticas que tiveram as seguintes diretrizes de destruição do Estado social de Direito: flexibilização de direitos trabalhistas, privatização da saúde, desconstitucionalização da previdência social, limitações de gastos públicos, além de ser um

¹⁵ Veja-se: PISARELLO, Gerardo; ASENS, Jaume. **La bestia sin bozal**: en defensa del derecho a la protesta. Madrid: Catarata, 2014. p. 182.

¹⁶ Como ficamos se os direitos humanos fundamentais nascem da reivindicação dos mais débeis, do grupo dos mais fracos da sociedade, ou seja, dos movimentos populares, como é que agora as pessoas, manipuladas pelas elites formadoras de opinião, torcem o nariz e fazem cara feia para os movimentos sociais dos mais débeis. Os verdadeiros impulsores ou criadores de nossos direitos fundamentais constitucionalizados e que legitimam a todo o poder constituído são os que sofrem, ou seja, os que reivindicam direitos e os que historicamente reivindicaram os direitos humanos.

¹⁷ Intertexto - Primeiro levaram os negros/Mas não me importei com isso/Eu não era negro/ Em seguida levaram alguns operários/Mas não me importei com isso/Eu também não era operário/ Depois prenderam os miseráveis/Mas não me importei com isso/ Porque eu não sou miserável /Depois agarraram uns desempregados/Mas como tenho meu emprego/Também não me importei/ Agora estão me levando/Mas já é tarde./Como eu não me importei com ninguém/Ninguém se importa comigo. - BRECHT, Bertolt. **Poemas**: 1913-1956. 7 ed. Trad. Paulo C. Souza. São Paulo. Editora 34, 2012. p. 35.

Estado desumanizado sem políticas públicas sociais¹⁸. Enfim, com um Estado que serve somente às elites e com um povo que é o titular do poder somente na teoria e que com toda manipulação dos meios perdeu a capacidade de reagir¹⁹.

Ademais vivemos com uma aceleração social, que é fruto de um desumano sistema que nos cobra muita produção, e com uma alienação social que é motivada pela falta de tempo na luta pela sobrevivência e pela embriaguez típica do consumismo exagerado de nossa Era. E como fica a proteção e o bem-estar do cidadão? E ainda assim tudo isso legitimado pelo Estado Democrático de Direito e pelos Direitos Fundamentais? Em plena crise de representatividade democrática, em plena crise de identidade do Estado, cabe a pergunta: a toda essa *maldade institucionalizada* chamamos de *democracia*?

Para tratar do tema da *democracia* um autor fundamental é o italiano Norberto Bobbio. O professor de Turim em um escrito fundamental de 1984²⁰, quando comentava todo esse movimento de negação dos Direitos Humanos, do reacionário movimento flexibilizador de Direitos, de privatizações neoliberais, falava sobre as promessas não-cumpridas da Democracia: 1). o nascimento de uma sociedade pluralista a partir de uma ideia de tolerância e de solidariedade; 2). O controle da, chamada por Bobbio, *revanche dos interesses*, ou seja, das insurgências contra a igualdade e os direitos humanos de todos, também conhecida como *contrarreforma contrária às conquistas humanas civilizatórias*; 3). O fim das oligarquias; 4). Ocupação da democracia de um amplo espaço da Sociedade (mentalidade democrática a favor dos direitos humanos); 5). O controle dos poderes invisíveis, ou poderes selvagens nas palavras de Luigi Ferrajoli, ou seja, os poderes econômicos e políticos, poderes de fato, que manipulam a realidade em favor de uma minoria e que são superiores aos poderes constituídos do Estado, fazendo que o Estado

¹⁸ Entre outras questões na recente realidade brasileira exemplos de desconstitucionalização de direitos fundamentais: Emenda Constitucional nº 95 da limitação dos gastos públicos, que rompe com nosso estado social (Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016, chamada EC do teto de gastos públicos ou da *maldade estatal*); reforma trabalhista com a flexibilização e desregulamentação de normas trabalhistas (Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 que altera a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 e as leis nº 6.019 de 1990 e nº 8.036 de 1990); e reforma da previdência última (Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019), que acaba na prática com a aposentadoria de muitos, sobretudo dos mais pobres. Todas as três modificam questões inconstitucionais e que ferem entre outros direitos fundamentais constitucionalizados, todas cláusulas pétreas, o fundamento do Estado democrático de Direito chamado de Dignidade da Pessoa Humana. Deveriam ser revogadas em governos progressistas e humanitários futuros.

¹⁹ “Os bancos são salvos, mas não as pessoas. É a bancarrota da humanidade” afirma o Papa Francisco aos movimentos populares. A afirmação do Papa foi dita diante os representantes do III Encontro de Movimentos Populares. O Papa Francisco recebeu no dia 5 de novembro de 2016 os participantes do III Encontro de Movimentos Populares do mundo. Ante eles, Francisco denunciou o sistema que cria iniquidade e impede viver com dignidade aos filhos de Deus. Tratou-se de um histórico discurso para somar-se ao “grito dos três T (terra, teto e trabalho)” e denunciar aos que governam “com o chicote do medo, da iniquidade e da violência”. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/562029-os-bancos-sao-salvos-mas-nao-as- pessoas-e-a-bancarrota-da-humanidade-afirma-o-papa-francisco-aos-movimentos-populares> Acesso em: 25 jul. 2020.

²⁰ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. In: _____. **O futuro da democracia**. 7ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

democrático de Direito seja apenas uma falácia. 6). A educação do cidadão. Enquanto essa promessa não cumprida leva ao cidadão não-educado, nas palavras de Bobbio, e por tanto um cidadão que não desenvolve as suas possibilidades, vemos a bancarrota da Democracia. A importância da educação do cidadão é de fundamental importância para a Democracia, certamente. São todas questões que estão relacionadas com os poderes invisíveis que de uma maneira geral estão relacionadas com a degeneração da Democracia e suas funções de proteção dos Direitos Fundamentais. Nas palavras do professor de Turim²¹

enquanto a presença de um poder invisível corrompe a democracia, a existência de grupos de poder que se sucedem mediante eleições livres permanece (...) como a única forma na qual a democracia encontrou sua concreta atuação.

A Democracia Contemporânea é uma falácia como diz em seu livro *O ódio à democracia* em sua principal tese o filósofo francês-argelino, Jacques Rancière²². Para Rancière a democracia atual é marcada pela dominação de poderes invisíveis (Bobbio) ou poderes selvagens (Ferrajoli) e que formam uma espécie de oligarquia contemporânea que divide o poder desde a manipulação de várias esferas da sociedade, como os meios de comunicação, a influência e manipulação da opinião pública e sua suposta alternância no poder por grupos afins²³. Assim o pensamento único e os projetos neoliberais de destruição dos direitos fundamentais de todos vão sendo concretados. Os Direitos vão sendo mermados, mas mantem-se um mínimo para conservar as aparências. Com leituras atuais de autores como Boaventura de Sousa Santos, Luigi Ferrajoli²⁴, a Carta da Terra de 2000 e a partir da participação do Papa Francisco em encontros mundiais de movimentos populares, podemos fazer algumas reflexões sobre os Direitos Fundamentais na pós-Pandemia.

Um dos problemas da etapa pós-crise da pandemia será a tentativa de fazer de conta de que nada aconteceu. Nosso país é um exemplo cabível de Sociedade que costuma banalizar a morte, já

²¹ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. p. 41.

²² RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 68.

²³ Assim argumenta Rancière que “(...) a palavra democracia não designa propriamente dito nem uma forma de sociedade nem uma forma de governo. A ‘sociedade democrática’ é apenas uma pintura fantasiosa, destinada a sustentar tal ou tal princípio do bom governo. As sociedades, tanto presentes quanto no passado, são organizadas pelo jogo das oligarquias. E não existe governo democrático propriamente dito. Os governos se exercem sempre por uma minoria sobre a maioria. Portanto, o ‘poder do povo’ é necessariamente heterotópico à sociedade não igualitário, assim como ao governo oligárquico. Ele é o que desvia o governo dele mesmo, desviando a sociedade dela mesmo. Portanto, é igualmente o que separa o exercício do governo da representação da sociedade” (RANCIÈRE, 2014, p. 68).

²⁴ Entre outras obras, veja-se: FERRAJOLI, Luigi. La igualdad y sus enemigos. In: _____. Manifiesto por la igualdad: la ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2019. p. 109-127; e também: FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2018. p. 16-23.

que são muitos os mortos e nada acontece, as pessoas se comportam como se nada estivesse acontecendo. Certamente que é uma percepção mundial, e fica claro com a pandemia, que a ideologia neoliberal foi sucateando em todas as partes os nossos sistemas de saúde. Deveríamos rever nossas posturas e valores com perguntas sobre o comércio da saúde humana e de vidas humanas: *por quais razões?* E *para quê?* Perguntas fundamentais para revogar ditas privatizações. Quais os motivos e as causas desse desmonte da saúde pública e das pesquisas científicas, do enfraquecimento das universidades. As causas já sabemos: a morte de milhares de pessoas. Ou será que teremos de assistir uma campanha hipócrita do faz de conta que as causas da catástrofe são outras – jogadas ao ar –, e assim varridas para debaixo do tapete?

Desde uma perspectiva social, ecológica, consumerista, constitucional-ideológica e global poderíamos dizer que são ao menos cinco as grandes lições essenciais para aprender de toda a situação pandêmica, baseado principalmente em Boaventura de Sousa Santos, Luigi Ferrajoli, e a Carta da Terra do ano 2000 e a Carta de Santa Cruz de la Sierra dos movimentos populares de 2015, carta dos humildes respaldados pelo Papa Francisco, propomos as seguintes lições e reflexões:

Primeira reflexão: **Devemos reforçar os serviços públicos, em particular a saúde pública, as políticas públicas sociais e os serviços sociais.** Certamente essa é uma das chaves do aprendizado forçado: mais dinheiro para a saúde pública, mais atenção para as normas programáticas de nossa constituição brasileira, por exemplo: saúde; previdência social; assistência social; educação; cultura; ciência e tecnologia; proteção do meio ambiente; proteção da família; proteção da criança; proteção do idoso; proteção do índio e outros grupos em situação de vulnerabilidade. Certamente que temos que melhorar nossos sistemas sociais e principalmente, para garantir o direito à vida, à dignidade da pessoa humana dos grupos dos mais débeis, temos de melhorar o nosso sistema de saúde sem economizar gastos. Por que gastamos tanto em outros assuntos? Como, por exemplo, os gastos com uma pretensa defesa nacional – gastos militares absurdos – se ao contrário deixamos desprotegidos aos nossos seres humanos vulneráveis (crianças, idosos, anciãos, enfermos, deficientes etc.) e nossa população em geral, sobretudo os mais pobres. E nossa população sem médicos e hospitais decentes e humanamente equipados. E para as próximas pandemias estaremos assim desavisados pensando no mercado e no equilíbrio fiscal? Enquanto nossos profissionais de saúde estarão assim desprotegidos, mal remunerados e pouco equipados para combater um inimigo invisível. Aumentando e valorizando os empregos no setor da saúde estaremos em melhores condições de enfrentar a próxima crise epidemiológica,

que certamente existirá, assim como servir a nossos cidadãos com uma excelente saúde pública no cotidiano. Da mesma forma que teremos que ter mais dinheiro para a educação, para aprimorar a formação de nossos profissionais, assim como dotar a universidade de melhores serviços de extensão e sobretudo melhorar a pesquisa no país. E deveríamos também universalizar o acesso à educação com programas sociais de inclusão. O jusfilósofo Luigi Ferrajoli (2018, p. 28-33), para melhorar a saúde e a educação, leciona sobre a necessidade de lutar por um constitucionalismo social.

Ademais as pandemias não matam tão indiscriminadamente como se pensa, assim reflete Boaventura de Sousa Santos²⁵. É evidente o desconforto e a impossibilidade de fazer isolamento social dos menos favorecidos economicamente²⁶. Boaventura²⁷ lista os que não estão em condições de seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde e por isso são mais vulneráveis à Covid-19: os trabalhadores empobrecidos, as mulheres, trabalhadores precários/informais, negros, indígenas, imigrantes, refugiados, camponeses, idosos, etc.

Segunda reflexão: **Uma maior proteção do meio ambiente**. A exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, e outros documentos internacionais de direitos humanos, deveríamos reivindicar uma declaração universal de bens fundamentais da humanidade a partir da ideia de autores como Ugo Mattei e Luigi Ferrajoli²⁸. Assim podemos incluir a reivindicação de um constitucionalismo de bens fundamentais²⁹. É sintomático que em plena pandemia no Brasil se tenha privatizado o bem fundamental para a humanidade como a água³⁰. Ademais podemos reduzir muito as emissões de gases na atmosfera com alguns hábitos que adquirimos durante a pandemia, por exemplo, baixando a mobilidade nas cidades e fomentando o trabalho remoto via internet. Da mesma forma, a melhoria do transporte público deve ser a solução para a qualidade do ar em nossas cidades, assim como o incentivo de transportes alternativos como o aumento de ciclovias e a humanização das cidades. Não podemos esquecer a lição ambiental desses tempos de confinamento e de como o meio ambiente rapidamente se recuperou melhorando as condições

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 12.

²⁶ Sobre a vida no isolamento social, veja-se: DUNKER, Christian Ingo Lenz. **A arte da quarentena para principiantes**. São Paulo: Boitempo, 2020 [recurso eletrônico].

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus**.

²⁸ Veja-se: MATTEI, Ugo. **Bienes comunes: un manifiesto**. Madrid: Trotta, 2013. 121 p. E também: FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. In: FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49-88.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado.

³⁰ É no mínimo imoral, ilegítimo e desumano que em plena pandemia o Congresso Nacional brasileiro tenha aprovado uma lei de privatização da água, um bem fundamental da humanidade. Assim como o aumento do desmatamento das florestas brasileiras e tentativas de aprovar retrocessos em diversas matérias de direitos humanos, sejam trabalhistas, ambientais, educacionais etc., em plena crise toda essa atitude nefasta é algo que passará a história como fazendo parte da distopia da pandemia do coronavírus.

de águas, de lagos, rios, etc. e do próprio ar das grandes cidades. Aqui cabe lembrar a Carta da Terra do ano 2000 que entre seus princípios está:

1. Respeitar a Terra e a vida em toda sua diversidade.

2. Cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor, assim como cuidar da integridade ecológica protegendo e restaurando os sistemas ecológicos da Terra, com especial preocupação pela diversidade biológica e pelos processos naturais que sustentam a vida;

3. Justiça social e econômica erradicando a pobreza como um imperativo ético, social e ambiental.

4. Valorizar a Democracia, a não-violência e a paz, procedendo-se assim: fortalecer as instituições democráticas em todos os níveis e proporcionar-lhes transparência e prestação de contas no exercício do governo, participação inclusiva na tomada de decisões, e acesso à justiça.

Assim como defender o direito de todas as pessoas no sentido de receber informações claras e oportunas sobre assuntos ambientais e todos os planos de desenvolvimento e atividades que poderiam afetá-las ou nos quais tenham interesse. Também integrar, na educação formal e na aprendizagem ao longo da vida, os conhecimentos, valores e habilidades necessárias para um modo de vida sustentável. A sustentabilidade de nossas ações e de nossas políticas de Estado é uma questão de sobrevivência de nossa espécie e por isso mesmo uma questão transnacional, difusa e transgeracional.

Para defender os interesses econômicos de poucos em detrimento dos direitos fundamentais da grande maioria, em prejuízo da humanidade, na realidade estamos assistindo a um retrocesso em termos de proteção do meio ambiente.

Terceira reflexão: **Na pós-pandemia teremos que reforçar a defesa do consumidor em todas as questões.** Ademais faz-se urgente a melhoria da nossa soberania alimentar, fomentando os circuitos curtos e de proximidade, além de muitas outras questões de defesa dos consumidores como os abusos dos bancos, dos juros exorbitantes, já que em uma época de desemprego e redução de salários os bancos ainda mais lucram com a desgraça do cidadão comum. A presente crise deixa claro que não devemos confiar nossa economia e vida aos bancos privados e na produção industrializada e globalizada dos alimentos, já que em este sentido seguramente deveremos reformar as regras de defesa do consumidor, pelo menos reforçar a proteção do cidadão. Os povos devem ter poder para proteger e fomentar uma produção e comércio local, ainda que seria muito difícil no início, mas seria um seguro de resiliência para o futuro. Como

recuperar a economia em um futuro próximo com uma população empobrecida? Dessa maneira além de contribuir para melhorar a vida dos indivíduos e da economia, por exemplo protegendo a alimentação o cidadão iria comer de maneira mais saudável e como consequência haveria menos doenças, e a sociedade gastaria menos com saúde, e assim conservaríamos a natureza com uma produção mais humanizada. Defender o crédito facilitado para reconstruir a economia, a terra e a soberania alimentar. Assim é a eterna e fundamental luta pelo fim da miséria e da fome, pela soberania alimentar e a produção de uma alimentação saudável, como diz o compromisso cinco da carta de Santa Cruz de la Sierra do II Encontro dos Movimentos Populares com a participação do Papa Francisco:

5. Defender a Terra e a soberania alimentar: Promovemos a reforma agrária integral para distribuir a terra de maneira justa e equitativa. Chamamos a atenção dos povos para o surgimento de novas formas de acumulação e especulação da terra e do território como mercadorias, vinculadas ao agronegócio, que promove a monocultura destruindo a biodiversidade, consumindo e contaminando a água, deslocando populações camponesas e utilizando agrotóxicos que contaminam os alimentos.

Reafirmamos nossa luta pela eliminação definitiva da fome, pela defesa da soberania alimentar e pela produção de alimentos saudáveis. Também rechaçamos enfaticamente a propriedade privada de sementes por grandes grupos agroindustriais, assim como a introdução de produtos transgênicos substituindo aos nativos, pois destroem a reprodução da vida e da biodiversidade, criam dependência alimentar e causam efeitos irreversíveis sobre a saúde humana e o meio ambiente. Nesse sentido, reafirmamos a defesa dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas em relação à agricultura sustentável.

Como defende Boaventura de Sousa Santos³¹ o regresso do Estado e da comunidade. Os três princípios das sociedades modernas são o Estado, o mercado e a comunidade. Assim nos últimos anos vivemos a primazia do mercado em detrimento do Estado e da comunidade. Desta forma há de se estabelecer a não privatização dos bens sociais coletivos, ou seja: os serviços de saúde, educação, água canalizada, eletricidade, correios, segurança social, etc., assim a não mercantilização da vida coletiva.

Quarta Reflexão: Fazendo valer o que diz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o fim do elitismo e da primazia da ideologia neoliberal que se diz não ideológica e que

³¹ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia.

sobrecarrega injustamente aos mais pobres. **Apesar da cegueira neoliberal de alguns, evidente se faz necessário reformar os tributos fazendo que os mais ricos paguem mais impostos e não deixando na mão de governos oportunistas que se garantem no poder dando privilégios às grandes empresas. Imposto sobre grandes fortunas é uma das pendências de uma sociedade que quer ser realmente democrática. Fiscalizar para poder aportar um maior gasto sanitário e de educação para fazer valer os objetivos de nossa República previsto no artigo 3º³².** Faz-se imprescindível também avançar no caminho de estabelecer uma renda básica universal, para fechar de uma vez a ferida da miséria, da falta de oportunidades por culpa da pobreza e da exclusão social, exatamente por isso, para uma justiça social e uma sociedade menos violenta e arrecadar mais recursos que não irão chegar de outra forma que não seja através de um sistema fiscal mais justo e progressivo. Ferrajoli³³ chama essa a luta por um constitucionalismo direito privado, no qual não se confundem direitos fundamentais com direitos patrimoniais como o direito de propriedade.

Destaca-se ainda o compromisso oito da Carta de Santa Cruz que tem como título *Promover a liberdade de expressão*: “Promovemos o desenvolvimento de meios de comunicação alternativos, populares e comunitários, frente ao avanço dos monopólios midiáticos que ocultam a verdade. O acesso à informação e a liberdade de expressão são direitos dos povos e fundamento de qualquer sociedade que se pretenda democrática, livre e soberana”. E segue com a questão das reivindicações dos povos: “O protesto é também uma forma legítima de expressão popular. É um direito e aqueles que o exercem não devem ser perseguidos”.

Ademais a Carta da Terra em seus princípios nove e dez, determina: “9. Colocar a ciência e a tecnologia a serviço dos povos; 10. Rechaçar o consumismo sem sentido e defender a solidariedade como projeto de vida”³⁴.

³² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado.

³⁴ Assim determina a Carta da Terra de 2000 em seus compromissos nove e dez: “9. Nos comprometemos a lutar para que a ciência e o conhecimento sejam utilizados a serviço do bem-estar dos povos. Ciência e conhecimento são conquistas de toda a humanidade e não podem estar a serviço do lucro, exploração, manipulação ou acumulação de riquezas por parte de alguns grupos. Persuadimos a que as universidades se enchem de povo e seus conhecimentos sejam orientados a resolver os problemas estruturais mais que a gerar riquezas para as grandes corporações. Deve-se denunciar e controlar as multinacionais farmacêuticas que, por um lado, lucram com a expropriação de conhecimentos milenares dos povos originários e, por outro, especulam e geram lucros com a saúde de milhões de pessoas, colocando o negócio na frente da vida. 10. Defendemos a solidariedade como projeto de vida pessoal e coletivo. Nos comprometemos a lutar contra o individualismo, a ambição, a inveja e a ganância que se aninham em nossas sociedades e muitas vezes em nós mesmos. Trabalharemos incansavelmente para erradicar o consumismo e a cultura do desperdício. Seguiremos trabalhando para construir pontes entre os povos, que nos permitam derrubar os muros da exclusão e da exploração!”.

Quinta reflexão: **Finalmente, em esta pequena lista de lições que podem ser aprendidas durante a pandemia e reivindicadas na pós-pandemia, não podemos esquecer a fundamental questão da cooperação internacional.** Apesar da atitude irresponsável de alguns governos, não resta dúvidas, que a comoção mundial causada pela Covid-19 pôde demonstrar a todos os povos do planeta que necessitamos de novos mecanismos de solidariedade global. Num mundo globalizado é impossível que as nações do mundo travem a luta com a enfermidade sozinhas ou que não tenham uma ação conjunta, uma atitude coordenada mundialmente. Nenhum país da terra é uma ilha isolada do resto da humanidade, estamos ligados por laços impossíveis de serem desfeitos. Seja por questões comerciais, culturais, religiosas ou mesmo pelo turismo, hoje em dia é impossível uma nação que não está interconectada com todo o planeta. A própria União Europeia não consegue chegar a um acordo de como será capaz de abordar os objetivos de como fará a reconstrução econômica depois da pandemia, já que como se sabe a crise além de sanitária é econômica, sem precedentes na história da humanidade, e em todas as latitudes do planeta. Além das crises pandêmica e econômica, a crise política e ecológica serão uma triste realidade, pois sempre que se colocam recursos públicos aparecem os oportunistas corruptos e os escândalos são quase que impossíveis de não acontecerem, ainda mais em países como o nosso.

Ademais vivemos uma crise internacional e diplomática, pois as Nações Unidas ficaram muito além de suas possibilidades em essa pandemia. Enormes são os objetivos da Organização das Nações Unidas (ONU) e em essa pandemia foi visto a pouca atuação da organização mundial. Desde nosso ponto de vista (logicamente que em oposição aos defensores de um nacionalismo retrógrado e etnocentrista) a crise mundial da Covid-19 serviu para demonstrar que a Organização Mundial da Saúde (OMS) e os organismos da ONU são imprescindíveis e que necessitam muito mais protagonismo, de recursos e sobretudo de mais poderes para atuar em benefício de toda as nações do mundo, em favor da humanidade. A vacina deve ser feita para toda a humanidade, sem custos para o cidadão, e não somente para uma fatia dos que podem pagar. A cooperação internacional deve implicar decididamente em mecanismos de uma governança mundial. Luigi Ferrajoli³⁵ reivindica a não diferenciação entre o cidadão e o não-cidadão, e sim que todos os seres humanos sem distinção de nacionalidade são titulares dos direitos humanos. O professor nascido em Florença reivindica um constitucionalismo global, um constitucionalismo a partir dos valores e das garantias dos direitos humanos para toda a humanidade. O isolamento das diretrizes da OMS de países como Estados Unidos da América e seus seguidores é uma vergonha, trata-se de crimes

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado.

contra a humanidade e seus responsáveis deveriam ser punidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvidas que vivemos em tempos de distopia, uma época pavorosa infelizmente de muito sofrimento e muitas mortes. Dita agonia poderia ser amenizada com políticas públicas sociais e com mais solidariedade, com a união de todos em torno ao grave problema, com a união das nações em torno da Organização Mundial da Saúde, com mais a atuação da ONU e de outros organismos. Ao contrário assistimos somente o acirramento da estupidez humana, do egoísmo e do oportunismo. O crime contra a humanidade como o crime de extermínio poderá ser aludido contra alguns agentes públicos que se omitiram.

Certamente vivemos uma época que marcará para sempre a humanidade. Haverá uma tentativa de banalizar as consequências, as armas dos *poderes invisíveis* são poderosas, já que como disse Hannah Arendt que desde sempre se tentou banalizar o mal.

O confinamento durante semanas ou meses em nossas próprias casas no início proporcionou uma certa solidariedade de espécie, mas paradoxalmente com o passar do tempo o desespero com a catástrofe, humanitária e econômica, levou a um maior egoísmo ainda. Todos unidos contra o vírus seria um lema que cada vez mais vai sendo esquecido e que a humanidade não soube fazer disso uma verdadeira união. Algo mais que um lema, talvez tenha sido a última oportunidade da humanidade em melhorar as condições de vida futura.

Há quem diga que um dos carnavais mais alegres da história do Rio de Janeiro foi aquele de 1919 que se seguiu a fase mais aguda da Pandemia da gripe espanhola³⁶. Temos essa esperança de viver um feliz carnaval em 2022 e uma grande comemoração, mas não devemos esquecer que as lições da pós-pandemia devem ser ensinadas. Para conter a euforia, completamos com Albert Camus e seu personagem médico, e *alter ego* de *A Peste*, Bernard Rieux:

Na verdade, ao ouvir os gritos de alegria que vinham da cidade, Rieux lembrava-se de que essa alegria estava sempre ameaçada. Porque ele sabia o que essa multidão eufórica ignorava e se pode ler nos livros: o bacilo da peste não morre nem desaparece nunca, pode ficar dezenas de anos adormecido nos móveis e na roupa, espera pacientemente nos quartos, nos porões, nos baús, nos lenços e na papelada. E sabia, também, que viria talvez o dia em que, para desgraça e ensinamento dos homens, a peste acordaria os seus ratos e os mandaria morrer numa cidade feliz.³⁷

³⁶ CASTRO, Ruy. O carnaval da guerra e da gripe.

³⁷ CAMUS, Albert. **A peste**. Tradução de Valerie Rumjanek. 27ª ed. Rio de Janeiro: 201, p. 286-287.

Talvez a peste verdadeira, que queria dizer Albert Camus em seu livro de 1947, seja a doença do nazismo: os ratos que invadem a cidade e trazem a enfermidade mortal a uma população feliz e desavisada. Então seria essa uma alusão aos nazistas?

Somente o respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nos salvaram ou irão minimizar os efeitos de uma peste pandêmica. Devemos reivindicar mais direitos e a efetividade das conquistas humanas civilizatórias. A esperança contra a distopia causada pela pandemia passa pela utopia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste**: ensaios em tempos de pandemia. Tradução de Isabella Marcatti e Luísa Rabolini. São Paulo: Boitempo, 2020 [recurso eletrônico].

AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; BUTLER, Judith; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; *et eal.* **Sopa de Wuhan**. [S.L.]: Editorial Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, Marzo de 2020.

BARRY, John M. **A grande gripe**: A história da Gripe Espanhola, a pandemia mais mortal de todos os tempos. Tradução de Alexandre Raposo, Carmelita Dias, Cássia Zanon, Livia Almeida, Maria de Fátima Oliva do Coutto e Paula Diniz. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. 602 p.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. 263 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 255 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 199 p.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Con el comentario de Voltaire. Introducción y notas de Juan Antonio Delval. Tradução de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial, 1968. 203 p.

BLOCH, Ernest. **Derecho Natural y Dignidad Humana**. Tradução de Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011. 557 p. Título original: *Naturrech und menschliche*.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. In: _____. **O futuro da democracia**. 7ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 29-52.

- CAMUS, Albert. **A peste**. Tradução de Valerie Rumjanek. 27ª ed. Rio de Janeiro: 2019. 288 p. Título original: *La Peste*.
- CASTRO, Ruy. **O carnaval da guerra e da gripe**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. 38 p. [recurso eletrônico].
- DUNKER, Christian Ingo Lenz. **A arte da quarentena para principiantes**. São Paulo: Boitempo, 2020 [recurso eletrônico].
- EAGLETON, Terry. **Esperanza sin optimismo**. Tradução de Belén Urrutia. Madrid: Taurus, 2016. 244 p. Título original: *Hope Without Optimism*.
- ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. Tradução de Eliana Aguiar. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. 63 p. Título original: *Il fascismo eterno*.
- ECO, Umberto. **Pape Satán Aleppo: crônicas de uma sociedade líquida**. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2016. 390 p. Título original: *Pape Satán Aleppo: Cronache di una società liquida*.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2018. 92 p.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. 373 p.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. 180 p. Título original: *Il diritto come sistema de garanzie*.
- FERRAJOLI, Luigi. **Manifiesto por la igualdad: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2019. 246 p. Título original: *Manifiesto per l'uguaglianza*.
- FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. In: FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Sergio Cademartori; Daniela Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49-88.
- GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. 134 p.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. 2ª ed. Tradução de Enio P. Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017 a. 128 p.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Tradução de Enio P. Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes,

2017 b. 116 p.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Título original: *Age of extremes: the short twentieth century: 1914/1991*.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. *In: Os Pensadores: Kant (II)*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 101-162.

MATTEI, Ugo. **Bienes comunes: un manifiesto**. Tradução de Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2013. 121 p. Título original: *Beni comuni: un manifiesto*.

PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2007. 359. p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PISARELLO, Gerardo; ASENS, Jaume. **La bestia sin bozal: em defensa del derecho a la protesta**. Madrid: Catarata, 2014. p. 182.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014. 125 p. Título original: *La haine de la démocratie*.

ROSA, Halmut. **Alienación y aceleración: hacía una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía**. Tradução, revisão e notas de Estefanía Dávila e Maya Aguiluz Ibarгүйen. Madrid: Katz, 2016. 190 p.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a Cegueira**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Algunos demonios de los derechos humanos en el contexto de la globalización. *In: GONZÁLEZ ORDOVÁZ, Maria José (coord.). Reflexiones entorno al Derecho y al Estado en tiempos de una Globalización confusa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 1-34.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020. 32 p.

UJVARI, Stefan Cunha. **A história da humanidade contada pelos vírus**. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2020. 205 p.

ZIZEK, Slavoj. **Pandemia: Covid-19 e a reivindicação do comunismo**. Tradução de Artur Renzo. São Paulo: Boitempo, 2020 [recurso eletrônico].

O MODELO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL CHILENO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Ronaldo Elias¹

Karen Beltrame Becker Fritz²

INTRODUÇÃO

A partir da Revolução Industrial, verificou-se que os modelos restritos de seguridade social não eram mais eficientes para suprir as mazelas sociais. Quando o trabalho passa a ser a principal fonte de desenvolvimento da economia, as exigências do modelo trabalhista da época não garantiam aos trabalhadores formas de cobrir seus gastos com saúde, velhice, acidentes ou desemprego involuntário. Uma vez que precisassem ausentar-se do trabalho em virtude dos infortúnios da vida, trabalhadores perdiam a sua única fonte de sustento.

Para resolver essa demanda, os trabalhadores viram a necessidade de estabelecer um modelo de previdência social (mecanismo de seguridade social) no qual passavam a abrir mão de parte de seus recursos financeiros em prol daqueles que necessitassem cobrir gastos decorrentes da ausência involuntária ao trabalho, tal qual a previdência social atual. Ou seja, um sistema de cunho contributivo, o denominado modelo bismarckiano de previdência social.

Com a evolução e disseminação desse modelo pelos continentes europeu, asiático e americano, a seguridade social passa a ser vista como um verdadeiro sistema de distribuição de renda e de diminuição das desigualdades sociais, vindo a integrar as constituições dos mais diversos países, nos quais se relega ao Estado a condição de principal responsável pela sua implementação, sobretudo após a sua consagração como direito humano fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Entretanto, esse modelo bismarckiano, de caráter iminentemente contributivo, precisava, para funcionar de forma integral e otimizada, que os trabalhadores possuíssem empregos estáveis e que houvesse um chefe de família presente, pois com a existência desse, todos estariam garantidos. Em matéria de financiamento do sistema, bastaria estabelecer um imposto específico sobre a verba salarial e determinar os benefícios de uma forma atuarial justa para que houvesse a

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – PPGD-UPF. E-mail: 20254@upf.br

² Pós Doutora em Direito. Professora Titular II da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS e do Programa de Pós Graduação Mestrado em Direito. E-mail: karenfritz@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/3756677940179047>.

cobertura do risco social. Por isso, em sociedades subdesenvolvidas, nas quais a oferta e emprego é baixa e instável, esse modelo unicamente contributivo acabava por onerar, excessivamente, os gastos do Estado.

Nesse contexto, será desenvolvida a análise do modelo previdenciário chileno, adotado desde o ano de 1980, no governo de Augusto José Ramón Pinochet, no intuito de verificar se um sistema único que opera mediante a capitalização em contas individuais para cada segurado e com contribuições definidas, administradas e aplicadas por entes privados no mercado financeiro foi ou é compatível com os propósitos sociais da América-Latina. Verificar-se-á quanto à possibilidade de um novo paradigma constitucional previdenciário para o modelo chileno, tomando-se os preceitos de Luigi Ferrajoli.

1. A DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social está totalmente ligada à evolução do homem enquanto civilização, que, com o passar do tempo, aglomerando-se em sociedades, passou a adotar medidas conjuntas para estabelecer e aplicar mecanismos que atendessem às suas necessidades, ou seja, alçou meios de proteção sobre os riscos sociais relativos a situações que impossibilitassem o sustento próprio e da família.

O primeiro sistema de proteção foi o assistencialismo, existente desde os Códigos de Hamurabi e de Manú e da Lei das Doze Tábuas até as chamadas *Poor Laws*, influenciadas pelos ideais de Thomas More, na Inglaterra, no século XVI. O segundo sistema foi o mutualismo, oriundo da Idade Média, quando grupos formavam fundos para ajuda de membros em momentos de dificuldade. Posteriormente, nos meandros da Revolução Industrial, como os sistemas restritos não eram mais eficientes, uma vez que o Estado moderno trouxe expressivas mudanças, especialmente para a classe trabalhadora. Tratava-se de um modelo integralmente contributivo, tal qual a previdência social atual. Esse sistema passou a ser implantado na Alemanha a partir de 1883, irradiando-se nos anos seguintes por toda a Europa e, depois, para a América e Ásia.³

O seguro social propriamente dito surge quando o trabalho passa a ser a principal fonte de desenvolvimento da economia. Portanto, é justamente nos meandros da Revolução Industrial que as ideias de proteção passam a se intensificar. A seguridade social se constitui como uma das mais expressivas instituições advindas com o processo de industrialização e o nascimento das classes trabalhadoras que trouxeram também novas formas de miséria, infelicidade e incertezas. Assim, a

³ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-38.

seguridade social, como política social, é uma organização do Estado para o enfrentamento das mazelas sociais, promovendo um estado de bem-estar.⁴ A instituição do Estado de Bem-Estar Social traz as raízes da seguridade social como é concebida atualmente.⁵

Com base nessas concepções, a previdência social, como mecanismo de seguridade social, passou a integrar as constituições dos mais diversos países. A primeira a incluir o sistema protetivo via sistema de previdência social foi a mexicana de 1917, seguida da de Weimar, em 1919. Também o Tratado de Versalhes, ao criar a Organização Mundial do Trabalho – OIT, em 1919, evidenciou a necessidade de instituir mecanismos de previdência social.⁶

Disseminado o sistema de proteção social pelas constituições ao redor do mundo, inclusive nas latino-americanas, erigiu-se rapidamente o direito à seguridade social ao patamar de direito fundamental, juntamente com a consagração da implementação da segurança social na Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH⁷.

Diante desse aspecto, é possível dizer que quando se fala em direitos fundamentais, a maciça doutrina promove uma distinção entre direitos fundamentais de defesa, ou negativos, e direitos fundamentais a prestações, ou positivos. Nesses últimos, conforme professa Ingo Wolfgang Sarlet, estão integrados os direitos sociais, verdadeiros direitos a prestações que exigem uma postura positiva do Estado para efeito de sua consecução.

O direito social à previdência é um verdadeiro direito à prestação, tendo em conta, principalmente, que está umbilicalmente ligado à própria dignidade da pessoa humana, sobretudo, considerando que o Estado deve, por conseguinte, promover a cada um, os direitos sociais que objetivem uma vida digna e não apenas uma vida de mera subsistência. Por direitos sociais entende-se aqueles que têm por finalidade “beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real”.⁸

Contudo, o modelo bismarckiano de previdência antes citado, integralmente difundido na Europa e, também, nas Américas e Ásia, foi criado e voltado principalmente para sociedades em que os trabalhadores possuíssem empregos estáveis e em que houvesse um chefe de família

⁴ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁶ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. p. 35-38.

⁷ Art. 22. Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos – DUDH**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 789.

presente. Quanto ao financiamento do sistema, bastaria estabelecer um imposto específico sobre a verba salarial e determinar os benefícios de uma forma atuarial justa para que houvesse uma segurança coletiva.⁹

Cabe, portanto, analisar-se o modelo previdenciário chileno, adotado desde o ano de 1980, buscando elucidar se esse foi ou é compatível com os propósitos sociais da América-Latina. O objetivo central dessa análise é evidenciar a possibilidade de um novo paradigma constitucional previdenciário tendo por base o modelo garantista dos direitos fundamentais proposto por Luigi Ferrajoli.

2. O MODELO CHILENO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

É possível dizer que o Chile foi um dos primeiros países da América-Latina a adotar reformas neoliberais, especialmente durante o governo de Augusto Pinochet, que perdurou entre os anos de 1973 e 1990, estando dentre elas a reforma previdenciária de 1981.¹⁰

A depender da existência ou não de reformas estruturais em determinado país, há aqueles que realizaram reformas estruturais e aqueles que realizaram apenas reformas paramétricas ou nenhuma reforma. Por reforma estrutural entenda-se a transformação do sistema público em integral ou parcialmente privado, ou em que o sistema público concorre com o privado, tornando-se, então, um sistema substitutivo, paralelo ou misto, dependendo da maior ou da menor entrega do sistema ao setor privado. O regime chileno de previdência, formalizado desde 13 de novembro de 1981, por meio do Decreto lei n° 3.500/81¹¹, é o modelo denominado “substitutivo”, caracterizado por ser integralmente privado, com contribuições definidas, mas prestações não definidas, com capitalização plena e individual (CPI) e administração integralmente privada, ou seja, é o modelo mais privatista possível.¹²

O sistema brasileiro, a contar da Constituição Federal de 1988, quando a previdência social passa a ser integrante do Sistema de Seguridade Social (art. 194 em diante¹³), é um modelo

⁹ UTHOFF, Andras. Reforma al sistema de pensiones chileno. *Série Financiamiento del Desarrollo*. N. 240. Santiago - CL: Naciones Unidas, 2011, p. 7.

¹⁰ MESA-LAGO, Carmelo. As reformas da previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social. Brasília: Ministério da Previdência Social; 2006, p. 39.

¹¹ CHILE. **Decreto Ley n° 3.500, de 13 de noviembre de 1980.** Disponível em: <http://www.previsionsocial.gob.cl/transparenciaactiva/adjgen/dl-3500.pdf>. Acesso em: 2 set. 2020.

¹² MESA-LAGO, Carmelo. As reformas da previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social. p. 40-41.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 4 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

caracterizado por ser público, com contribuições não definidas, com prestações definidas, com regime financeiro de repartição e administração pública.¹⁴

Posteriormente à reforma previdenciária chilena de 1981, persistente até os dias atuais, o segurado é quem passou a financiar sua própria aposentadoria, com contribuições obrigatórias e voluntárias, que integram um fundo administrado pelas denominadas Administradoras de Fondos de Pensões – AFP, instituições privadas que podem investir os recursos no mercado financeiro. Ao final, cabe ao segurado o valor do rendimento da sua conta individual.¹⁵

Cumprir referir, que na forma dos artigos 51 c/c 73 do decreto-lei chileno, as AFP ficaram responsáveis pelas pensões por velhice, invalidez e sobrevivência financiadas com o saldo da conta de capitalização individual do filiado, quando completados pelos segurados um dos requisitos dos art. 3º, 4º ou 5º, do mesmo decreto-lei, e o Estado por garantir pensões mínimas (artigos 73 e seguintes) que seriam pagas especialmente quando os valores da conta individual viessem a se esgotar em virtude das retiradas programadas e quando a renda dessas contas ficasse em valor inferior à pensão mínima garantida pelo Estado. Além disso, o Estado também ficou responsável pela fiscalização das AFPs por meio da Superintendência de Pensões, conforme artigos 23 e seguintes de decreto-lei chileno.¹⁶

Entretanto, a partir do momento que o rendimento das contas individuais passa a ficar a cargo das AFPs, que aplicam esses valores no mercado financeiro, o acréscimo e o decréscimo ficam vinculados ao humor desse mercado, o que irá refletir no valor final das aposentadorias.

O desafio central é que, em sociedades tão desiguais como as da América-Latina, um regime que necessita de um mercado financeiro forte e aquecido e de empregos e profissões estáveis torna-se demasiado difícil de custear e não oferece proteção contra os riscos sociais de maneira generalizada com um regime integralmente privado.

Os países Latino-Americanos, entre os quais o Chile não é exceção, são totalmente dependentes do mercado e de suas commodities, uma vez afetado esse mercado, na mesma proporção afetam-se os principais empregos do país, gerando instabilidades na formulação da poupança nacional. Após 25 anos da reforma previdenciária chilena, verifica-se que o sistema não estava funcionando, tendo em vista que o número de pessoas que estariam a financiar sua própria

¹⁴ MESA-LAGO, Carmelo. As reformas da previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social. p. 42.

¹⁵ OLIVEIRA, Suelen Carlos de; MACHADO, Cristiani Vieira; HEIN, Aléx Alarcón. Reformas da Previdência Social no Chile: lições para o Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, v. 35, n. 5. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000600301. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁶ *Decreto Ley n. 3.500, de 13 de noviembre de 1980*. Disponível em: <http://www.previsionsocial.gob.cl/transparenciaactiva/adjgen/dl-3500.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

aposentadoria era muito baixo e o número dos eleitos para receber as aposentadorias mínimas (custeadas pelo Estado) e os que estavam sem qualquer garantia era bastante elevado.

Isso propiciou nova reforma no sistema previdenciário chileno no ano de 2008, quando restou constatada e estabelecida a necessidade de trazer um caráter mais solidário ao sistema, com contribuições mais bem distribuídas. Todavia, atualmente, é possível constatar que nem mesmo com essas reformas o sistema tornou-se efetivo, tendo em vista a pouca cobertura e o baixo valor das pensões oriundos das contribuições individuais.

Como se não bastasse, nos últimos anos, houve um crescente processo de desnacionalização dos recursos do sistema de pensões, no qual a maioria das AFPs passou a ser controlada por grandes conglomerados financeiros internacionais como Metlife (Estados Unidos), Principal Financial Group (Estados Unidos), Citigroup (Estados Unidos), BTG Pactual (Brasil) e Grupo Sura (Colômbia), o que torna o setor um importante grupo de interesse com grande poder econômico e político no país, tornando o regime previdenciário ainda mais dependente do humor do mercado interno e internacional.¹⁷ O que ocorre, atualmente, é que toda a poupança nacional chilena se encontra nas mãos de grupos internacionais, o que, salvo melhor juízo, pode ser um grande risco à própria soberania nacional, podendo vir a resultar numa inversão de papéis em que o mercado passe a ditar as regras ao setor público e político do país.

Note-se, portanto, que o principal fim do regime chileno, que seria o de desonerar as contas públicas, ao tentar transferir a responsabilidade à iniciativa privada, não teve o condão de abarcar tal benefício, mostrando-se totalmente insuficiente frente ao crescente gasto público e à baixa cobertura dos riscos sociais face ao baixo valor das aposentadorias.

Nesse diapasão, grande parte das organizações e movimentos populares chilenos realizaram um plebiscito não vinculante, no ano de 2017, para verificar se a população tenderia a abandonar o atual sistema previdenciário de capitalização individual para retornar a um sistema mais solidário. O resultado foi que 96,76% votaram pela necessidade de alterar o regime.¹⁸ Entretanto, até o presente momento, as discussões permanecessem em sede parlamentar, mas com expectativas de mudanças decorrentes de plebiscito marcado para o dia 25 de outubro de 2020 para consulta à população sobre a formação de uma Convenção Constituinte com vias a

¹⁷ OLIVEIRA; MACHADO; HEIN, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000600301. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁸ OLIVEIRA; MACHADO; HEIN, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000600301. Acesso em: 10 set. 2020.

estabelecer uma nova ordem constitucional no país.¹⁹

3. O MODELO GARANTISTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO

A Constituição Política da República do Chile, apesar de inúmeras e necessárias alterações ao longo dos anos, foi herdada e redigida em plena ditadura militar no ano de 1980 durante o governo de Augusto Pinochet, que previa uma série de princípios antidemocráticos, incrustados especialmente no seu modelo eleitoral e legislativo.²⁰

Ocorre que, apesar de amplas reformas constitucionais, especialmente a realizada em 17 de setembro de 2005, pelo Decreto 100,²¹ que eliminou uma série de princípios antidemocráticos, esse atual modelo constitucional chileno não prevê um sistema de seguridade social estritamente regulado, com forte base diretiva, apresentando apenas o art. 19, nº18,²² tratando especificamente do assunto, que deixa ampla margem ao legislador infraconstitucional para determinar como o acesso ao sistema deve ser concebido.

Como a legislação constitucional atual deixou amplas margens ao legislador (não constituinte) para o estabelecimento de um sistema social, o que se vê é um Estado subsidiário, que não oferece diretamente benefícios relacionados à saúde, à educação e à previdência social, relegando boa parte deles ao setor privado.

Assim, a fim de estabelecer uma teoria voltada para aplicação no desenvolvimento de uma constituição global com seu modelo garantista dos direitos fundamentais, os ensinamentos de Luigi Ferrajoli podem ser utilizados, para o estabelecimento de premissas para desenvolvimento e constatações a respeito das estruturas internas dos países.

Ferrajoli aponta que a divergência entre validade e vigência gerada pelo constitucionalismo rígido, consiste numa mudança de paradigma, tanto do direito como da democracia. Na democracia, somente política (formal), a lei é a fonte suprema e incontestável da produção jurídica, na qual são onipotentes as maiorias legislativas e a validade da lei se identifica com sua

¹⁹ CHILE. **Senado da República**. Plebiscito para el 25 de octubre y elecciones municipales el 11 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.senado.cl/plebiscito-para-el-25-de-octubre-y-elecciones-municipales-el-11-de-abril/senado/2020-03-19/195816.html>. Acesso em: 21 set. 2020.

²⁰ CHILE. **Constitución Política de la República de Chile de 11 de Septiembre de 1980**. Disponível em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

²¹ CHILE. **Decreto 100, de 17 de septiembre de 2005**. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 22 set. 2020.

²² CHILE. **Decreto 100**. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 22 set. 2020.

existência. Porém, a positivação constitucional dos direitos fundamentais submete o legislador a limites e vínculos substanciais, rompendo com a presunção de legitimidade do direito e abrindo esse espaço a antinomias pela indevida produção de leis inválidas e a lacunas pela sua indevida omissão.²³

Sua teoria resulta, portanto, num modelo quadridimensional de democracia, baseado nas quatro classes de direito em que são distribuídos todos os direitos fundamentais, dentre eles os sociais. Os primeiros são os direitos políticos e civis, que seriam formais ou instrumentais, que asseguraram a autonomia política e privada, servíveis para fundar a legitimidade formal das decisões nas esferas política e econômica, formando as dimensões formais da democracia (política e civil). Por outro viés, os direitos sociais e de liberdade, que seriam substanciais ou finais, e estabeleceriam o que é proibido e o que é obrigatório decidir quanto à autonomia política e privada, servem para fundar a legitimidade substancial das decisões, formando a dimensão substancial da democracia: liberal-democracia de um lado e social-democracia de outro.²⁴

Portanto, os direitos fundamentais devem ser concebidos como normas substanciais condicionantes da legitimidade do exercício dos poderes políticos e, ao mesmo tempo, em virtude de sua forma lógica universal, como direitos de todos e de cada um, não suprimíveis pelo interesse da maioria. Também devem ser concebidos como normas supraordenadas a qualquer outra, conferindo a seus titulares (todas as pessoas) uma posição supraordenada ao conjunto de poderes públicos e privados, que estão vinculados ao respeito e à garantia dessas normas, o que faz respeitar o próprio fundamento do estado constitucional de direito, que se identifica com a estipulação de direitos fundamentais em virtude do pacto constituinte diante da soberania popular, diferentemente do que se sucedeu no estado legislativo.²⁵

Com isso, visa-se dar ampla força aos direitos fundamentais, que passam a ser considerados os verdadeiros condicionantes da atuação do Estado, tendo, na visão de Ferrajoli, força de regras deônticas, impondo proibições e obrigações aos poderes públicos, com o estabelecimento de princípios regulativos e não meramente diretivos.

Ocorre que, na tese principialista, os direitos fundamentais podem ser objeto de ponderações e não de aplicação, o que debilita, por sua vez, a normatividade das constituições,

²³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 51.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. p. 54-55.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. p. 79-82.

favorecendo uma imprópria autonomia da legislação e da jurisdição, o que contradiz os fundamentos estruturais do paradigma constitucional de direito.

É preciso que o Estado se desamarre das pressões externas, com o estabelecimento de uma normatividade forte dos direitos fundamentais, pois é preciso que seja o governo, democraticamente eleito por sua população, que imponha suas regras ao mercado financeiro e aos interesses privados dos grandes conglomerados, impedindo que esses imponham sua vontade privada e especulativa.

A inversão da relação entre política e economia, que vem produzindo profunda crise institucional, afetando tanto a dimensão formal, como substancial da democracia, precisa ser desinvertida. A esfera pública precisa estar à altura do capital financeiro global, as leis de mercado precisam ser reguladas pelo Estado com vista ao bem-estar de toda a sua população, de modo que o poder político não seja dependente do poder econômico, que acaba maculando os mandatos políticos e a representatividade política.

Submeter-se ao mercado financeiro privado pressiona o Estado, em momentos de crises financeiras, a promover reduções nas prestações do estado social, sobretudo nas rendas do trabalho, o que determina o aumento do desemprego, reprime o consumo, abate a demanda por bens e serviços, agrava restrições creditícias, desincentiva inversões, provoca o fechamento de empresas e compromete o crescimento. Ao invés de reduzir o atrelamento ao mercado financeiro externo, isso só faz aumentar a sua submissão, visto que, em médio e longo prazo, as medidas antissociais adotadas para saldar a dívida provocam a necessidade de assunção de novas dívidas para suprir as mazelas sociais criadas. Como consequência, novas políticas de imposição de restrição passam a ser necessárias em prejuízo dos direitos sociais e do trabalho.²⁶

É nesse cenário que se pode constatar que um regime de previdência exclusivamente capitalizado e privatista, como é o caso chileno, deixa a supressão ou não de riscos sociais à mercê do jogo econômico. Crises econômicas internas e externas podem a qualquer momento afetar todo o sistema de proteção social.

Por óbvio que devem ser adotados mecanismos que o Estado tenha condições de cumprir, pois é extremamente necessário que se dê atenção ao orçamento público, uma vez que os mecanismos de seguridade social geram imensos gastos públicos e o orçamento é responsável pelo incremento de políticas públicas em outros setores também cruciais.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. p. 146-149.

Por isso, nada pode ser descartado, nem mesmo a possibilidade de participação dos entes privados no intuito de garantir a seguridade social, é preciso, sim, chamar a iniciativa privada a participar e ajudar. O que se prega, entretanto, é que isso deve ser amplamente regulado, com nítidos limites garantidores constitucional e substancialmente estabelecidos.

Diante do exposto, considerando que faz parte do núcleo essencial do direito fundamental à previdência social o estabelecimento pelo Estado de um mínimo existencial (obrigação), é preciso uma legislação constitucional previdenciária que evite retrocessos sociais. Salvo melhores juízos, pode-se conceber como um acerto pelo parlamento brasileiro não ter promovido a integral e pretendida privatização do sistema previdenciário do país com a reforma previdenciária de 2019.²⁷ Tomando-se por base as condições sociais do povo brasileiro, um regime totalmente privado no qual o brasileiro teria que custear sua própria poupança, entregue exclusivamente aos atores privados, sem qualquer mecanismo de solidariedade, contribuiria para um verdadeiro retrocesso social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Argumenta-se que a previdência social é um verdadeiro direito à prestação, umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual Estado deve promover mecanismos eficientes no combate aos riscos sociais, ou seja, cumpre ao Estado alcançar aos indivíduos condições de obter o mínimo existencial, o qual deve propiciar viverem dignamente e evoluírem como integrantes da sociedade.

Entretanto, na busca de um modelo previdenciário que suprisse essas expectativas, pode-se contatar que, ao longo da história, o estabelecimento de um modelo exclusivamente contributivo de previdência (bismarckiano) não foi suficiente para suprir as mazelas sociais, especialmente nos países Latino-Americanos em que a instabilidade empregatícia é demasiada alta, o que levou países como o Chile a promover verdadeiras reformas estruturais em seu sistema.

Nessa conjuntura, verificou-se que o governo chileno, no intuito de suprir os riscos sociais e reduzir o gasto público, promoveu verdadeira reforma neoliberal em seu sistema, formalizando um modelo “substitutivo” de previdência, caracterizado por ser integralmente privado, com contribuições definidas, mas prestações não definidas, com capitalização plena e individual (CPI) e

²⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 8 out. 2020.

administração integralmente privada. Buscou, portanto, transferir à iniciativa privada o custo previdenciário antes suportado pelo Estado.

Porém, o que se verificou ao longo do tempo é que o Estado nunca conseguiu desvincilhar-se por completo dos custos previdenciários, pois, passados quase 40 anos da reforma, os *déficits* do regime somente aumentaram, especialmente em virtude de que, a partir do momento em que o rendimento das contas individuais passaram a ficar sob responsabilidade das AFPs, que aplicam esses valores no mercado financeiro, o acréscimo e o decréscimo ficou vinculado às crises econômicas.

Utilizando-se dos preceitos do modelo garantista dos direitos fundamentais proposto por Luigi Ferrajoli e diante de um iminente e novo regime constitucional chileno, consubstancia-se a possibilidade do estabelecimento de direitos fundamentais sociais garantidos constitucionalmente, no sentido de dar-lhes ampla força legislativa constitucional, delegando-lhes o poder de condicionar a atuação estatal com verdadeiras regras substanciais, impondo proibições e obrigações aos poderes públicos e aos atores privados.

O estabelecimento de uma normatividade forte dos direitos sociais fundamentais propiciará que a esfera pública se coloque à frente do capital financeiro global, de modo que as leis de mercado passem a ser reguladas pelo Estado com vista ao bem-estar de toda a sua população.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 4 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 08 out 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile de 11 de Septiembre de 1980**. Disponível em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>.

Acesso em: 22 set. 2020.

CHILE. **Decreto 100, de 17 de septiembre de 2005.** Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 22 set. 2020.

CHILE. **Decreto Ley nº 3.500, de 13 de noviembre de 1980.** Disponível em: <http://www.previsionsocial.gob.cl/transparenciaactiva/adjgen/dl-3500.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

CHILE. Senado da República. **Plebiscito para el 25 de octubre y elecciones municipales el 11 de abril de 2021.** Disponível em: <https://www.senado.cl/plebiscito-para-el-25-de-octubre-y-elecciones-municipales-el-11-de-abril/senado/2020-03-19/195816.html>. Acesso em: 21 set. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos:** El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

ORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário.** 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MESA-LAGO, Carmelo. **As reformas da previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social.** Brasília: Ministério da Previdência Social, 2006.

OLIVEIRA, Suelen Carlos de; MACHADO, Cristiani Vieira; HEIN, Aléx Alarcón. Reformas da Previdência Social no Chile: lições para o Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, v. 35, n. 5. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01023-11X2019000600301. Acesso em: 10 set. 2020.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

UTHOFF, Andras. Reforma al sistema de pensiones chileno. **Série Financiamiento del Desarrollo.** nº 240. Santiago - CL: Naciones Unidas, 2011.

COMO GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS EM NÚCLEOS URBANOS INFORMAIS CONSOLIDADOS

Paulo Antonio Locatelli¹

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto abordar a contínua vulneração dos direitos sociais e das respectivas políticas públicas para assisti-los em núcleos urbanos informais oriundos de ocupações irregulares ou clandestinas, em razão da persistente desigualdade material existente em nossa sociedade.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens. No primeiro, trata-se dos direitos sociais e da necessidade da sua efetivação para garantia da dignidade da pessoa humana, e sobre a segregação sistemática dos direitos sociais ferindo tal princípio.

No segundo, será discutido o crescimento das cidades informais e a necessidade eminente de regularização aliada à proliferação de legislações simbólicas e casuísticas, culminando com uma breve abordagem sobre a costumeira omissão fiscalizatória do poder público.

No terceiro tópico, será analisada a imprescindível participação estatal, assumindo o posto de protagonista para a resolutividade das questões socioambientais decorrentes dos assentamentos informais de forma a garantir a segurança da moradia e o fornecimento dos equipamentos dos serviços públicos essenciais de forma ambientalmente sustentável.

Para o desenvolvimento do trabalho³, utilizou-se o método indutivo, além do uso das

¹ Promotor de Justiça Titular da 32ª Promotoria de Justiça da Capital com atribuição para o Meio Ambiente do Ministério Público de Santa Catarina, tendo atuado no Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente por 6 anos (entre abril de 2013 e março de 2019), membro da diretoria da ABRAMPA, Professor das Disciplinas de Direito Ambiental e de Prática de Direitos Difusos e Coletivos da Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público com ênfase em Direito Constitucional ambas na UNOCHAPECÓ. Mestre em Ciência Jurídica UNIVALI com dupla titulação com a Universidade de Alicante – IUACA. E-mail: plocatelli@mpsc.mp.br

² Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado, e na Graduação no Curso de Direito, ambos da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha”. E-mail: mclaudia@univali.br. Currículo lattes. <http://lattes.cnpq.br/2095171218854616>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8118-1071>.

1. OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são conquistas humanas civilizatórias, elevados ao “status” de direitos fundamentais após sua positivação constitucional. Ao longo da história, os direitos sociais se consolidaram como um triunfo real da classe trabalhadora e como uma necessidade objetiva do sistema capitalista⁴.

Historicamente, conforme rememora Sarlet⁵, observadas as críticas que o próprio autor faz a essa visão, a doutrina propugnou uma evolução cronológica dos direitos, em que se seguiu o caminho da consagração dos direitos civis, seguidos pelos direitos políticos e posteriormente uma nova visão foi necessária a fim de reconhecer e garantir os direitos sociais. Noutra ponta, Pisarello⁶ argumenta que os direitos civis, políticos e sociais estão interligados e a existência de um garante a eficácia do outro, sendo que a normatização constitucional os tornam direitos fundamentais.

Pisarello⁷, em sua crítica da percepção histórica, questiona a tese de que os direitos sociais, como direitos de geração posterior aos civis e políticos, foram reconhecidos tardiamente. Por certo, o marco histórico foram as revoluções sociais ocorridas em meados do século XIX, mais precisamente a Revolução denominada Primavera dos Povos em 1848, que contagiou quase toda a Europa.

O autor⁸ afirma ainda que o México, em 1917, pôs fim ao Estado moderno por meio da Constituição de Querétaro mostrando ao mundo contemporâneo que um país considerado periférico poderia construir uma Constituição com inúmeros direitos sociais positivados, mas foi a Constituição Alemã de Weimar em 1919 que tratava de instrução, educação, economia que consolidou o Estado social, gerando os modelos constitucionais que foram copiados nas décadas seguintes pelos países não só daquele continente.

Pisarello⁹ relata que os direitos sociais objetivavam a inclusão melhorando a vida coletivamente, mas não raras vezes esse alcance se mostra limitado e excludente. Outra

³Para o presente trabalho foi utilizado: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

⁴PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007, p. 28.

⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47.

⁶PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción**, p. 75-77.

⁷PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción**, p. 19.

⁸PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción**, p. 27.

⁹PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción**, p. 28.

característica dos direitos sociais é que sempre foram conquistas precárias, nunca garantidas de uma vez e de forma segura, perene, estável, ficando sujeitos a avanços e retrocessos de acordo com o legislador de plantão.

A expansão de alguns dos direitos sociais no Brasil ocorreu ainda em uma conjuntura marcada pela ausência de liberdades públicas ligadas aos direitos civis e políticos. Invertendo a ordem natural e histórica de aquisição dos direitos, desde os civis, políticos e sociais, alguns dos principais direitos sociais foram consolidados durante períodos de ditadura, seja na Era Vargas¹⁰ ou na Ditadura Militar¹¹.

Essa mudança da ordem clássica dos surgimentos de certos direitos fundamentais fez despontar no imaginário do povo uma relação paternalista para com o Estado ainda mais latente que em outros locais. Para a maioria da população quando se fala em direitos, a expressão vinculava-se a um conjunto de benefícios a serem garantidos por normas trabalhistas, previdenciárias e serviços de relevância pública como saúde e educação.

O fato de que os direitos sociais são reconhecidos pela população que infelizmente os identifica como privilégios, favores, típicos do clientelismo, gera um descrédito dos órgãos responsáveis por garanti-los, além de permitir o pernicioso uso para fins populistas e eleitoreiros. Esse estigma do assistencialismo afasta o verdadeiro caráter dos direitos sociais que é considerá-los como direitos fundamentais para a garantia da dignidade da pessoa humana, garantindo-lhes a sua subsistência de forma íntegra e saudável.

Seguindo essa sequência de geração dos direitos, diante da crise dos Estados sociais e da expansão da globalização neoliberal, questiona-se como estão sendo moldados, protegidos e efetivados os direitos sociais, em razão de que “[...] *la persistente vulneración de los derechos sociales obedece, ante todo, a las desigualdades materiales de poder existentes en las sociedades actuales*”¹². Para efetivá-los, a primeira medida foi incorporá-los na Carta Magna, e o segundo passo foi interpretá-los, não como súplica, mas como direitos fundamentais. A formatação clássica

¹⁰A Consolidação das Leis do Trabalho, responsável por unificar toda a legislação brasileira trabalhista à época, foi aprovada por Getúlio Vargas em 1943. Vide: BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, 01 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

¹¹É exemplo da atenção que o Regime Militar dispensou aos direitos sociais, a unificação e à universalização da previdência empreendida. Vide: BRASIL. Decreto-lei nº 72, de 21 de novembro de 1966. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. Brasília, 22 nov. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0072.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

¹²PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción, p. 16. Tradução livre: [...] a persistente vulnerabilidade dos direitos sociais, ocorre, antes de mais nada, pelas desigualdades materiais de poder existentes na sociedade atual.

de nossa Constituição da República¹³ exalta os direitos sociais como direitos fundamentais, elencando-os no art. 6º.

Nesse contexto, Pisarello¹⁴ aborda as quatro teses que devem ser enfrentadas para a efetivação dos direitos sociais, quais sejam, o conceito histórico de seu surgimento; os fundamentos do direito a inspirar a normatização; o direito social visto como direito prestacional e como os diferentes ordenamentos jurídicos reconhecem e tutelam os direitos sociais.

Tutelados constitucionalmente e normatizados em legislações infraconstitucionais, resta a sua efetivação. Nesse sentido, a costumeira letargia estatal em garantir o direito à moradia segura e o fornecimento de serviços públicos essenciais em ocupações ilegais em áreas de preservação permanente¹⁵ de forma ambientalmente sustentável se constitui no maior entrave a ser enfrentado.

A pretensão dos ocupantes por melhores condições na prestação dos direitos sociais é legítima e justificada, e deve ser equacionada com o planejamento urbano e proteção do meio ambiente. Para Peces-Barba¹⁶, os direitos fundamentais são uma pretensão moral justificada:

Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada em las ideas de libertad e igualdad, com los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional em la historia del mundo moderno, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática e socialista.

A generalização dos direitos sociais implica na justificativa da sua pretensão, e aquilo que não é ilimitado, ou seja, é escasso, não pode ser conceituado enquanto direito fundamental, mas sim como um privilégio. Isso ocorre, segundo o autor, com a propriedade, que não poderia ser uma pretensão justificada pois seria impossível garantir a todos indistintamente.

Sobre a propriedade,

¹³ São direitos sociais na Constituição Federal (art. 6º) educação – saúde – alimentação – trabalho – moradia – transporte - lazer – segurança – previdência social – proteção a maternidade e à infância – assistência aos desamparados.

¹⁴ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción, p. 14.

¹⁵ Lei n. 12.651/12, Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...]

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 109. Tradução livre: Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas ideias de liberdade e igualdade, com os matizes que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica, e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com os aportes sucessivos e integrados da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista.

[...] ao carecer de la generalidad, no un derecho igual de todos los seres humanos: no cabe por razones de escasez y porque no existen bienes libres para alcanzar la igualdad como equiparación, aplicar la técnica da igualdad como diferenciación para equiparar en el punto de llegada¹⁷.

Peces-Barba aborda o processo de concretização dos direitos fundamentais, chamado de “*proceso de especificación*” por Bobbio¹⁸ afirmando, na relação para com os titulares do direito, a necessária vinculação às pessoas “in concreto”, merecedoras de tratamento especial em razão das circunstâncias e situações encontradas, como por exemplo:

De una condición social o cultural de personas que se encuentran em situación de inferioridad em las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad. [...] En este caso la equiparación es una meta y la diferenciación una técnica para alcanzar esa equiparación¹⁹.

Por certo, para atender de forma diferenciada e atingir a equiparação, promove-se a criação de programas que garantam à população menos assistida diversos bens que lhe são raros, assinalando um tratamento distinto e inclusivo, necessitando sempre de aprimoramentos e controles rígidos para se evitar deturpações ou desvios. Assim, alguns direitos sociais são garantidos na forma de bolsa família, vale alimentação, vale transporte, auxílio creche, moradia subsidiada ou programas de regularização fundiária urbana.

Apesar desses benefícios, a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição da República²⁰, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil clama por mais amplitude e inclusão, de forma a garantir uma habitação segura e com o fornecimento dos serviços públicos essenciais. Sua finalidade, na condição de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

¹⁷PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales, p. 170. Tradução livre: [...] ao carecer de generalidade, não um direito igual de todos os seres humanos: não cabe por razões de escassez e porque não existem bens livres para alcançar a igualdade como equiparação, aplicar a técnica da igualdade como diferenciação para equiparar no ponto de chegada.

¹⁸Apud PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales, p. 180.

¹⁹PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales, p. 181-182. Tradução livre: De uma condição social ou cultural de pessoas que se encontram em situação de inferioridade nas relações sociais e que necessitam uma proteção especial, uma garantia ou uma promoção para superar a discriminação, o desequilíbrio ou a desigualdade. [...]. Neste caso a equiparação é uma meta e a diferenciação uma técnica para alcançar essa equiparação.

²⁰Constituição Federal, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

1.1 DA PRIVAÇÃO SISTEMÁTICA DE DIREITOS SOCIAIS

A Constituição da República, segundo Juarez Freitas²¹, “quando relida no contexto de relações cada vez mais intangíveis”, surge de forma imperativa o desenvolvimento “sutilmente recondicionado pela sustentabilidade (não o contrário)”, substituindo a regra do crescimento econômico a qualquer preço fruto da atuação antrópica desenfreada sem a mínima densidade ética. A sustentabilidade também está presente, além no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) que dispõe sobre as diretrizes da política urbana com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento, elencando entre outros a garantia das cidades sustentáveis, o direito à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana e aos serviços públicos²².

Mais recentemente, após longas negociações intergovernamentais em que o Brasil esteve engajado, foram acordados os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) em agosto de 2015, dentre os quais destaca-se o décimo primeiro objetivo, relativo às cidades e comunidades sustentáveis, consoante se verifica:

Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

Entre os objetivos elencados encontramos a resiliência, a sustentabilidade e a segurança, com a garantia de acesso à habitação segura e aos serviços básicos, além da urbanização das ocupações²³.

A sustentabilidade dos núcleos urbanos informais pressupõe a defesa do meio ambiente e

²¹ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Novo Prisma Hermenêutico. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 23, n. 2, 03 set. 2018. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23i2>, p. 942.

²² Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; [...]

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 12 mar. 2019.

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 2015, Objetivo 11. [...] 11.1 Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas;

11.2 Até 2030, proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos;

11.3 Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países; (grifou-se). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

a garantia dos direitos sociais à população.

Contudo, a incapacidade do poder público em garantir os direitos sociais fundamentais é notória e habitual, gerando sistemáticas violações à dignidade da pessoa humana, uma vez que as políticas públicas, apesar de previstas legalmente, não são efetivamente implantadas²⁴.

O crescimento urbano desordenado gera a contínua privação dos direitos sociais fundamentais aos ocupantes de núcleos urbanos informais, geralmente instalados em áreas que os colocarão em risco, uma vez que geralmente se localizam em áreas de preservação permanente, e como tal, pela sua fragilidade, além da preservação que se impõe, oferece riscos diante das suas próprias características ambientais.

O planejamento urbano baseado na sustentabilidade deveria ser adotado como vértice para a atuação ordenada e gradual nessas áreas sensíveis, visando a diminuição ou eliminação dos riscos e a garantia dos direitos sociais básicos aos ocupantes, mitigando a segregação ambiental, social e espacial existentes.

Pisarello²⁵ afirma que uma das falácias da não implantação dos direitos sociais seria a justificação pelo seu caráter oneroso, o que implicaria em obrigações positivas ensejando despesas muitas vezes altamente custosas aos cofres públicos. Entretanto, como abordado pelo citado autor, tais argumentos não podem ser usados para impedir a efetividade dos direitos sociais por meio de políticas públicas.

Para Pisarello, algumas medidas são necessárias para garantia dos direitos fundamentais, tais como uma ação unitária, completa e em vários níveis de suporte, numa linha vertical incluindo todos os entes federativos e órgãos infra estatais²⁶.

Além do fornecimento dos serviços públicos essenciais e a garantia dos direitos sociais, deve-se valorizar o contato humano como forma de evitar a deterioração social, prestigiando os espaços públicos das cidades, como praças, mercados, jardins ou parques, pois historicamente,

²⁴ Nesse sentido, “a Campanha da Fraternidade 2019 traz como tema Fraternidade e Políticas Públicas. O lema, por sua vez, extraído do Antigo Testamento, Livro do Profeta Isaías 1,27, desafia à esperança messiânica do povo de Deus: Serás libertado pelo direito e pela justiça. Políticas Públicas são ações e programas desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática os direitos previstos na Constituição Federal e outras leis. Representam soluções específicas para necessidades e problemas da sociedade em toda a sua abrangência: estão presentes na arte, nas relações de trabalho, na religião, meio ambiente, nas empresas, clubes, associações, etc. São ações do Estado na busca de garantir a segurança e a ordem. Diante dos grandes problemas que afligem a sociedade brasileira, a Campanha da Fraternidade 2019 propõe, de maneira dinâmica e decidida, atitudes e ações concretas, bem como maior consciência de nossos direitos e deveres de cidadãos na construção de uma sociedade mais justa e fraterna.”
CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Campanha Fraternidade 2019**: O que são e quais os tipos de Políticas Públicas existem. 2019. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/cf-2019-o-que-sao-politicas-publicas/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁵ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción, p. 15.

²⁶ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción, p. 113.

nesses locais encontramos a essência do que ansiamos ser a igualdade propalada como direito fundamental do ser humano.

Ao restringir o acesso a recursos e serviços básicos essas relações tornaram-se a principal causa da mobilidade humana (migrações) em busca de melhores condições.

Assim como é pacífico entre os diversos entes políticos a obrigação do Estado em prestar os serviços de relevância pública, tais como saúde, segurança, educação e assistência social, é notório que esses direitos que decorrem de prestações materiais são de realização gradativa e sujeitos à reserva do possível para o atendimento do mínimo existencial. Nesse sentido, Daniel Sarmento²⁷ esclarece que:

Apesar do seu reconhecimento normativo, o mínimo existencial não é de fato assegurado a parcelas expressivas da população brasileira, que não desfrutam de acesso efetivo a bens e direitos essenciais para uma vida digna. Legiões de pessoas ainda vivem na mais absoluta miséria, expostas à insegurança alimentar, sem acesso à moradia adequada, ao saneamento básico, à saúde e à educação de mínima qualidade.

Sarmento²⁸ acrescenta que o mínimo existencial, ao contrário de fragilizar os direitos sociais, os reforça e segue arguindo que o mencionado mínimo existencial não se restringe tão somente à esfera da sobrevivência física, “[...] ele tem de ser mais amplo para abarcar as condições básicas para uma vida digna, abrangendo o chamado “mínimo sociocultural”.

No mister de atender as demandas sociais “o legislador tem ampla liberdade para ir além do mínimo existencial”²⁹ buscando atender as necessidades não de cada indivíduo, mas da coletividade.

O primeiro papel é o de fundamentar pretensões positivas ou negativas que visem assegurar as condições materiais essenciais para a vida digna e que não estejam abrigadas por outros direitos fundamentais expressamente positivados. O mínimo pode lastrear pretensões ligadas, por exemplo, ao acesso à água, à energia elétrica, ao vestuário adequado etc. É evidente que esse emprego do mínimo existencial não debilita os direitos sociais, pois agrega prestações e garantias adicionais ao seu elenco³⁰.

Tema bastante discutido é a constante necessidade do legislador, e oportunamente do executor, de definirem prioridades na garantia dos direitos sociais, guiado sempre pela vontade política e limitado pela desenvoltura financeira do ente federativo³¹. Sarmento³² aduz que:

²⁷SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 194.

²⁸SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 210.

²⁹SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 210.

³⁰SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 211.

³¹ “Por envolverem custos, eles dependem da alocação de recursos escassos, e é competência do legislador, também *prima facie*, a realização das escolhas sobre o que deve ser priorizado.” SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 211.

Esses impactos negativos, aliás, tendem a se concentrar nos segmentos mais carentes da sociedade, exatamente os mesmos que sofrem privações sociais mais sérias que caracterizam as violações “clássicas” ao mínimo existencial.

E arremata o autor³³, afirmando que o mínimo existencial, “além de sua faceta social, possui também um componente ecológico, que envolve a garantia de condições ambientais sem as quais não há vida digna”, pois é indiscutível que as agressões ao meio ambiente sejam na forma de supressão de vegetação ou na poluição hídrica, sonora, atmosférica ou aquífera acarretam prejuízos incalculáveis à população³⁴.

O mínimo existencial pode ser aplicado em várias hipóteses, sendo possível a sua utilização na garantia do direito não só a moradia para as famílias de baixa renda ocupantes de imóveis localizados total ou parcialmente em áreas de preservação permanente, mas para a implantação das infraestruturas essenciais necessárias à dignidade da pessoa humana, como saneamento, água potável, energia elétrica, coleta de resíduos, de modo a garantir as melhorias das condições de habitabilidade.

2. AS CIDADES INFORMAIS E A NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO

Entende-se por cidade informal, aquela composta por núcleos urbanos informais que proliferam exponencialmente na ilegalidade de forma irregular ou clandestina, bem como pela ausência de titulação³⁵.

Nas cidades, verifica-se constantemente a insistente resiliência ambiental e humana sobrevivendo a uma avalanche de violações, acarretando danos irreversíveis à natureza e à dignidade da pessoa humana. Habitualmente, constata-se uma abismal indiferença de parte da sociedade e uma letargia trôpega nas esferas sancionatórias e fiscalizatórias quanto as ocupações e no posterior fornecimento dos serviços públicos essenciais de forma adequada, segura, eficiente

³² SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana, p. 221-222.

³³SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana, p. 221.

³⁴Nesse sentido, o STJ acolheu a dimensão ecológica do mínimo existencial no REsp 1.366.331, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16 mar.2014, 2ª turma, determinando a criação de rede de tratamento de esgoto. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.MIN.&processo=1366331&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 13 mar. 2019.

³⁵Lei n. 13.465/17, Art. 11 [...]

II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

e contínua.

Diante dessa realidade, tornou-se imperioso normatizar e efetivar a regularização fundiária dos núcleos urbanos informais consolidados, principalmente aqueles localizados em áreas de preservação permanente, mais precisamente os situados nas margens dos cursos d'água, diante da relevância ambiental e da segurança da habitação.

2.1 DA LEGISLAÇÃO ÁLIBI E CASUÍSTICA

Acobertado pelo manto da representatividade, o legalismo casuístico do legislativo ora propõe cortes rasos e inclusões exóticas na legislação originária, permitindo a permanência de ocupações até mesmo em áreas de preservação permanente, ora cria leis inexecutáveis, meramente simbólicas, como um verdadeiro álibi a demonstrar à sociedade que tudo é possível, pelo menos no papel.

O direcionamento intencional do legislativo é mais comum quando se trata da permissibilidade de novos investimentos e definição das áreas a serem ocupadas, acarretando injustificadas mudanças no zoneamento, uso e ocupação do solo diferenciadas, recortando o já fragilizado plano diretor da cidade, se existente. Alie-se ao casuísmo escancarado, a redação da norma de maneira propositalmente dúbia de modo a gerar controvérsias e de antemão permitir regularizações futuras.

Outro fator é a falta de contextualização da norma frente a realidade fática, econômica e social que se encontra o País. Em algumas situações, o legislador as ignora e na tentativa de solucionar o problema social elabora normas utópicas de modo a cumprir com seu mister, como quem diz: agora é com vocês!

Ferrajoli³⁶ ensina que:

El principal problema comúnmente suscitado a propósito de los derechos fundamentales y de la democracia constitucional es que tales derechos, y en particular los derechos sociales, cuestan y que por tanto – ésta es la consecuencia que se suele extraer de ello – su plena realización, al menos en los países más pobres, sería imposible y equivaldría a una utopía.

Ferrajoli aduz que muitos falam que a democracia custa caro, mas na realidade “[...] *cuesta demasiado poco, vergonzosamente poco*”³⁷. Por essa mentalidade reducionista, a efetividade dos

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2013, p. 66. Tradução livre: O principal problema comumente suscitado a propósito dos direitos fundamentais e da democracia constitucional é que tais direitos, e em particular os direitos sociais, custam e que, portanto – esta é a consequência que geralmente se extrai disso – a sua plena realização, ao menos nos países mais pobres, seria impossível e equivaleria a uma utopia.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, p. 67. Tradução livre: [...] custa demasiado pouco,

direitos fundamentais seria nada mais que um luxo dos países ricos, subordinado, acima de tudo, às exigências do desenvolvimento da economia³⁸.

A vontade do Estado em demonstrar sua capacidade de reação frente a um problema posto, o leva a criar ou alterar leis como uma resposta rápida à sociedade, prometendo de forma expressa na norma o que não pode ser cumprido da maneira e com a eficiência devida. Essa sensação de que algo está sendo feito, em regra, serve apenas para a vaidade do próprio Estado e para protelar a solução dos conflitos sociais por meio de compromissos estendidos.

No caso da Lei n. 13.465/17, ao tempo que aponta soluções para os problemas urbanísticos, ambientais e sociais, estabelece várias obrigações e as repassa ao ente municipal, que como um colosso com pés de barro, se torna imóvel, impotente e desacreditado. A lei prevê a regularização fundiária urbana de forma a atender os seus aspectos jurídicos, urbanísticos, ambientais e sociais, destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano garantindo a melhoria das condições e a titulação de seus ocupantes.

Como o objetivo da Reurb, após identificar os núcleos urbanos informais, é de reorganizá-los, assegurando a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação a ocupação informal anterior, o que importa em investimento público, opta-se, na maioria das vezes, por encaminhamentos simplistas e populistas que constituem verdadeiro engodo a população. Uma das facetas é buscar apenas uma regularização escriturária, com o objetivo, não menos relevante, mas singelo se comparado a gama de trabalho a ser desenvolvido, da titulação dos ocupantes de núcleos urbanos informais, omitindo-se do verdadeiro caráter finalístico da lei.

Vivenciamos uma era de constitucionalização simbólica, ou constitucionalização-álibi e ultimamente acompanhamos a proliferação de normas, ainda que necessárias para a garantia dos direitos sociais, mas completamente irrealizáveis sob o ponto de vista procedimental, inexecutáveis politicamente, fantasiosas economicamente e enganosas sob a ótica do cidadão.

A dificuldade de implementação das normas inicia pelo desconhecimento por parte de alguns executores do arcabouço normativo aplicável e em vigor, aliado a incompetência administrativa para impulsionar qualquer projeto sólido de implantação das políticas públicas porventura estabelecido, ultrapassando as barreiras burocráticas e do conhecimento.

vergonhosamente pouco.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, p. 66.

Por outro lado, a crescente onda de leis pontuais, setoriais, de forma a atingir determinado fim que não o público, ferindo o princípio da impessoalidade, acrescido de normas de difícil efetividade, pode acarretar na corrupção urbanística-ambiental.

Vanêsa Buzelato Prestes ao abordar sobre a corrupção urbanística elenca três modos que corroem o próprio sistema da cidade, sendo que um deles diz respeito exatamente a formação de um sistema que transforma formalmente em lícito o que até então era ilícito:

Estão nesse universo; (a) as alterações legislativas pontuais e específicas, produzidas com interesses de corporações com o uso de meios ilícitos, tais como pagamento de propina para aprovação de projetos de lei; (b) as aprovações de projetos de modo impessoal; (c) o pagamento de suborno para a máquina administrativa funcionar a favor daqueles que praticam a corrupção ativa; (d) “os buracos negros” que somente alguns servidores conhecem.³⁹

De toda forma, a proliferação de núcleos urbanos informais principalmente de interesse social gera um fato social. Nas palavras de Gustavo Tepedino “fato social é o acontecimento que, submetido à incidência do direito, torna-se, tecnicamente, fato jurídico”⁴⁰. Assim, devemos compreender o dilema existencial do Estado em querer normatizar algo presente e necessário, já que a inércia legislativa deixaria ainda mais desamparado um tema por demais relevante e merecedor de atenção imediata. No caso das ocupações irregulares e clandestinas, o problema cresce diariamente, aguardando resolução e a normatização é primordial, afinal, segundo um jurista francês: “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito”⁴¹ e “um fato qualquer – pré-jurídico -, a partir do momento em que deixa de ser indiferente ao direito, adquire aptidão para gerar efeitos jurídicos”⁴².

2.2 A OMISSÃO FISCALIZATÓRIA DO PODER PÚBLICO

Assim como na proteção de recursos hídricos os órgãos públicos responsáveis deveriam agir a montante do ponto referencial estipulado em qualquer curso d’água, ou seja, o mais perto da nascente e o mais afastado da foz, também na garantia dos direitos sociais inerentes as ocupações informais deveríamos nos antecipar ao conflito. Isso somente será possível com uma fiscalização eficiente e uniforme visando impedir ou inibir o crescimento do núcleo informal, aliada a adoção imediata de políticas públicas para garantia dos direitos sociais, acompanhadas, se

³⁹ PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Corrupção urbanística**: da ausência de diferenciação entre direito e política no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 160.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: Entre Dogmática e Práxis. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 24, n. 1, p.22-52, 18 abr. 2019. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v24i1>, p. 29.

⁴¹ RIPERT *apud* SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana, p. 236.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: Entre Dogmática e Práxis. **Novos Estudos Jurídicos**, p. 29.

necessário, de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações, recuperação de áreas degradadas, o uso adequado dos recursos hídricos, de forma a melhorar as condições ambientais e de habitabilidade dos moradores.

A costumeira omissão fiscalizatória atrai outros vetores sombrios, que vão desde a invocação no direito urbanístico-ambiental da malfadada teoria do fato consumado⁴³ até a ingênua presença de terceiros de boa-fé, que muitas vezes soterram qualquer tentativa de solucionar o conflito socioambiental, transbordando-o para o acolhimento e prevalência de um direito sobre o outro, ao invés de coexistirem.

O ônus gerado pela ausência fiscalizatória trará sérias consequências. O passivo ambiental aumenta e em algumas situações se torna irreversível. A abdicação de receitas públicas cresce de forma avassaladora, e, ao final, incumbirá ao município o dever de investir em políticas públicas de forma a garantir a regularização fundiária urbana das áreas não fiscalizadas.

Uma atuação segura e constante dos órgãos públicos municipais ensejaria a correta disciplina do uso e ocupação do solo. Embargos administrativos ou judiciais poderiam inibir o surgimento de núcleos urbanos informais, permitindo um adequado ordenamento das cidades.

Diante da omissão de fiscalizar as ocupações irregulares e clandestinas, recairá ao município o dever de promover a Reurb, não sem antes avaliar a real necessidade de reordenar ou remover e identificar quais núcleos urbanos são efetivamente informais, estão consolidados e quais possuem característica de interesse social e quais seriam de interesse específico.

3. COMO GARANTIR A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS EM NÚCLEOS URBANOS INFORMAIS CONSOLIDADOS

Na atualidade, vive-se em um Estado Democrático de Direito em que os direitos sociais e as respectivas políticas públicas que os garantirão estão positivadas de forma a conferir ao Brasil a aparência de um país desenvolvido. No entanto, proliferam legislações que sedimentam o atestado de omissão histórica na fiscalização das ocupações irregulares ou clandestinas que contribuem diariamente para a desordem urbana.

Para a implantação dos direitos sociais fundamentais e exigir a prestação dos serviços

⁴³Súmula n. 613: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de direito ambiental”. Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27613%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27613%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

públicos essenciais, visando garantir a dignidade da pessoa humana, uma das formas possíveis seria por meio do ajuizamento de ações coletivas ou individuais. Na realidade, em nosso país, é demasiado alto o índice de ações coletivas buscando a implantação de políticas públicas, entre elas a implantação da regularização fundiária, mas o tema ainda enfrenta grande discussão acadêmica acerca da “justiciabilidade” dos direitos sociais. Segundo Gerardo Pisarello, uma das preocupações para a dificuldade de se garantir os direitos sociais situa-se justamente na impossibilidade de judicialização desses direitos em vários países⁴⁴.

Como afirma Sarmento, “no Brasil, já se superou a visão, que ainda prevalece em muitos países, no sentido de que os direitos prestacionais não seriam judicialmente exigíveis.”⁴⁵. E acrescenta que

[...] também se reconhece que o fato de os direitos sociais envolverem custos, tampouco impede a sua proteção judicial [...] e que sua garantia é um imperativo de justiça, que não pode ser deixado ao sabor das escolhas políticas ou tecnocráticas das autoridades.⁴⁶

Outra hipótese que surge no cenário jurídico é o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, que embora não prevista expressamente na nossa Constituição da República ou norma infraconstitucional, autoriza a Corte Constitucional a agir “visando à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais”⁴⁷.

O tema da garantia dos direitos sociais aos assentamentos urbanos que possam ser reconhecidos como núcleos urbanos informais e objeto de regularização fundiária se enquadraria perfeitamente na possibilidade de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, visto que preenche os requisitos exigidos para tanto.

Sarmento transcreve em sua obra os requisitos que a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes:

(i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a necessidade, para superação das violações de direitos, de adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário⁴⁸.

⁴⁴PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción, p. 88.

⁴⁵SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana, p. 227.

⁴⁶SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana, p. 227.

⁴⁷SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana, p. 236.

⁴⁸SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana, p. 237.

O estado de coisas inconstitucional ambiental, foi abordado também, por Henrique da Rosa Ziesemer e Luiz Fernando Rossetti Borges⁴⁹, no sentido de que as normas jurídicas relacionadas a regularização fundiária e à sua aplicação pelo Poder Judiciário, estariam autorizando uma contínua violação à Constituição da República, mormente infringindo o mandamento de restauração dos processos ecológicos, na hipótese de não ser observada a sustentabilidade como vértice para a Reurb.

Nessa linha, argumentam os autores:

É nesse contexto que se insere o estado de coisas inconstitucional: a autorização legal de continuidade da ocupação antrópica por meio dos institutos do “núcleo urbano informal consolidado” e da “consolidação urbanística” sem melhorias ou recuperações ambientais vão de encontro à Constituição da República, que obriga não apenas a preservação ambiental, mas também a restauração dos processos ecológicos⁵⁰.

Os autores concluem sua análise ao depreender a necessidade da decretação do estado de coisas inconstitucional em relação às áreas urbanas consolidadas, exigindo-se a adoção de medidas para a melhoria da sustentabilidade urbano-ambiental, na qual inclui-se a garantia dos direitos sociais dos ocupantes dessas áreas⁵¹.

Enfim, como o legislador modificou de forma profunda a técnica legislativa, deixando de estabelecer tão somente as regras do jogo, mas determinando metas econômicas e políticas públicas predefinidas com finalidades sociais, descortina-se, como discorre Gustavo Tepedino, um novo papel da magistratura, longe de caracterizar tendência usurpadora da soberania popular, permite a atuação jurisdicional voltada à concretização dos valores e fins constitucionais, com interferência cada vez mais presente na esfera de atuação dos demais Poderes de forma a garantir a efetividade das normas⁵².

Apesar das considerações acima, o modo que se afigura mais efetivo para garantir a dignidade da pessoa humana por meio da disponibilização gradativa e transindividual dos direitos

⁴⁹ BORGES, Luiz Fernando Rossetti; ZIESEMER, Henrique da Rosa. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E AS ÁREAS URBANAS CONSOLIDADAS: ENTRE A DESCARACTERIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A RESTAURAÇÃO. *Rfd- Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, [s.l.], v. 0, n. 33, p.151-169, 1 jul. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro, p. 152-153.

⁵⁰ BORGES, Luiz Fernando Rossetti; ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Rfd – Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, p. 164.

⁵¹ “Desse modo, evidencia-se com o presente estudo que é imperiosa a decretação do estado de coisas inconstitucional frente às áreas urbanas consolidadas, compelindo o Poder Público a tomar as medidas para reversão da situação ambiental em área antropizada e objetivando o auxílio aos demais poderes constituídos na tomada de decisão em relação a políticas públicas e iniciativas legislativas. Sendo assim, o que se alerta ao mundo jurídico é a necessidade da realização e concretização da Constituição, tornando-a eficaz, inclusive sob o aspecto do meio ambiente”. BORGES, Luiz Fernando Rossetti; ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Rfd – Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, p. 167.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. *Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: Entre Dogmática e Práxis*. *Novos Estudos Jurídicos*, p. 28.

sociais fundamentais, está na implementação direta pelos municípios dos procedimentos e instrumentos consagrados na Lei n. 13.465/17 que dispõe sobre a Reurb, como forma de planejamento urbano e o bem-estar da população.

Pisarello⁵³ indica que o primeiro nível para as garantias políticas se afigura na fixação de mecanismos de tutela encomendados aos órgãos estatais do legislativo e do executivo. Essas garantias seriam garantias primárias do direito ao especificarem seu conteúdo, as obrigações que esses direitos geram e os sujeitos que se obrigam em cumpri-las.

Aplicando-se os ensinamentos de Pisarello em nosso sistema, é fácil perceber na Lei n. 13.465/17 que o legislador definiu o município como catalisador e responsável pelo atendimento das normas urbanísticas, ambientais e sociais no que diz respeito as ocupações, ditando os procedimentos e as diretrizes mínimas a serem cumpridas visando o reordenamento urbano, mas, acima de tudo, a melhoria das condições de habitabilidade dos ocupantes.

Nesse ponto, deve-se esperar que os órgãos municipais de forma articulada iniciem a identificação das áreas passíveis de serem conceituadas como núcleos urbanos informais consolidados para que na sequência procedam a elaboração do competente projeto de regularização. A costumeira inércia dos entes públicos municipais deve dar lugar ao protagonismo célere e justo, pois as regras foram apresentadas e, apesar de extremamente flexíveis e algumas vezes beirando a temeridade no aspecto ambiental, privilegiam os aspectos sociais como do uso social da propriedade, do princípio da não remoção, prestigiando a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente equilibrado e sadio.

Equacionar o uso ilegal da propriedade, intencional ou não, com os aspectos sociais e ambientais é o desafio que a Lei da Reurb impõe aos entes públicos. Nesse aspecto, os estudos e projetos elencados na legislação devem ser cumpridos à risca, de modo a não sofrerem críticas e alcançarem a sua finalidade de forma democrática, eficiente e com equidade.

Para tanto, a Reurb deve-se concentrar em garantir a segurança da moradia, a infraestrutura essencial e a sustentabilidade ambiental, de modo a configurar a proteção dos direitos sociais fundamentais, sendo função dos entes públicos estatais viabilizarem os meios adequados.

3.1 A REURB COMO INSTRUMENTO DA REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL, SOCIAL, URBANÍSTICA E ESCRITURÁRIA

⁵³ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción, p. 115.

Visando conferir tratamento uniforme sobre a temática, a Lei n. 13.465/2017, além de alterar diversos outros diplomas normativos, substituiu integralmente a legislação básica da regularização fundiária urbana então vigente, o que acarretou na revogação de todo o Capítulo III da Lei n. 11.977/06, que versava sobre a "Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos".

Fixou-se, então, um novo regime jurídico para a regularização fundiária rural e urbana, com a elaboração de uma estrutura procedimental própria e específica. Além disso, a Lei n. 13.465/2017 promoveu a criação da denominada "Regularização Fundiária Urbana" (REURB)⁵⁴ – subdividida às modalidades de "Interesse Social" (REURB-S) e aquelas de "Interesse Específico" (Reurb-E) – "a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes"⁵⁵.

Por sua vez, a legislação estabeleceu norma de caráter explicativo, promovendo, propositadamente, a substituição dos termos "área urbana" por "núcleo urbano", juntamente com seus conceitos derivativos, dentre eles o de "núcleo urbano informal consolidado".

A Lei Federal n. 13.465/17 esclarece que os objetivos da Reurb a serem observados pelos entes federativos são: a identificação dos núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior.

Apesar da Lei Federal ter incorporado o princípio da não remoção e flexibilizado sobremaneira os índices urbanísticos e ambientais de modo a permitir a reordenação urbana, ainda assim vários municípios insistem em agir apenas na concessão de titulação aos ocupantes, provavelmente por ser medida menos custosa e mais populista e imediatista, omitindo-se da verdadeira reestruturação que inclui aspectos urbanísticos, sociais e ambientais.

Não se discute a importância da titulação, tampouco o momento em que ela ocorrerá durante a tramitação da Reurb, mas essa consiste em apenas uma etapa do longo procedimento, que engloba questões administrativas, ambientais, sociais e urbanísticas, e deve tramitar no

⁵⁴ Lei n. 13.465/17, Art. 13. A Reurb compreende duas modalidades: I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e II - Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁵⁵ Lei n. 13.465/17, Art. 9º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

município após a identificação dos núcleos urbanos informais, do seu estudo socioambiental e análise de risco, além da imprescindível definição de cronograma para a implantação gradual da infraestrutura básica faltante, de modo a garantir malha viária adequada, fornecimento de energia elétrica e água potável, serviço de saneamento, coleta de resíduos, além dos direitos sociais relacionados a educação, saúde, transporte, lazer, segurança, entre outros.

3.2 A IMPLANTAÇÃO DE INFRAESTRUTURA ESSENCIAL, DE EQUIPAMENTOS COMUNITÁRIOS E DE MELHORIA HABITACIONAL COMO REQUISITOS BÁSICOS DO PROJETO DE REURB

Como já mencionado anteriormente, a escassez de recursos financeiros é a resposta lacônica que impera no seio dos entes federativos, e não pode servir de suporte fático ou jurídico a inibir a garantia das prestações relacionadas as infraestruturas essenciais, dos equipamentos comunitários básicos, que acarretam a melhoria habitacional.

Em relação a alguns serviços públicos, como por exemplo, o fornecimento de energia elétrica e água potável para ocupações de baixa renda, ainda que em área de preservação permanente, os mesmos são disponibilizados de forma emblemática, e na sua maioria, desrespeitando as normas vigentes. Tanto para os serviços públicos essenciais como para investimentos na urbanização e garantia dos direitos sociais, existem apenas duas formas legais de disponibilização: (a) obra nova, após a regular expedição do alvará de construção condicionado ao respectivo habite-se, seguindo as regras do parcelamento do solo e plano diretor⁵⁶; (b) edificações

⁵⁶ A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina condiciona a ligação de energia elétrica e de água à expedição de alvará de construção e habite-se, tendo em vista a importância de tal restrição para o ordenamento urbano. Assim, destaca-se recente decisão interlocutória:

“Diante disso, DEFIRO o pleito liminar, para determinar:a) à ré Celesc, que se abstenha de realizar, no Município de Florianópolis, novas ligações de energia elétrica, sem prévia apresentação, pelo solicitante, de alvará de construção (para as ligações provisórias destinadas à execução de obras, apenas pelo prazo máximo definido no alvará) ou de habite-se, bem como quando se tratar de parcelamento de solo clandestino ou irregular ou áreas de ocupação irregular, sob pena de multa de R\$ 30.000,00 por ocorrência; b) ao réu Município de Florianópolis, que se abstenha de emitir qualquer documento à Celesc que autorize a ligação de luz elétrica com respaldo na Lei Municipal nº 10.384/2018, exceto o alvará de construção (para as ligações provisórias destinadas à execução de obras, com prazo máximo definido no alvará), sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por ocorrência. Comunique-se aos requeridos, com urgência. Dê-se vistas ao Ministério Público. Intimem-se.” (grifou-se). Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N005PX4F0000&processo.foro=23&uuidCaptcha=sajcaptcha_f58c69f153a946f9ae5689a60bcbfb16>. Acesso em: 18 mar. 2019.

Seguindo a mesma tônica:

“FORNECIMENTO DE ÁGUA E ENERGIA ELÉTRICA NEGADO PELA AUTARQUIA E PELA PERMISSIONÁRIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. **AUSÊNCIA DE PROVAS DA REGULARIDADE DO IMÓVEL**. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. **RECEBIMENTO DOS SERVIÇOS NAS PROPRIEDADES VIZINHAS QUE, POR SI SÓ, NÃO É SUFICIENTE AO DEFERIMENTO DA TUTELA URGENTE**. “Não comprovada a regularidade da ocupação, não se pode compelir a concessionária dos serviços de água e esgoto e a de fornecimento de energia elétrica, a realizar a ligação da rede em edificação clandestina. A existência de outras edificações em situação semelhante e destinatárias do serviço não é argumento idôneo para tolerar a irregularidade da construção, pois os abusos e as violações da lei devem ser coibidos, não imitados.” (AI n. 0035074-19.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 27-6-2017). RECURSO DESPROVIDO. Processo: 4016506-47.2017.8.24.0000 (Acórdão). Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Origem: Blumenau. Órgão Julgador:

em núcleo urbano informal consolidado, antes, durante ou após a Reurb, de acordo com o compromisso pactuado, garantindo-se o cumprimento do cronograma físico estipulado previsto no Decreto Federal n. 9.310/18 que regulamenta a Lei da Reurb⁵⁷.

Nesse sentido, a própria Lei n. 13.465/17 prevê que deverá conter no bojo do projeto de Reurb um cronograma físico de serviços para a implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária urbana⁵⁸, com termo de compromisso próprio tanto quando se tratar de Reurb social como quando versar da Reurb de interesse específico⁵⁹ celebrado entre os responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico entabulado. Na sequência, o art. 36 da Lei da Reurb⁶⁰ elenca os demais requisitos do projeto e a especificação quanto ao significado da infraestrutura essencial.

Conforme leciona Juarez Freitas⁶¹, “sobrevém a exegese da continuidade universalizante de serviços ecossistêmicos essenciais e da vinculação da discricionariedade à priorização tópicosistemática de desideratos consistentes. ” Aduz o autor que essa interpretação não admite a

Primeira Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 4/12/2018. Classe: Agravo de Instrumento).” (Grifou-se).

⁵⁷ Decreto n. 9.310/18, Art. 30. O projeto de regularização fundiária conterà, no mínimo: [...]

IX - cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; e X - termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, para cumprimento do cronograma físico, definido no inciso IX. [...]

§ 4º Na Reurb-S, cabe à concessionária ou à permissionária de serviços públicos, mediante provocação do Poder Público competente, a elaboração do cronograma físico de implantação da infraestrutura essencial e a assinatura do termo de compromisso para cumprimento do cronograma. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9310.htm> Acesso em: 14 jan. 2019.

⁵⁸ Lei n. 13.465/17, Art. 35 O projeto de regularização fundiária conterà, no mínimo: [...]

IX - cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; e Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁵⁹ Lei n. 13.465/17, Art. 38. Na Reurb-E, o Distrito Federal ou os Municípios deverão definir, por ocasião da aprovação dos projetos de regularização fundiária, nos limites da legislação de regência, os responsáveis pela: [...]

§ 2º Os responsáveis pela adoção de medidas de mitigação e compensação urbanística e ambiental deverão celebrar **termo de compromisso** com as autoridades competentes como condição de aprovação da Reurb-E. (grifou-se) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁶⁰ Lei n. 13.465/17, Art. 36. O projeto urbanístico de regularização fundiária deverá conter, no mínimo, indicação: [...]

VIII - das obras de infraestrutura essencial, quando necessárias; [...]

§ 1º Para fins desta Lei, considera-se infraestrutura essencial os seguintes equipamentos:
I - sistema de abastecimento de água potável, coletivo ou individual;
II - sistema de coleta e tratamento do esgotamento sanitário, coletivo ou individual;
III - rede de energia elétrica domiciliar;
IV - soluções de drenagem, quando necessário; e V - outros equipamentos a serem definidos pelos Municípios em função das necessidades locais e características regionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁶¹ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Novo Prisma Hermenêutico. **Novos Estudos Jurídicos**, p. 946-947.

procrastinação e zela pela necessária duração dos processos interventivos. “As prioridades sustentáveis não são meras faculdades peregrinas (expostas a juízos transitórios de conveniência e oportunidade)” devendo ser incorporado à discricionariedade de implantação da política pública critérios obrigatórios de avaliar e eleger, no plano concreto, as melhores alternativas e consequências diretas e indiretas (externalidades) das opções efetuadas, adotando-se ao longo do processo, desde a tomada de decisão (no caso promover a Reurb) perpassando por todas as etapas até a regularização.

Ciente de que as instalações dos serviços e infraestruturas públicas são custosas tanto financeiramente quando politicamente, a lei sabiamente prevê que as obras para a melhoria habitacional e garantia da dignidade da pessoa humana, podem ser implementadas de forma gradual e ininterrupta, atingindo inicialmente a parte menos favorecida. Aliás, o próprio art. 36 em seu § 2º afirma que a Reurb pode ser implementada por etapas, abrangendo o núcleo urbano informal de forma total ou parcial, desde que, evidentemente, o cronograma de investimento contemple o prazo final para que ocorra o investimento completo.

Alie-se a isso, a possibilidade de que as obras de infraestruturas reconhecidas como essenciais possam ser disponibilizadas antes mesmo do início do procedimento de Reurb e aprovação do respectivo projeto ou até mesmo depois da sua conclusão. Isso implica em dizer, que poderá ser fornecida em caráter “emergencial”, antecedente, água potável e energia elétrica, por exemplo, desde que justificado e com o compromisso da tramitação e conclusão do procedimento de Reurb no âmbito do município, em todas as suas etapas⁶².

Vale esclarecer que o significado da expressão “antes ou durante a Reurb” implica na aprovação prévia do projeto de Reurb, cujo estudo socioambiental definirá a situação urbano-ambiental do local, além de ser fixado o cumprimento do cronograma físico estipulado, justificando a urgência da medida. Após a conclusão da Reurb quer dizer que mesmo depois do envio da certidão de regularização fundiária (ato de aprovação da Reurb) e do respectivo projeto para registro no cartório oficial, poderá ocorrer a implantação gradual e contínua das infraestruturas essenciais e dos equipamentos comunitários, obedecendo ao projeto e cronograma já aprovado nos termos do art. 35, IX da Lei n. 13.465/17, contendo o compromisso a que se refere o inciso X do citado dispositivo legal⁶³.

⁶²Lei n. 13.465/17, Art. 36 [...] § 3º As obras de implantação de infraestrutura essencial, de equipamentos comunitários e de melhoria habitacional, bem como sua manutenção, podem ser realizadas antes, durante ou após a conclusão da Reurb. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁶³ Lei n. 13.465/17, Art. 35. O projeto de regularização fundiária conterá, no mínimo:

Por certo, o ônus financeiro, técnico e administrativo recairá sob os ombros esqueléticos dos municípios quando se tratar de Reurb de interesse social, cujas famílias ocupantes sejam formadas por pessoas de baixa renda tendo a edificação como sua única moradia⁶⁴.

O fornecimento de qualquer serviço público essencial de forma desrespeitosa às normas ambientais implica na desordem urbana e numa falsa sensação de dignidade da pessoa humana, devendo sempre ser avaliada a sua concessão respeitando-se as normas edilícias, urbanísticas e ambientais por meio do projeto de Reurb.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerado o seu status constitucional, os direitos sociais não podem ser vistos como direitos subalternos, desvalorizados, o que enfraqueceria a sua implantação, e devem ser garantidos aos ocupantes de núcleos urbanos informais consolidados segundo as regras previstas na lei da regularização fundiária urbana, com maior ênfase e preocupação quando localizados nas margens dos cursos d'água urbanos.

O legislador na ânsia de demonstrar a capacidade de ação do Estado produz uma falsa sensação de bem-estar e segurança na sociedade. Não se trata de questionar a busca do legislativo de estar em conformidade com as transformações sociais e seus respectivos efeitos, no intento de adequar a lei à realidade, mas, tão somente, de contestar os arroubos casuísticos que produzem textos legislativos demasiadamente benevolentes com a ilegalidade e sua ambição beira a inexequibilidade, o que se pode denominar como legislação álibi.

A Lei da Reurb é a realidade positivada. As décadas de abandono fiscalizatório e de ausência de investimentos em políticas públicas obrigaram o legislador a criar leis que busquem corrigir os equívocos do passado. Não há como fechar os olhos e ignorar os assentamentos urbanos e a necessidade de reordená-los, regularizando-os sob o aspecto ecológico, reestruturando-os quanto ao tema urbanístico e assistencial.

Os municípios auxiliados pelo Estado devem iniciar a verdadeira Reurb, de forma que ela não seja meramente regulatória, formalista e extremamente flexível, mas que possa garantir os

[...]

X - termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico definido no inciso IX deste artigo. disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. acesso em: 14 jan. 2019.

⁶⁴ lei n. 13.465/17, art. 37. na reurb-s, caberá ao poder público competente, diretamente ou por meio da administração pública indireta, implementar a infraestrutura essencial, os equipamentos comunitários e as melhorias habitacionais previstos nos projetos de regularização, assim como arcar com os ônus de sua manutenção. disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. acesso em: 14 jan. 2019.

direitos sociais e os serviços públicos essenciais, melhorando as condições de habitabilidade do local por meio de projeto de regularização fundiária acompanhado de estudo técnico e cronograma de investimentos públicos quando se tratar de interesse social.

O descompasso permanente entre teoria e prática, entre o direito e a realidade deve ser superado interpretando-se a norma visando a sustentabilidade da regularização, sendo imperativo a implantação de políticas públicas de forma a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e ao planejamento urbano.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BORGES, Luiz Fernando Rossetti; ZIESEMER, Henrique da Rosa. O estado de coisas inconstitucional e as áreas urbanas consolidadas: entre a descaracterização do meio ambiente e a restauração.

Rfd- Revista da Faculdade de Direito da Uerj, [s.l.], v. 0, n. 33, p.151-169, 1 jul. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rfd.2018.26552>.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, 05 out. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Decisão Interlocutória nº 0900015-65.2019.8.24.0023. Ministério Público de Santa Catarina. CELESC E MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. Relator: Juiz Marco Aurélio Ghisi Machado. Florianópolis, SC, 14 de fevereiro de 2019. Esaj. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N005PX4F0000&processo.foro=23&uidCaptcha=sajcaptcha_f58c69f153a946f9ae5689a60bcbfb16>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Agravo de Instrumento nº 4016506-47.2017.8.24.0000. Relator: Relator Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, SC, 04 de dezembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Florianópolis. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera

as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Código Florestal. Brasília, 25 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Estatuto da Cidade.** Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 613. Brasília, DF, 09 de maio de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 14 maio 2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27613%27\).sub.#TIT1T1EMAO](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27613%27).sub.#TIT1T1EMAO)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Brasília, 01 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 72, de 21 de novembro de 1966. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social.. Brasília, 22 nov. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0072.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 1366331. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, 16 de dezembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 19 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.MIN.&processo=1366331&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Campanha Fraternidade 2019:** O que são e

quais os tipos de Políticas Públicas existem. 2019. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/cf-2019-o-que-sao-politicas-publicas/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2013.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Novo Prisma Hermenêutico*. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 23, n. 2, p.940-963, 03 set. 2018. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23i2>. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/506>>. Acesso em: 03 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Corrupção urbanística: da ausência de diferenciação entre direito e política no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 279 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 376 p.

TEPEDINO, Gustavo. *Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: Entre Dogmática e Práxis*. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 24, n. 1, p.22-52, 18 abr. 2019. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v24i1>. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14173>>. Acesso em: 03 out. 2019.

O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E A COMPREENSÃO DA SIMBOLOGIA NO ETIQUETAMENTO DOS PRODUTOS TÊXTEIS

Talissa Truccolo Reato¹

INTRODUÇÃO

A pesquisa se justifica pelo fato de que o Direito do Consumidor à Informação, previsto legalmente, nem sempre é adequado e claro em diversos produtos. O âmago da investigação evidencia que parte considerável dos consumidores desconhece quais são as informações que obrigatoriamente precisam estar presentes nas etiquetas dos produtos têxteis e qual o significado dos símbolos que relatam os processos de conservação desses produtos.

Destarte, questiona-se como ampliar a divulgação da simbologia na etiquetagem de bens têxteis a fim de que este hiato na proteção do consumidor seja sanado. O objetivo principal, por conseguinte, é verificar que para que a informação ao consumidor seja acertadamente prestada, urge empregar uma linguagem acessível para que os adquirentes de produtos têxteis ampliem suas capacidades na avaliação dos bens, sobretudo em relação à qualidade e ao preço.

O primeiro objetivo específico visa desenvolver uma análise do Direito do Consumidor à Informação. Desta maneira, o significado de consumir é a questão inicial a ser apreciada. Também afere-se a legislação brasileira, portuguesa e italiana acerca do direito à informação nos *códex* consumeristas, bem como normativas internacionais. Além do mais, a parte inicial igualmente compõe referências sobre a importância da informação, transmitida por meio da linguagem.

O propósito da parte intermediária é expor informes acerca da etiquetagem de produtos têxteis, uma vez que não são menos relevantes que os rótulos de alimentos, por exemplo. Assim, apresenta-se quais são os dados que obrigatoriamente devem constar nas etiquetas dos produtos têxteis, ou seja, informações sobre composição, origem e cuidados de conservação. Ademais, não somente no que tange à escolha consciente por um produto, as etiquetas possuem outras funções, como prevenir reações alérgicas a fibras, apreciadas no decorrer da investigação.

No terceiro momento é apurada a informação e a simbologia nas etiquetas dos produtos têxteis, além de serem apresentados quais símbolos são referentes aos processos de conservação

¹ Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. (Caxias do Sul, RS, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim.

de produtos e o que eles significam. Além disso, visa-se demonstrar que, em que pese exista a informação, ela precisa estar em uma linguagem acessível aos consumidores. Assim, dilatar a propagação do significado dos símbolos é capital para a efetivação do Direito do Consumidor à Informação.

Na investigação a linguagem textual está posta via leitura sistemática. Usa-se o método hipotético-dedutivo. Classifica-se essa pesquisa como básica e exploratória. É utilizado levantamento bibliográfico. Ainda, em relação aos procedimentos técnicos a pesquisa é bibliográfica.

2. O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

Ao tecer uma reflexão acerca do consumo, deve-se ter em mente que se trata de algo banal, de uma atividade cotidiana, rotineira, em geral, sem considerável planejamento prévio. Bauman aduz que

se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. Visto dessa maneira, o fenômeno do consumo tem raízes tão antigas quanto os seres vivos – e com toda certeza é parte permanente e integral de toda as formas de vida conhecidas a partir de narrativas históricas e relatos etnográficos.²

Aborda-se o consumo como uma atividade que existe há muito tempo e é intrínseca ao relacionamento gregário. No decorrer da gradual transformação social, o Direito do Consumidor surgiu como um aperfeiçoamento social e passou a subsistir como a ferramenta que regulamenta e direciona os elos de consumo.

Evidente que o Direito do Consumidor evoluiu e prospera para ordenar as práticas de aquisição e disposição de bens e de serviços. O Direito do Consumidor à Informação (que não deve ser confundido com publicidade, com comunicação e com vocábulos afins) é uma das proposições que aflorou nos últimos ensejos da defesa do consumidor tanto nacional quanto internacionalmente.

No que concerne a tutela do consumidor na Constituição da República Federativa do Brasil,

² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias; Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 37.

alcançada por intermédio do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Cláudia Lima Marques³ destaca este diploma legal como norma de ordem pública (uma vez que positiva valores básicos de uma sociedade) e de interesse social (haja vista proteger um grupo vulnerável na sociedade de massas⁴).

No que tange especificamente ao Direito à Informação no Código Brasileiro, o inciso IV do artigo 4º dispõe como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo: “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.”⁵ Além deste, o inciso III do artigo 6º do mesmo diploma legal brasileiro, com redação dada em 2012, dispõe que é um direito básico do consumidor a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”⁶. Sendo assim, resta evidente que o Direito à Informação é indispensável para que as relações de consumo sejam racionais e legítimas.

Ademais, no Brasil, o CDC também definiu que a informação precisa ser prestada não apenas depois da realização do ato de consumo, mas também, e principalmente, no momento prévio à celebração do contrato⁷. Sendo assim, entende-se que “o fornecedor deve [...] dar todas as informações relevantes sobre o produto ou serviço colocados no mercado de consumo, para que o consumidor possa decidir e agir da forma que melhor lhe aprouver.”⁸

Importa esclarecer que o Direito à Informação do consumidor está aqui abordado tanto na perspectiva de “manifestação do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que, mesmo

³ MARQUES, Cláudia Lima. **O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL**. Investigación y Docencia. Disponível em: < <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/760/551>> Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴ Neste ponto importa frisar que “As sociedades de massa caracterizam-se também pela instauração de um processo produtivo complexo e distanciado do consumidor: a) não se travam relações com pessoas, mas com marcas; b) não se tem conhecimento/domínio do espaço geográfico do mercado – contrata-se à distância, em relação às vezes ao que não se sabe de onde vem, nem de quem provém; c) a publicidade, dirigida pelos interesses da produção, vem antes da informação – isto quando a informação existe.” RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998, p. 170.

⁵ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm> Acesso em: 26 nov. 2020.

⁶ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm> Acesso em: 26 nov. 2020.

⁷ FREITAS FILHO, Roberto. **Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação**: Uma questão de cidadania. Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003. In: Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes. Brasília, DF. Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496890/RIL158.pdf?sequence=1#page=140>> Acesso em: 26 nov. 2020, p. 146.

⁸ FREITAS FILHO, Roberto. **Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação**: Uma questão de cidadania. Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003. In: Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes. Brasília, DF. Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496890/RIL158.pdf?sequence=1#page=140>> Acesso em: 26 nov. 2020, p. 148.

assim, sirva para induzir o consentimento (= decisão) do consumidor”⁹, quanto no sentido propriamente de informar ao consumidor sobre as características do produto, isto é, sua composição, origem, cuidados de conservação, etc.

Destaca-se que, além da norma brasileira, o Direito à Informação, como um instrumento de proteção e defesa do consumidor, também é um alicerce em diplomas normativos de outros Estados. Por exemplo, os artigos 7º e 8º da Lei de Defesa do Consumidor de Portugal (Lei 24/96 de 31 de julho) determinam, respectivamente, o direito à informação em geral e à informação em particular.¹⁰ Por sua vez, o artigo 2, alínea “c”, da Lei 281/98 (*Legge 30 luglio 1998, n. 281. Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utente*), designa, em uma tradução livre, que a informação adequada é um direito fundamental do consumidor também na Itália¹¹.

Ademais, o Direito à Informação do consumidor na seara internacional possui previsão legal, entre outras, na Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU) 39/248, que data 16 de abril de 1985, a qual abrange a proteção do consumidor. Referido direito está previsto nos seguintes termos: “*access of consumers to adequate information to enable them to make informed choices according to individual wishes and needs.*”¹² Em uma tradução livre, pode-se dizer que diretrizes visam atender algumas necessidades legítimas, entre elas está o acesso dos consumidores à informação adequada a fim de os capacitar em prol da realização de escolhas conscientes conforme seus próprios desejos e necessidades.

Mario Frota¹³ aclara que políticas com o propósito de informar consumidores, tanto políticas desenvolvidas pelos Estados quanto expostas pelas comunidades internacionais, sobretudo nos últimos tempos, visam implementar medidas ou criar instrumentos que permitam aos consumidores empreender escolhas criteriosas e, por conseguinte, escolhas adequadas para a satisfação das necessidades cotidianas.

⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Das práticas comerciais**. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 2001, p. 23. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073987.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁰ PORTUGAL. **Lei 24/96. Lei de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis&so_miolo=>> Acesso em: 29 nov. 2020.

¹¹ Texto original do artigo 2, alínea “c”, da Lei Italiana 281/98: “2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”.

ITALIA. **Legge 30 luglio 1998, n. 281. Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utente**. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/98281l.htm>> Acesso em: 29 nov. 2020.

¹² Tradução livre: “acesso dos consumidores a informações adequadas que lhes permitam fazer escolhas informadas de acordo com os desejos e necessidades individuais.” O texto completo está disponível em: ONU. **A/RES/39/248 16 April 1985**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2020.

¹³ FROTA, Mario. **Liber Amicorum Mario Frota: A Causa dos Direitos dos Consumidores**. Org. Alda Pellegrini Grinover... [et al.] Coimbra: Editora Almedina, 2012.

Outrossim, importa dizer que a informação do consumidor é igualmente considerada um fator de transparência do mercado. Quando bem informados, por corolário, consumidores realizam predileções melhores. Informados, os consumidores se tornam mais capazes para avaliar produtos e serviços acerca da qualidade e preço mais favorável, e, por decorrência, contribuem para o desenvolvimento econômico, inclusive porque há, dessa forma, um estímulo a prática da concorrência.¹⁴

Ademais, Roberto Freitas Filho¹⁵, no que diz respeito ao fornecimento da informação ao consumidor no Brasil, anuncia que a informação precisa permitir ao consumidor se apropriar, por vias cognitivas naturais, de todos os componentes que são importantes no ato de escolha. Dispõe o Código de Defesa do Consumidor que as informações devem estar corretas e devem ser precisas quanto aos dados

qualificativos e quantitativos dos produtos e serviços. Determina ainda que as informações sejam dadas de forma clara, ostensiva e em língua portuguesa, fazendo do veículo informativo, ou seja, a linguagem, um instrumento de comunicação eficaz para que o conteúdo da mensagem chegue ao consumidor de forma íntegra.¹⁶

Neste viés, também cabe asseverar que “o instrumento fundamental para a realização da cidadania consumerista é o acesso à informação”¹⁷. Destarte, a importância de uma informação compreensível é fulcral para cooperar na tomada de decisões por parte do consumidor, uma vez que, conforme a plataforma virtual Consumidor Moderno¹⁸, o Idec¹⁹ tem declarado que “consumidor não é apenas aquele que tem poder aquisitivo e participa do mercado de consumo,

¹⁴ FROTA, Mario. **Liber Amicorum Mario Frota**: A Causa dos Direitos dos Consumidores. Org. Alda Pellegrini Grinover... [et al.] Coimbra: Editora Almedina, 2012.

¹⁵ FREITAS FILHO, Roberto. **Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação**: Uma questão de cidadania. Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003. In: Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes. Brasília, DF. Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496890/RIL158.pdf?sequence=1#page=140>> Acesso em: 26 nov. 2020, p. 149.

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm> Acesso em: 26 nov. 2020.

¹⁷ FREITAS FILHO, Roberto. **Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação**: Uma questão de cidadania. Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003. In: Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes. Brasília, DF. Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496890/RIL158.pdf?sequence=1#page=140>> Acesso em: 26 nov. 2020, p. 158.

¹⁸ CONSUMIDOR MODERNO. **Consumidor e Cidadão**: existe diferença entre os dois? Disponível em: <<http://www.consumidormoderno.com.br/2014/11/03/consumidor-e-cidadao-existe-diferenca-entre-os-dois-2/>> Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁹ IDEC é um sigla para o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Trata-se de uma associação de consumidores sem fins lucrativos, independente de empresas, partidos ou governos. Fundado em 1987 por um grupo de voluntários, possui a missão é orientar, conscientizar, defender a ética na relação de consumo e, sobretudo, lutar pelos direitos de consumidores-cidadãos. IDEC. **Quem somos**. Disponível em: <<https://idec.org.br/quem-somos>> Acesso em: 29 nov. 2020.

mas todos os cidadãos que têm direito ao acesso a bens e serviços essenciais para uma vida digna.”

Isto posto, ressalta-se que é evidente que o instrumento da informação é a linguagem a qual, para Louis Hjelmslev, “é uma inesgotável riqueza de múltiplos valores. A linguagem é inseparável do homem e segue-o em todos os seus atos.”²⁰ Destarte, fato é que para que uma informação seja compreensível ao consumidor, a linguagem usada deve ser inteligível e manifesta, tanto se ocorrer por meio de texto, quanto por meio de símbolos.

Uma grande mazela no Direito do Consumidor acontece quando uma informação, embora adequadamente prestada, não é transmitida por meio de uma linguagem facilmente cognoscível pela população em geral, como acontece no caso dos símbolos presentes nas etiquetas de produtos têxteis, desenhos que transmitem uma informação sobre processos de lavagem, secagem, etc. ao consumidor, o qual pode, inclusive, deixar de adquirir produtos ao verificar prontamente que determinada informação na etiqueta expõe algo que faz com que o bem não lhe agrade, como a necessidade de lavagem a mão ou problemas causados pela mistura de fibras, por exemplo. O imbróglio é que esta simbologia é desconhecida por muitas pessoas e o significado das suas representações detém pouca divulgação.

2. ETIQUETAGEM DE PRODUTOS TÊXTEIS

As informações presentes nas etiquetas dos produtos têxteis são tão importantes quanto os rótulos alimentícios, uma vez que comunicam a composição, a origem e cuidados de conservação dos tecidos. As informações em comento são substanciais para que os consumidores consigam prevenir reações alérgicas a fibras ou filamentos têxteis. Outrossim, a etiqueta age como garantia para trocar o produto se necessário, bem como para possibilitar o direito de reclamar e a consequente responsabilidade civil em caso de problemas.²¹

A estima do Direito do Consumidor à Informação possui forte relação com as etiquetas, sobretudo em produtos têxteis, em que pese as etiquetas também desempenhem, como pode ser notado, outras funções (garantia, reclamações, etc.). Sendo assim, a etiquetagem deve respeitar padrões determinados por normas. Estabelecer um arquétipo, em regra, deve facilitar a compreensão por parte do consumidor. Apesar da variação de materiais e estilos, as etiquetas

²⁰ HJELMSLEV, Louis. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem**. Título do original inglês: Prolegomena to a Theory of Language. Direitos em língua portuguesa reservados À Editora Perspectiva S.A. São Paulo, 1975, p. 01.

²¹ INMETRO. 2020. **Você sabe para que serve a etiqueta?** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/textil/textil.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2020.

possuem elementos que obrigatoriamente precisam constar a fim de que o consumidor obtenha informações básicas sobre o produto, este fator visa permitir a melhor compreensão porque não autoriza exorbitantes diferenças entre etiquetas.

Para que sejam cumpridos os requisitos de informação ao consumidor nas etiquetas dos produtos, um papel vultoso desempenha o Inmetro, Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, que possui como missão “prover confiança à sociedade brasileira nas medições e nos produtos, por meio da metrologia e da avaliação da conformidade, promovendo a harmonização das relações de consumo, a inovação e a competitividade do País”²²

Neste sentido, cumpre salientar também a relevância do Conmetro (Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial), que é um colegiado interministerial que tem o Inmetro como sua secretaria executiva.²³ O Conmetro, no que lhe cabe, por intermédio da Resolução nº 02, de 6 de maio de 2008, dispôs acerca da aprovação do Regulamento Técnico Mercosul sobre Etiquetagem de Produtos Têxteis.

Ademais, o Comitê Brasileiro de Têxteis e do Vestuário (ABNT/CB-17) publicou a norma ABNT NBR NM ISO 3758:2013 - Têxteis - Códigos de cuidado usando símbolos (ISO 3758:2012, IDT), a qual revisa a norma ABNT NBR NM ISO 3758:2010. Mencionada norma determina um sistema de símbolos gráficos para que seja utilizado na etiquetagem de artigos têxteis, bem como para o fornecimento de informações “sobre os tratamentos severos para que não provoquem danos irreversíveis para o artigo durante o processo de tratamento têxtil, e especifica o uso destes símbolos em etiquetagem de cuidados.”²⁴

Do exposto, verifica-se que a etiquetagem é uma das premissas basilares do Direito do Consumidor à Informação e que todos produtos têxteis destinados para comercialização devem conter algumas informações obrigatórias. Tais informações são significativas, dado que podem influenciar o consumidor na decisão sobre a aquisição ou não de um determinado bem, além de serem medulares para a conservação do produto.

Neste sentido, as normas de tecido, referentes a coloração, resistência e tração ou rasgo são as que garantem uma construção boa do produto ao consumidor final, enquanto que as normas “de costura, medidas do corpo etc., complementam o conjunto de bases técnicas para um

²² INMETRO. **O que é o Inmetro**. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp>> Acesso em: 30 nov. 2020.

²³ CONMETRO. **Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial**. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/conmetro.asp>> Acesso em: 28 nov. 2020.

²⁴ ABNT. **Códigos de cuidado usando símbolos**. Associação Brasileira de Normas Técnicas. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/noticias/3369-codigos-de-cuidado-usando-simbolos>> Acesso em: 27 nov. 2020.

produto adequado à aplicação, não só no desempenho e no conforto, mas também na durabilidade.”²⁵

Importa destacar neste fragmento algumas informações que, por obrigação legal, devem estar presentes em produtos têxteis, bem como de qual maneira é determinada a disposição na etiqueta. Assim, na etiquetagem precisam estar designadas a razão social ou marca do fabricante ou importador, o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) respectivo do fabricante ou importador, o país de origem, a composição das fibras que compõem o produto têxtil, o tamanho da peça e os cuidados de conservação expressos em símbolos e/ou textos.²⁶

De forma pormenorizada, afirma-se que em uma etiqueta têxtil, a altura da letra deve ser de no mínimo 2mm e os símbolos devem ter tamanho, de no mínimo, 4mm x 4mm.²⁷ De acordo com a Resolução nº 02, de 6 de maio de 2008, deve-se expor na etiqueta também o nome ou razão social ou marca registrada no órgão competente do país “de consumo e identificação fiscal, do fabricante nacional ou do importador ou de quem apõe a sua marca exclusiva ou razão social, ou de quem possua licença de uso de uma marca, conforme o caso.”²⁸

Além disso, é importante esclarecer também que a razão social ou a marca ou o nome apenas podem ser “abreviados quando as empresas também forem registradas da mesma forma, por exemplo, Brasil Confec. Com e Ind. Ltda. Entretanto, tamanho, forma societária (S/A, Ltda., por exemplo) e siglas de identificação fiscal (CNPJ) podem ser abreviados”²⁹

Outrossim, nas etiquetas, em relação ao nome das fibras ou filamentos, bem como o seu percentual, deverá estar disposto em ordem decrescente e em igual destaque na língua do país onde será consumido. Ademais, é indiferente

a posição do valor do percentual, antes ou depois do nome genérico de cada uma das fibras e/ou filamentos. Entretanto, a ordem decrescente de participação nas fibras e/ou filamentos deve ser obedecida. Todo produto têxtil composto de duas ou mais fibras e/ou filamentos, em que nenhum atinja 85% da massa total, será consignado pela denominação de cada uma das fibras dominantes e de sua percentagem em massa, seguido da descrição das denominações das outras fibras que o

²⁵ ABNT. **Normalização**: Caminho da qualidade na confecção [recurso eletrônico] / Associação Brasileira de Normas Técnicas, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. – Rio de Janeiro: ABNT; SEBRAE, 2012, p. 09.

²⁶ ABNT. **Normalização**: Caminho da qualidade na confecção [recurso eletrônico] / Associação Brasileira de Normas Técnicas, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. – Rio de Janeiro: ABNT; SEBRAE, 2012.

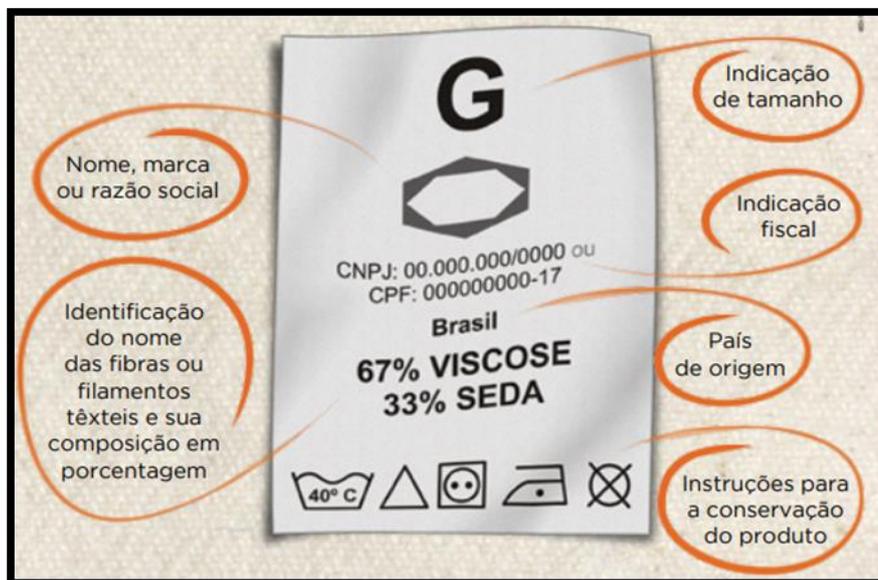
²⁷ ABNT. **Normalização**: Caminho da qualidade na confecção [recurso eletrônico] / Associação Brasileira de Normas Técnicas, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. – Rio de Janeiro: ABNT; SEBRAE, 2012.

^{28,28} CONMETRO. **Resolução n.º 02, de 6 de maio de 2008**. Dispõe sobre a aprovação do Regulamento Técnico Mercosul Sobre Etiquetagem de Produtos Têxteis. Disponível em: < <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/resc/pdf/RESC000213.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2020.

²⁹ INMETRO. 2020. **Você sabe para que serve a etiqueta?** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/textil/textil.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2020.

compõem, na ordem de sua participação. Estas informações deverão estar presentes em caracteres visíveis, não podendo em nenhum caso, ter altura inferior a 2mm.³⁰

Acresce-se, para findar o fragmento, um exemplo de etiqueta têxtil³¹ que contém todas as informações obrigatórias dispostas adequadamente:



INMETRO. 2020. **Você sabe para que serve a etiqueta?** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/textil/textil.pdf>>

Portanto, fato é que a Resolução n.02/2008 e a Norma ABNT supra especificadas atuam hodiernamente como verdadeiros guias na etiquetagem de produtos têxteis. Estas normas são um dos reflexos dos avanços do Direito do Consumidor, uma vez que a presença obrigatória de algumas informações essenciais torna o consumo mais seguro. O imbróglio a ser destacado é no que tange aos símbolos utilizados nas etiquetas. Em outros termos, a informação é prestada ao consumidor, mas a grande questão é que, muitas vezes, a linguagem utilizada não satisfaz o entendimento de parcela da população.

3. INFORMAÇÃO E SIMBOLOGIA NAS ETIQUETAS DOS PRODUTOS TÊXTEIS

Quando se abordam símbolos³² presentes em etiquetas têxteis, trata-se de uma convenção normatizada técnica que concede aos consumidores informações sobre determinados processos de conservação do produto. Os símbolos devem ser informados na seguinte sequência: lavagem,

³⁰ ETIQUETAS CHAPECÓ. **Lei das Etiquetas.** Disponível em: < <http://etiquetaschapeco.com.br/anexos/1063/28614/tabela-nova-simbologia>> Acesso em: 30 nov. 2020.

³¹ INMETRO. 2020. **Você sabe para que serve a etiqueta?** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/textil/textil.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2020.

³² Destaca-se que os processos em comento podem ser expressos em símbolos, em texto ou em símbolos e texto.

alveijamento, secagem, passadoria e cuidado profissional têxtil e são representados por formas diversas.³³

Conforme o Inmetro³⁴, a simbologia representativa dos processos em comento é a seguinte:



INMETRO. 2020. **Você sabe para que serve a etiqueta?** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/textil/textil.pdf>>

Ocorre que as figuras acima dispostas têm uma série considerável de desdobramentos. O processo de lavagem, por exemplo, pode receber um valor inserido na imagem (que remete a um tanque) referente ao grau (medido em Celsius) da temperatura máxima de lavagem. Quando referido desenho recebe uma linha embaixo, significa que o processo de lavagem, ao invés de normal, é suave. Quando recebe duas linhas, quer dizer que o processo de lavagem precisa ser muito suave. Ademais, se houver o desenho de uma mão dentro do tanque, significa que a lavagem deve ser manual. Havendo um “X” sobre a figura, o produto não deve ser lavado. Estas interpretações podem ser extraídas do documento sobre simbologia elaborado pelas Etiquetas Chapecó³⁵ conforme ABNT NM ISO 3758:2013.

Além da leitura dos símbolos sobre o processo de lavagem, o processo de alveijamento é

³³ ETIQUETAS CHAPECÓ. **Lei das Etiquetas.** Disponível em: < <http://etiquetaschapeco.com.br/anexos/1063/28614/tabela-nova-simbologia>> Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁴ INMETRO. 2020. **Você sabe para que serve a etiqueta?** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/textil/textil.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁵ ETIQUETAS CHAPECÓ. **Lei das Etiquetas.** Disponível em: < <http://etiquetaschapeco.com.br/anexos/1063/28614/tabela-nova-simbologia>> Acesso em: 30 nov. 2020.

representado por um triângulo. Se o triângulo for simples, qualquer alvejante é permitido, já se conter duas linhas dentro da figura, não são aceitos alvejantes clorados, apenas oxigênio. Se em cima do triângulo houver um “X”, não se deve alvejar. Em relação ao processo de secagem, se a imagem exibir um quadrado com um círculo dentro, a secagem deve ser feita em tambor, isto é, em uma máquina, que pode ser em temperatura normal ou baixa, dependendo da quantidade de pontos desenhados dentro do mencionado círculo. Além disso, se for designado somente um quadrado (sem um círculo dentro), trata-se de secagem natural, que varia de acordo com traços dispostos dentro do mencionado quadrado. Os variados traços definem que a secagem natural pode ser em varal, na horizontal, por gotejamento, por gotejamento na horizontal, em varal à sombra, na horizontal à sombra, por gotejamento à sombra ou por gotejamento na horizontal à sombra.³⁶

Por fim, em relação ao processo de passadoria, que é representado por um ferro, a variação é desenvolvida por pontos dentro da imagem, os quais variam entre um e três. Três pontos quer dizer que a temperatura máxima da base do ferro deve ser 200°C, dois pontos exprimem que a temperatura máxima da base do ferro deve ser 150°C, um ponto caracteriza que a temperatura máxima da base do ferro deve ser 110°C sem vapor, se existir um “X” sobre a figura, não se deve passar. No que tange ao cuidado têxtil profissional, o processo de limpeza pode ser a seco (representado pela letra “P” ou pela letra “F” limitada dentro de um círculo, variando conforme a química utilizada) ou o processo de limpeza pode ser a úmido (representado pela letra “W” limitada dentro de um círculo).³⁷

Do exposto se pode inferir que, em que pese a simbologia seja um mecanismo, desde os tempos prístinos, fulcral para as relações humanas, precisa ser compreensível por todos que se encontram envolvidos em determinada situação, no caso em tela por todos os consumidores. Assim, é acertada a criação de símbolos com o intento de informar os consumidores acerca dos processos de conservação dos produtos, embora, como observado, seja evidente a complexidade das informações e a pouca explicação quando desacompanhados de um texto um explicativo.

Deste modo, dos elementos de presença obrigatória nas etiquetas de produtos têxteis, de acordo com as normas impostas, a simbologia dos processos pode ser considerado um hiato na proteção do consumidor. É louvável a existência de uma padronização por meio de figuras, mas as

³⁶ ETIQUETAS CHAPECÓ. **Lei das Etiquetas**. Disponível em: < <http://etiquetaschapeco.com.br/anexos/1063/28614/tabela-nova-simbologia>> Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁷ ETIQUETAS CHAPECÓ. **Lei das Etiquetas**. Disponível em: < <http://etiquetaschapeco.com.br/anexos/1063/28614/tabela-nova-simbologia>> Acesso em: 30 nov. 2020.

representações precisam ser facilmente compreendidas pelo consumidor. Neste ponto é que se encontram adversidades, ou seja, neste segmento há uma imperfeição na prestação do Direito de Informação ao Consumidor. Em outros termos, há informação, mas a linguagem empregada não é descomplicadamente decifrável.

Nota-se, portanto, que prestar a informação ao consumidor não é suficiente, a linguagem dos símbolos precisa ser acessível a fim de permitir a compreensão do adquirente do produto. É possível dizer que as cinco formas engendradas são simples, mas as suas derivações não. Não são todas as pessoas que compreendem que a figura de um quadrado, com círculo dentro e dois pontos lado a lado inseridos no círculo representa a possibilidade de secagem têxtil em tambor (máquina de secar), temperatura normal, com temperatura de exaustão máxima 80°C.

Deste modo, a informação ao consumidor precisa ser, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, adequada e clara, o que, pelo observado, não ocorre no caso da simbologia dos processos de conservação de produtos têxteis. Em que pese haja um esforço evidente para que, máxime, a informação sobre os processos seja prestada, evidente que a utilização de textos para explicar é mais satisfatória.

Sendo assim, aprimorar a simbologia não parece necessário, uma vez que as diretrizes são coerentes, mas importa ampliar a divulgação para os consumidores do significado de cada símbolo. É imperioso, por conseguinte, uma união de esforços sociais e estatais para que sejam avultadas políticas públicas para atividades de difusão dos símbolos em comento. Destarte, ter acesso às informações é um Direito do Consumidor, porém para que o direito seja factual, é importante compreender os informes.

Por conseguinte, a realização de palestras dirigidas para a comunidade, conferências em escolas básicas, projetos em universidades, além de cursos de aperfeiçoamento para a orientação e para a compreensão dos Direitos dos Consumidores, audiovisuais instrutivos, mídias impressas e digitais, entre outros mecanismos de divulgação podem colaborar para que os cidadãos tenham ciência de quais informações obrigatoriamente devem constar nas etiquetas de produtos têxteis e qual o significado dos símbolos dos processos de conservação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consumir é uma atividade cotidiana, uma cláusula constante dos seres vivos. As normas elaboradas para que os consumidores tenham seus direitos assegurados empregam a informação como um direito coligado à capacidade dos consumidores realizarem escolhas conscientes. De

acordo com o observado, é possível inferir que o Direito do Consumidor à Informação reflete na predisposição de apreciar produtos de acordo com os desejos e necessidades de cada pessoa.

O Direito à Informação aplicado ao Direito do Consumidor é deveras relevante dentro dos Estados e em âmbito internacional. Fato é que no Brasil e em outros países, como Portugal e Itália (conforme observado), a legislação consumerista abrangeu o Direito à Informação como um prisma que concede racionalidade e legitimidade nas relações de consumo, do mesmo modo que a legislação internacional o fez.

Destarte, nos mais variados produtos e serviços as informações precisam estar corretas e os dados ajustados. No caso dos bens têxteis, os informes acontecem por meio de etiquetas que, de acordo com diretrizes, devem conter elementos obrigatórios que, por sua vez, recebem instruções normativas específicas como, por exemplo, a necessidade do percentual das fibras estar em ordem decrescente.

Acontece que a questão fulcral do debate em comento não concerne a razão social, o país de origem ou a composição têxtil, em que pese sejam elementos obrigatórios e importantes para evitar reações alérgicas a fibras ou para possibilitar a substituição do produto em caso de apresentar defeito. A adversidade basilar da investigação tange ao fato de que os símbolos dos processos de conservação dos produtos têxteis não são facilmente compreendidos por muitos consumidores.

Nota-se que quando símbolos são elaborados para explicar os processos de conservação dos produtos têxteis e há a possibilidade normativa de que tais símbolos sejam substituídos ou acompanhados por texto, parece não existir uma plena segurança de que os símbolos sozinhos consigam informar os consumidores com maestria. Portanto, a linguagem, como instrumento de comunicação, deve ser capaz de ofertar o conteúdo da mensagem satisfatoriamente.

Uma forma de solver o imbróglio gerado pela dificuldade na compreensão dos símbolos seria obrigar o acompanhamento do texto, no entanto, com a presença indispensável do texto o símbolo não seria mais necessário. Ocorre que o símbolo detém uma expressividade bastante interessante, apenas precisa ter sua significação melhor difundida no meio social consumerista.

Outrossim a divulgação de explicações sobre o significado dos símbolos dos processos de conservação de produtos têxteis é essencial para a norma apresentar um benefício concreto ao consumidor. Um das vias para a expansão da disseminação é por meio de Políticas Públicas que promovam palestras, audiovisuais, materiais por mídias digitais e impressas que promovam uma

conscientização da importância de saber quais dados obrigatoriamente devem constar em etiquetas e interpretar os símbolos nelas dispostos. A ausência da mencionada divulgação causa uma imperfeição na prestação da informação, o que é indesejado em uma sociedade que precisa prezar pela transparência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABNT. **Códigos de cuidado usando símbolos**. Associação Brasileira de Normas Técnicas. Disponível em: < <http://www.abnt.org.br/noticias/3369-codigos-de-cuidado-usando-simbolos>> Acesso em: 27 nov. 2020.

_____. **Normalização**: Caminho da qualidade na confecção [recurso eletrônico] / Associação Brasileira de Normas Técnicas, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. – Rio de Janeiro: ABNT; SEBRAE, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias; Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm> Acesso em: 26 nov. 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Das práticas comerciais**. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 2001, p. 23. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/79073987.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2020.

CONMETRO. **Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial**. Disponível em: < <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/conmetro.asp>> Acesso em: 28 nov. 2020.

CONMETRO. **Resolução n.º 02, de 6 de maio de 2008**. Dispõe sobre a aprovação do Regulamento Técnico Mercosul Sobre Etiquetagem de Produtos Têxteis. Disponível em: < <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/resc/pdf/RESC000213.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2020.

CONSUMIDOR MODERNO. **Consumidor e Cidadão**: existe diferença entre os dois? Disponível em: < <http://www.consumidormoderno.com.br/2014/11/03/consumidor-e-cidadao-existe-diferenca-entre-os-dois-2/>> Acesso em: 28 nov. 2020.

ETIQUETAS CHAPECÓ. **Lei das Etiquetas**. Disponível em: < <http://etiquetaschapeco.com.br/anexos/1063/28614/tabela-nova-simbologia>> Acesso em: 30 nov. 2020.

FREITAS FILHO, Roberto. **Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à**

informação: Uma questão de cidadania. Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003. In: Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes. Brasília, DF. Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496890/RIL158.pdf?sequence=1#page=140>> Acesso em: 26 nov. 2020, p. 146.

FROTA, Mario. **Liber Amicorum Mario Frota: A Causa dos Direitos dos Consumidores.** Org. Alda Pellegrini Grinover... [et al.] Coimbra: Editora Almedina, 2012.

HJELMSLEV, Louis. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem.** Título do original inglês: Prolegomena to a Theory of Language. Direitos em língua portuguesa reservados À Editora Perspectiva S.A. São Paulo, 1975.

IDEC. **Quem somos.** Disponível em: <<https://idec.org.br/quem-somos>> Acesso em: 29 nov. 2020.

INMETRO. **O que é o Inmetro.** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp>> Acesso em: 30 nov. 2020 a.

INMETRO. 2020. **Você sabe para que serve a etiqueta?** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/textil/textil.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2020 b.

ITALIA. **Legge 30 luglio 1998, n. 281. Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utente.** Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/98281l.htm>> Acesso em: 29 nov. 2020.

ONU. **A/RES/39/248 16 April 1985.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL.** Investigacion y Docencia. Disponível em: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/760/551>> Acesso em: 29 nov. 2020.

PORTUGAL. **Lei 24/96. Lei de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis&so_miolo=>> Acesso em: 29 nov. 2020.

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social.** Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

ACESSO À EDUCAÇÃO POR MEIO DE TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: PARADOXOS EM TEMPOS PANDÊMICOS

Joana Sílvia Mattia Debastiani¹

Valdemir José Debastiani²

César Menegat³

INTRODUÇÃO

A situação que assola o país e o mundo em razão da pandemia pelo surto de COVID-19 apresenta um cenário cruel e sem precedentes na atualidade próxima. O dilema da condição humana é planejar o futuro sem nunca estar devidamente preparado.

A necessidade de evitar a propagação em massa do vírus e, conseqüentemente, a falência do sistema de saúde fez com que várias ações se fizessem necessárias e, uma delas, foi a suspensão das aulas presenciais.

A educação - direito do cidadão e dever do Estado - passou, através de atos normativos, a ser garantida através do que se convencionou chamar - ensino remoto. Contudo, as mudanças de enfrentamento à COVID-19, possibilita a problematização do acesso à educação através do uso de Tecnologias de informação e comunicação, ao desnudar as desigualdades sociais que ainda permeiam o Brasil.

Para tanto, o artigo é dividido em duas seções: na primeira, busca-se analisar o contexto pandêmico e as alterações, ocorridas até então, no âmbito normativo educacional. Na segunda, são tecidas observações, ainda que incipientes, ao uso ensino-aprendizagem por meio de

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul - UCS. Bolsista CNPq. Integrante do grupo de pesquisa "Metamorfose jurídica". Mestra em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF em dupla titulação com o programa de *Tecnologías y políticas públicas sobre la gestión ambiental* na Universidade de Alicante, Espanha. Bolsista Prosup- CAPES. Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. Colaboradora voluntária no Programa de Extensão universitária PROJUR Mulher e Diversidade - UPF. Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Erechim - Anhanguera. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Anhanguera. Graduada em Direito pela URI Campus de Erechim. E-mail joanamattia@gmail.com

² Doutorando em Educação na Univali. Taxista Capes. Integrante do Grupo de Pesquisa "Educação e Trabalho". Pós-Graduando em Educação, Sociedade e Política. Mestre em Educação pela URI Campus de Frederico Westphalen; graduado em Psicologia pela URI Campus de Erechim; graduado em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo e graduado em Filosofia pela URI Campus de Erechim. Professor na Universidade do Contestado - UnC, Campus de Concórdia - SC. E-mail vdebastiani@hotmail.com

³ Mestre em Educação pela Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Teologia no Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo. Licenciado em Filosofia, Faculdade Filosofia N. S^a. Imaculada Conceição. Professor na rede Estadual de Ensino do Rio Grande do Sul.

tecnologias. O método é o dedutivo e a técnica aplicada é a jurídico-bibliográfica.

1. A PANDEMIA DA COVID19 E AS MEDIDAS JURÍDICO-NORMATIVAS EDUCACIONAIS NO BRASIL

Além de um direito, a educação é definida pela Constituição Federal de 1988⁴ como um dever: direito do cidadão e dever do Estado. Desse direito nascem prerrogativas, gozar de algo que lhe é garantido, por exemplo. Do dever, nascem obrigações que devem ser respeitadas tanto pelos gestores, quanto por aqueles outros sujeitos implicados nessas obrigações.

Dentre os direitos sociais, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos⁵. Além da previsão geral do art. 6º e do art. 205 da Constituição, que consagra o direito à educação como direito de todos e dever do Estado, o texto constitucional detalhou seu âmbito de proteção, nos arts. 205 a 214. Nesse sentido, estabeleceu uma série de princípios norteadores da atividade do Estado com vistas a efetivar esse direito, tais como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a autonomia universitária, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, gestão democrática do ensino público, garantia de padrão de qualidade de piso salarial profissional nacional para os professores da educação pública, nos termos da lei federal.

Nos termos da Constituição, assegura-se a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, com oferta gratuita aos que não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I), a progressiva universalização do ensino médio gratuito (art. 208, II), o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III), e a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 anos de idade (art. 208, IV).

O Brasil ainda possui investimento e vagas insuficientes, deterioração das escolas, evasão, repetência, altas taxas de analfabetismo etc. Somada a crise educacional, o cenário de crise social e financeira permanente e associado nesse panorama, na atualidade, a pandemia do coronavírus.

Como diversos, para não radicalizar na assertiva, países do mundo, o Brasil sofre os impactos da pandemia da Covid-19. Apesar de não ser um vírus novo, pois, segundo a ciência

⁴ BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

foram isolados em humanos pela primeira vez em 1937 e, em 1965 passou a denominação de coronavírus, foi em 2019 que começou-se a ouvir falar, diuturnamente, desse vírus. Segundo a Fiocruz do ponto de vista genético, o novo coronavírus faz parte de uma família de vírus conhecida, que inclui outros vírus capazes de provocar doenças no ser humano e, também, nos animais.

Inicialmente, foi categorizado como um surto⁶ em Wuhan, na China, onde, em 9 de janeiro, ocorreu a primeira morte decorrente da doença. Em 20 de janeiro, autoridades sanitárias chinesas anunciaram que o novo vírus poderia ser transmitido entre humanos; dia em que o país também registrou um brusco aumento de novos casos. Em 23 de janeiro, a cidade de Wuhan foi colocada em quarentena. Ainda em janeiro, o mundo recebia da OMS o alerta sobre o risco de um surto mais amplo, fora do epicentro inicial. A partir daí, casos crescentes da nova doença eram registrados fora da China, em outros países não só na Ásia, mas também na Europa e na América do Norte.

Em 15 de fevereiro, o diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom, pediu aos governos dos estados nacionais que organizassem seus sistemas de saúde, pois era impossível prever a direção que a epidemia tomaria. Segundo o diretor “[L]et me be clear: it is impossible to predict which direction this epidemic will take. What I can tell you is what encourages us, and what concerns us.”⁷ Em fins de fevereiro, Itália⁸ e Irã⁹ vivenciaram surtos descontrolados da doença, ou seja, o epicentro da pandemia foi modificado e, com ele, o colapso do sistema de saúde italiano foi questão de tempo.

Quando foi reconhecido o primeiro caso no Brasil, o número de mortos já era superior a 4,2 mil pessoas e mais de 118 mil casos que atingiam 114 países, fatos que levaram a OMS a decretar, em 11 de março, o surto como uma pandemia.¹⁰ Contudo, a emergência de saúde

⁶ Segundo o guia para investigações de Surto ou Epidemias surto é situação em que há aumento acima do esperado na ocorrência de casos de evento ou doença em uma área ou entre um grupo específico de pessoas, em determinado período.

⁷ WHO. **Munich Security Conference**. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/munich-security-conference>. Acesso em: 04 dez 2020.

⁸ BBCNEWS. **Coronavírus**: Itália cancela futebol e Carnaval e isola cidades após 7 mortes. 24 fev. 2020. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51611695>. Acesso em: 04 dez. 2020. BBCNEWS. **Coronavírus**: como a Itália tomou lugar da China como principal foco de preocupação sobre a covid-19. 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51661091>. Acesso em: 04 dez. 2020.

⁹ G1. **Irã anuncia mais 49 mortos por coronavírus, maior aumento em 24h. 08 mar. 2020. Disponível em** <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/08/ira-anuncia-mais-49-mortos-por-coronavirus-maior-aumento-em-24h.ghtml>. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹⁰ OPAS BRASIL. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. 11 mar. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 04 dez. 2020.

pública foi reconhecida em 06 de fevereiro com a promulgação da Lei 13.979¹¹ em face da propagação internacional da COVID-19 em vários países do mundo. Posteriormente, com o reconhecimento da pandemia, foi emitido o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020¹², reconhecendo o estado de calamidade, visando, inclusive, as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos.

Nesse contexto, escolas e universidades em mais de 100 países foram fechadas e mais de 1 bilhão e meio de estudantes ao redor do mundo ficaram sem aulas. Uso de máscaras, higienização de mãos, isolamento social, distanciamento, quarentena, *lockdown* foram medidas tomadas por gestores a fim de barrar ou, ao menos retardar o contágio pelo coronavírus, no intuito de evitar o colapso dos sistemas de saúde.

O Brasil, apesar de inúmeras divergências entre os três Poderes e as esferas de governo, seguiu a tendência mundial na busca do achatamento da curva epidemiológica. O Ministério da Educação autorizou as instituições de ensino superior integrantes do sistema federal a promoverem a substituição das aulas presenciais por aulas remotas enquanto perdurar a situação pandêmica. A medida perfectibilizou-se na Portaria nº 343, de 17 de março de 2020.¹³

Preocupada com o panorama educacional, a UNESCO recomendou o recurso a plataformas, recursos e programas de ensino a distância, de forma a garantir o ensino remoto e a evitar a descontinuidade da aprendizagem, com a publicação de “10 recomendações sobre o ensino a distância”.¹⁴

Assim, outra mudança significativa ocorreu no cenário brasileiro em 1º de abril e, atingiu tanto a educação básica, quanto a superior, com a adoção da Medida provisória nº 934¹⁵, pelo Presidente da República. A Medida Provisória estabeleceu normas excepcionais sobre o ano letivo decorrentes das medidas para o enfrentamento da situação de emergência de saúde pública.

¹¹ BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 03 dez. 2020.

¹² BRASIL. **Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 03 dez. 2020.

¹³ BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 343, de 17 de março de 2020**. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>. Acesso em: 03 dez. 2020.

¹⁴ UNESCO. **Covid-19**: Unesco divulga 10 recomendações sobre o ensino a distância devido ao novo coronavírus. 10 mar. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706691>. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹⁵ BRASIL. **Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020**. Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-934-de-1-de-abril-de-2020-250710591>. Acesso em 03 dez. 2020.

Dentre as novidades provenientes da Medida Provisória (MP) nº 934 estão a de que os estabelecimentos de educação básica e de ensino superior poderão distribuir a carga horária em período diferente dos 200 dias letivos previstos na Lei de Diretrizes e Bases (art. 1º). Da mesma forma a MP prevê que cursos superiores ligados à área geral da saúde, a exemplo de medicina, farmácia, enfermagem e fisioterapia, poderão ter sua duração abreviada, desde que sejam observadas as regras a serem editadas pelas Instituições de ensino superior, cumulativamente com 75% de carga horária do internato para o curso de medicina, ou 75% carga horária do estágio curricular obrigatório dos cursos de enfermagem, farmácia e fisioterapia. (§ único do art. 2º).

Em relação ao ensino superior, o Parecer 11/2020 do Conselho Nacional de Educação reconhece a possibilidade que as instituições de ensino deem continuidade das aulas de forma não presencial com o uso de meios digitais. O Parecer foi organizado em colaboração com o Ministério da Educação (MEC), e com a participação de entidades nacionais como a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime), o Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed), a União Nacional dos Conselhos Municipais de Educação (UNCME), a FNCEM, o Fórum das Entidades Educacionais (FNE), além da interlocução com especialistas e entidades da sociedade civil.

Segundo o documento, a educação de qualidade é pilar da sociedade contemporânea e, por isso, assegurada em inúmeros diplomas legais. O processo de oferta educacional, em tempos pandêmicos, transcende decretos e normas que permitem flexibilizar o afastamento social. Diante disso, a “flexibilização em torno da adoção da oferta educacional não presencial, de forma a aprimorar medidas de qualidade ao aprendizado, ao tempo em que se amplia, também, a longevidade dessas medidas”.¹⁶

Assim, com a suspensão das atividades acadêmicas presenciais, as instituições de ensino passaram a ampliar o processo de virtualização de atividades em plataformas digitais, com a readequação de procedimentos de ensino-aprendizagem.

2. EDUCAÇÃO POR MEIO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E COVID-19

É inegável que, em meio a uma pandemia, os maiores esforços sejam empenhados ao bom funcionamento dos sistemas de saúde e na proteção à economia, porém, é inegável que os sistemas de educação também são atingidos. Fechar, provisoriamente, as escolas, além de

¹⁶ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer CNE/CP nº 11/2020**. Orientações Educacionais para a Realização de Aulas e Atividades Pedagógicas Presenciais e Não Presenciais no contexto da Pandemia. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/julho-2020-pdf/148391-pcp011-20/file>. Acesso em: 03 dez. 2020, p. 1.

proteger estudantes, educadores e funcionários, reduz as chances de que se tornem vetores do vírus, evitando o contágio de sua família e comunidade, sobretudo para os grupos de risco. Se, em um extremo, as medidas sanitárias apresentam-se como condutas que garantem a mitigação do contágio, de outro, apresenta a interrupção do aprendizado para milhares de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade ou vulnerabilizados por conta da pandemia.

Libânio aponta que inúmeros problemas no âmbito interno e externo escolar fomentam pesquisas de ordem institucional e, também acadêmica. Diante desses problemas que vão desde questões relacionadas a recursos financeiros, utilização de novas tecnologias, salários, condições de trabalho até a formação dos professores,

circula no meio educacional uma variedade de propostas sobre as funções da escola, propostas estas frequentemente antagônicas, indo desde as que pedem o retorno da escola tradicional, até as que preferem que ela cumpra missões sociais e assistenciais.¹⁷

O cenário escolar já vinha experimentando, antes mesmo da pandemia, em doses amargas as consequências do modelo educacional implementado. Trata-se de um paradoxo visível até mesmo àqueles que negam a ciência:

Insistindo no retorno às aulas e no esforço dos professores para “não perder o ano”. [...] Já tínhamos dificuldades, sobretudo das condições sociais, culturais e econômicas, para construir uma educação de qualidade antes da pandemia. Agora, parece que há um desafio maior ainda, não para a escola, mas para a sociedade de um modo geral: compreender o que é preciso para uma educação qualificada, reclamada por todos.¹⁸

Desde a implementação das política de isolamento, afastamento social ou quarentena – frisa-se: de suma importância, pois, chega-se a marca de 6.436.650 contaminados e 174.515 mortos no Brasil¹⁹ - há pressão do sistema para a necessidade da continuidade do processo de ensino. Veja-se: a utilização das tecnologias de informação e comunicação não é, por si só, algo ruim ou negativo ao processo educativo, porém, há de haver método, intencionalidade, complementaridade e estrutura para que sejam utilizadas. Do contrário, seu uso não servirá para uma expansão das possibilidades de aprendizagem, mas para a precarização do ensino.

Não restam dúvidas de que a pandemia impôs grandes desafios para professores e estudantes. Como manter vínculos com os alunos sem estar no mesmo espaço físico? Como fazer

¹⁷ LIBÂNIO, José Carlos. O dualismo perverso da escola pública brasileira: escola do conhecimento para os ricos, escola do acolhimento social para os pobres. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 38, n. 1m p. 13-28, 2012, p. 16

¹⁸ ADAMS, Adair, et al. Reflexões introdutórias sobre educação em tempos de pandemia. In: ADAMS, Adair, et al. **Educação em tempos de pandemia**: experiências, desafios e perspectivas. Ilustração: Cruz Alta, 2020, p. 16.

¹⁹ JOHNS HOPKINS. **Coronavirus resource center**. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 03 dez. 2020.

uso das tecnologias da informação e comunicação (TIC) para aprender e ensinar? Como utilizar estas tecnologias digitais em rede na educação em um país tão desigual quando o assunto é acesso à internet e conexão de qualidade?²⁰

Com a emergência da pandemia, as escolas precisaram se organizar para migrar para o ensino com o uso das TIC'S, a qual foi convencionado chamar de ensino remoto.

O processo é centrado no conteúdo, que é ministrado pelo mesmo professor da aula presencial física. Embora haja um distanciamento geográfico, privilegia-se o compartilhamento de um mesmo tempo, ou seja, a aula ocorre num tempo síncrono, seguindo princípios do ensino presencial. A comunicação é predominantemente bidirecional, do tipo um para muitos, no qual o professor protagoniza vídeo-aula ou realiza uma aula expositiva por meio de sistemas de webconferência. Dessa forma, a presença física do professor e do aluno no espaço da sala de aula geográfica são substituídas por uma presença digital numa sala de aula digital. No ensino remoto ou aula remota o foco está nas informações e nas formas de transmissão dessas informações.²¹

Apesar das TIC's já fazerem parte, direta ou indiretamente, da rotina das escolas e na realidades de alunos, professores e comunidade escolar, sua utilização durante a pandemia tem encontrado inúmeros desafios. Nesse contexto, pesquisas ainda incipientes sobre as consequências da COVID-19 no ensino-aprendizagem já apontam para a falta de estrutura e condições de acesso às atividades remotas por parte de estudantes diante da existência de diferentes contextos sociais no Brasil. O abismo histórico existente entre estratos populacionais ficaram mais visíveis com a pandemia.

Segundo pesquisa realizada pelo DataSenado²² 58% (32,4 milhões) dos alunos matriculados na rede de ensino no Brasil passaram, com a pandemia, a ter aulas remotas. Na rede pública, 26% dos alunos que estão tendo aulas online não possuem acesso à internet, na rede privada, o percentual cai para 4%. O levantamento foi realizado por amostragem e o público alvo foram pais que têm filhos que frequentam a escola ou a faculdade e, o segundo grupo, foram alunos de escolas ou faculdades.

A pesquisa organizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil²³ aponta que três quartos

²⁰ SOUZA, Elmara Pereira de. Educação em tempos de pandemia: desafios e possibilidades. **Sociais Aplicadas**. Ano XVII, vol. 17, nº 30, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/7127/5030>. Acesso em: 04 dez. 2020.

²¹ MOREIRA, José Antônio; SCHLEMMER, Eliane. Por um novo conceito e paradigma de educação digital onlife. **Revista UFG**. V. 20. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revistaufg/article/view/63438>. Acesso em: 04 dez. 2020.

²² SENADO NOTÍCIAS. DataSenado: quase 20 milhões de alunos deixaram de ter aulas durante a pandemia. Elisa Chagas. 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/12/datsenado-quase-20-milhoes-de-alunos-deixaram-de-ter-aulas-durante-pandemia>. Acesso em 03 dez. 2020.

²³ CGI.BR. Celular é o dispositivo mais utilizado por usuários de Internet das classes DE para ensino remoto e teletrabalho, revela Painel TIC COVID-19. 05. nov. 2020. Disponível em: <https://www.cgi.br/noticia/releases/celular-e-o-dispositivo-mais-utilizado-por-usuarios-de-internet-das-classes-de-para-ensino-remoto-e-teletrabalho-revela-painel-tic-covid-19/>. Acesso em: 04 dez. 2020.

dos usuários de Internet com 16 anos ou mais e que são das classes DE (74%) acessam a rede exclusivamente pelo telefone celular, percentual que é de 11% entre os usuários das classes AB. Entre os usuários de Internet com 16 anos ou mais, que frequentam escola ou universidade, o celular aparece também como a ferramenta utilizada com maior frequência (37%) para assistir às aulas e atividades educacionais remotas. O uso do dispositivo como o principal recurso para participação nas atividades é maior entre os usuários das classes DE (54%), se comparado com o percentual daqueles das classes C (43%) e AB (22%). Já o uso de computador (notebook, computador de mesa e tablet) como o principal recurso para acompanhamento do ensino remoto é maior nas classes AB (66%), sendo menos acessível aos estudantes das classes C (30%) e DE (11%).

A falta de recursos digitais para acessar aulas e atividades remotas é um dos principais aspectos que podem afetar a continuidade das rotinas educativas durante a pandemia. Aliado às limitações de acesso à internet, a falta de local adequado para estudar, ao nível socioeconômico dos pais, são condições que apontam para o distanciamento do aluno ao acesso à educação de qualidade. O ensino remoto também é um desafio para professores, porque precisaram aprender a fazer uso das TIC's para desenvolver suas aulas, nem sempre possuem local adequado para fazer a transmissão das suas aulas (arejado, com iluminação) e, o acesso à internet de qualidade também acresce aos desafios a serem enfrentados.

Muitas notícias percorreram o noticiário brasileiro demonstrando os esforços empenhados por pais, alunos e professores a fim de transpor barreiras associadas ao ensino. Para que os alunos pudessem ter acesso a conteúdos, professores passaram a transmitir as aulas via rádio, distribuíram de casa em casa cópias impressas das aulas, recolheram smartphones para doar àqueles alunos que não possuíam equipamento mínimo para permanecerem vinculados à escola. Os casos podem ser como pêndulos de uma balança: Piauí, segundo noticiado com cerca de 9% dos alunos inseridos no mundo digital. Aratiba, cidade ao norte do Rio Grande do Sul, com 100% de inclusão digital.

Essa realidade traz consigo algumas evidências, a exemplo: a necessidade de (re) pensar a relação entre educação e tecnologias, bem como, (re) analisar o acesso à educação frente às desigualdades sociais. Isso porque, a pandemia da Covid-19 acabou desnudando algumas faces da educação, que para muitos já estava no passado, *quicá*, nunca existiram: àqueles que têm garantida educação de qualidade e àqueles que possuem acesso à escola, aos bancos escolares. Essa dicotomia está tão presente, de tal modo que a informatização da educação e aprendizagem

não se mostra igualitária e passa a ser um limite à própria democracia.

Quanto aos impactos pós-pandemia na educação, ainda parece precoce/prematuro qualquer prognóstico, diante de sentimentos, acontecimentos, que diariamente revolucionam ideias e projeções. Caberá um maior distanciamento emocional e temporal para análises e projeções mais precisas. Porém, isso não significa calar em dizer uma palavra quanto às projeções de futuro, sejam estas enquanto expressão de desejos, sejam elas enquanto processo indutivo de universalização das hipóteses colhidas na práxis cotidiana.

O retorno pós-pandemia, provavelmente apresentará mudanças, não há apostas ao retorno àquilo que costumeiramente foi denominado “normalidade”. Genuinamente vive-se a constituição verbal no gerúndio, em que o mundo está mudando, a humanidade está mudando...Um segundo aspecto a ser considerado e refletido diz respeito ao reaproveitamento indiscriminado das soluções encontradas num período e sua aplicação em outro contexto e cenário. Não será razoavelmente sábio apenas (re)utilizar as soluções encontradas, no contexto educacional, durante o período da pandemia do COVID 19. Assim como, no contexto da saúde, em que práticas utilizadas por equipes de saúde em situação de extrema emergência não podem ser reproduzidas no cotidiano do atendimento pós-emergência, (o que não quer dizer que os aprendizados não possam ser utilizados), assim também, parece valer para o cenário educacional. As ferramentas úteis durante o período de quarentena, não necessariamente serão úteis ou mais eficazes após a pandemia.

A pauta da efetividade do direito à educação é tão necessária que a Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), elaborada em 2015, colocou como objetivo “assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos” (ODS 4). Ocorre que o cumprimento dessa meta em tempos de pandemia encontra-se comprometido em todos os países, necessitando de discussões globais que ampliem as possibilidades para efetividade desse direito por meio de boas práticas que respeitem as capacidades dos indivíduos durante a crise e promovam a redução das desigualdades educacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas excepcionais apresentadas para o campo educacional em razão do necessário afastamento sociais decretado como medida mitigadora de propagação do coronavírus no Brasil, em especial a suspensão das atividades educacionais presenciais, forçou, prematuramente, o uso

do ensino-aprendizagem por meio das tecnologias.

Essa realidade, aponta, mesmo que de forma incipiente, a algumas evidências intimamente relacionadas ao objeto da pesquisa: o caos social, já existente no Brasil, foi agudizado com a pandemia e a necessidade de (re) pensar a relação entre educação e tecnologias.

O Direito à educação, garantido constitucionalmente e, já, interpelado inúmeras vezes, diante da falta de investimentos pelos governantes, desnuda novamente o questionamento: como promover o processo educativo eficiente, capaz de levar conhecimento e oportunidades de aprendizagem quando, parcela da população - alunos e professores - não possuem recursos - para usufruir desse direito?

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADAMS, Adair, et al. Reflexões introdutórias sobre educação em tempos de pandemia. In: ADAMS, Adair, et al. **Educação em tempos de pandemia: experiências, desafios e perspectivas**. Ilustração: Cruz Alta, 2020, p. 16.

BBCNEWS. **Coronavírus**: Itália cancela futebol e Carnaval e isola cidades após 7 mortes. 24 fev. 2020. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51611695>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BBCNEWS. **Coronavírus**: como a Itália tomou lugar da China como principal foco de preocupação sobre a covid-19. 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51661091>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 03 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 343, de 17 de março de 2020**. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 03 dez. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020**. Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-934-de-1-de-abril-de-2020-250710591>. Acesso em 03 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer CNE/CP nº 11/2020**. Orientações Educacionais para a Realização de Aulas e Atividades Pedagógicas Presenciais e Não Presenciais no contexto da Pandemia. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/julho-2020-pdf/148391-pcp011-20/file>. Acesso em: 03 dez. 2020, p. 1.

CGI.BR. Celular é o dispositivo mais utilizado por usuários de Internet das classes DE para ensino remoto e teletrabalho, revela Painel TIC COVID-19. 05. nov. 2020. Disponível em: <https://www.cgi.br/noticia/releases/celular-e-o-dispositivo-mais-utilizado-por-usuarios-de-internet-das-classes-de-para-ensino-remoto-e-teletrabalho-revela-painel-tic-covid-19/>. Acesso em: 04 dez. 2020.

G1. **Irã anuncia mais 49 mortos por coronavírus, maior aumento em 24h. 08 mar. 2020.** Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/08/ira-anuncia-mais-49-mortos-por-coronavirus-maior-aumento-em-24h.ghtml>. Acesso em: 04 dez. 2020.

LIBÂNIO, José Carlos. O dualismo perverso da escola pública brasileira: escola do conhecimento para os ricos, escola do acolhimento social para os pobres. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 38, n. 1m p. 13-28, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, José Antônio; SCHLEMMER, Eliane. Por um novo conceito e paradigma de educação digital onlife. **Revista UFG**. V. 20. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revistaufg/article/view/63438>. Acesso em: 04 dez. 2020.

OPAS BRASIL. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. 11 mar. 2020.

Disponível em:

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 04 dez. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. **DataSenado**: quase 20 milhões de alunos deixaram de ter aulas durante a pandemia. Elisa Chagas. 18 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 03 dez. 2020.

SOUZA, Elmara Pereira de. Educação em tempos de pandemia: desafios e possibilidades. **Sociais**

Aplicadas. Ano XVII, vol. 17, nº 30, jul./dez. 2020. Disponível em:

<https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/7127/5030>. Acesso em: 04 dez. 2020.

UNESCO. **Covid-19**: Unesco divulga 10 recomendações sobre o ensino a distância devido ao novo

coronavírus. 10 mar. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706691>.

Acesso em: 04 dez. 2020.

UNIVERSITY JOHNS HOPKINS. **Coronavirus resource center**. Disponível em:

<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 03 dez. 2020.

WHO. **Munich Security Conference**. Disponível em: [https://www.who.int/director-](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/munich-security-conference)

[general/speeches/detail/munich-security-conference](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/munich-security-conference). Acesso em: 04 dez 2020.

AS MEDIDAS JUDICIAIS PARA ADOLESCENTES EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA

Ariele Faverzani da Luz¹

Ariane Faverzani da Luz²

Janaína Faverzani da Luz³

INTRODUÇÃO

O avanço da pandemia de Covid-19 tem suscitado inúmeras discussões sociais, envolvendo, sobretudo, grupos considerados prioritários e com necessidade de proteção especial, como os adolescentes que estão em cumprimento de medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional. A situação de tais adolescentes é motivo de preocupação, uma vez que já existiam, previamente ao cenário pandêmico atual, déficits nesse sistema que podem ser alvo de agravamento, destacando-se, a título de exemplo, os fatores de superlotação e de insuficiência de produtos de higiene pessoal.

Nesse sentido, observa-se a necessidade de compreender como essa situação de saúde pública irá repercutir no sistema socioeducativo a fim de evitar e/ou de minorar a propagação da Covid-19 entre adolescentes privados de liberdade. Ressalta-se que esses adolescentes estão sob a tutela do Estado, sendo dever deste, portanto, assegurar que fiquem a salvo do risco de contágio e preservem a sua saúde.

Para tanto, será realizado um estudo teórico, visando abordar, em um primeiro momento, as particularidades do adolescente em conflito com a lei e a medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em seguida, faz-se basilar a análise das medidas preventivas propostas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao Judiciário, das decisões tomadas, em caráter de urgência, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) quanto à sua atuação e das recomendações realizadas pela

¹ Especialista em Neuropsicologia pela Universidade de Araraquara (UNIARA). Especialista em Avaliação e Diagnóstico Psicológico pela Faculdade Meridional (IMED). Graduada em Psicologia pela Faculdade Meridional (IMED). Psicóloga na Prefeitura Municipal de Marau. E-mail: arielefl@outlook.com.

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio CAPES. Especialista em Direito Público pela FMP-RS. Especialista em Ciências Criminais pela FMP-RS. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela IMED. Graduada em Direito pela IMED. Advogada. E-mail: arianefaverzani@outlook.com.

³ Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) com auxílio CAPES. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Docente no Centro de Ensino Superior Riograndense (CESURG). E-mail: jana_fl@hotmail.com.

Organização Mundial de Saúde (OMS) a respeito da Covid-19. Ao mesmo tempo, pretende-se contextualizar as repercussões dessas mudanças com os desafios presentes no regime de restrição de liberdade e com a condição peculiar de desenvolvimento dos adolescentes.

1. O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

A adolescência é uma fase complexa e dinâmica, marcada por inúmeras transformações físicas, psicológicas, cognitivas e sociais necessárias para a estruturação da personalidade e da identidade, sendo, por essa razão, considerada um período de crise e de conflito. Erikson⁴, ao propor a sua teoria, alude que o desenvolvimento psicossocial abrange uma série de etapas, iniciadas na infância e finalizadas na velhice, nas quais os indivíduos vivenciam a ocorrência de variadas crises.

É no quinto estágio do desenvolvimento psicossocial, caracterizado pela emergência da puberdade, que se atribui a busca pela formação da identidade em contraposição à confusão de identidade. Para Erikson⁵, a resolução satisfatória dessa etapa desenvolvimental permitirá ao adolescente se tornar um adulto com clareza sobre a sua singularidade e sobre o papel que irá desempenhar socialmente. Todavia, caso haja o insucesso, o adolescente poderá adquirir um senso de identidade psicossocial dissociado.

Blos⁶ ressalta também que, à medida que vão crescendo, tanto o menino quanto a menina, direcionam-se, com maior vigor, para o objeto extrafamiliar libidinoso, isto é, para o processo genuíno de separação dos primeiros laços objetivos. Nessa idade, os valores, as amizades e o relacionamento com os pais assumem novos significados, distantes dos que predominaram nas fases anteriores do desenvolvimento. Os adolescentes passam a buscar relações mais igualitárias que contrastam com as relações hierárquicas encontradas na família⁷.

Aberatury e Knobel⁸ referem sobre a importância da elaboração de três lutos básicos, sendo eles: luto pelo corpo, pela identidade e pelos pais infantis. O primeiro luto ocorre com a perda do corpo infantil; o segundo, com o rompimento da relação de dependência com os pais; e,

⁴ ERIKSON, Erik H. **Infância e Sociedade**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 1987.

⁵ ERIKSON, Erik H. **Infância e Sociedade**.

⁶ BLOS, Peter. **Adolescência: uma interpretação psicanalítica**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.

⁷ HUTZ, Claudio Simon; BARDAGIR, Marúcia Patta. Indecisão profissional, ansiedade e depressão na adolescência: a influência dos estilos parentais. **Psico-USF**, v. 11, n. 1, p. 65-73. 2006.

⁸ ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Mauricio. **Adolescência normal: um enfoque psicanalítico**. Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1981.

o último luto, com a mudança da imagem idealizada dos pais. De acordo com Knobel⁹, “na medida em que tenha elaborado os lutos, que são em última instância os que levam à identificação, o adolescente verá seu mundo interno mais fortificado”.

Observa-se, assim, que a ideologia dominante na sociedade acerca do adolescente tende a avaliá-lo como um ser em constante desenvolvimento e em conflito, uma vez que “atravessa uma crise que se origina basicamente em mudanças corporais, outros fatores pessoais e conflitos familiares. E, finalmente, é considerado ‘maduro’ ou ‘adulto’ quando bem adaptado à estrutura da sociedade”¹⁰. Tal conceituação, embora relevante, pode, por vezes, estigmatizar a imagem do adolescente, sendo necessário, portanto, ir além do já conhecido, contemplando as evoluções e as peculiaridades dessa importante fase.

A apresentação de teorias que não se reduzem a aspectos psíquicos e somáticos, bem como que não ressaltem à imposição de determinados valores e conceitos proporcionará não apenas a adoção de uma postura questionadora, mas também uma atitude focada e ativa diante das transformações sociais. Essa nova perspectiva se faz salutar quando se pretende analisar as variadas conflitivas e situações que colocam o adolescente em cenários distintos e divergentes ao curso até então esperado para a adolescência.

Nesse ínterim, convém destacar o envolvimento de adolescentes em condutas perigosas e inadequadas, como o registro da prática de um ato infracional em sua biografia. A existência de elementos prévios ao ato infracional tende a auxiliar na compreensão desse fenômeno na adolescência, haja vista que as dimensões da violência se estabelecem ao longo de uma trajetória multifacetada e culturalmente construída.

Waiselfisz¹¹, ao apresentar o mapa da violência, considerando como base o ano de 2013, revela que nesse período 48,2% das mortes de jovens de 17 anos teve como causa o homicídio, bem como que a maioria das vítimas é negra e possui um nível de escolaridade inferior para a idade. Nesse sentido, observa-se que os adolescentes envolvidos com a violência não podem ser analisados apenas sob o viés da autoria, tendo em vista que são as maiores vítimas de crimes violentos. Esse quadro também evidencia que as situações de violência e de negligência em geral sofridas por crianças e adolescentes não costumam mobilizar a sociedade tão intensamente quando comparadas às situações em que os menores ocupam a posição de autores e ganham

⁹ KNOBEL, Mauricio. A síndrome da adolescência normal. In: ABERASTURY, Arminda; Knobel, Mauricio (Orgs.), **Adolescência normal: um enfoque psicanalítico**. Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1981. p. 24-62. p. 28.

¹⁰ BECKER, Daniel. **O que é adolescência?** São Paulo, SP: Editora Brasiliense, 2017. p. 4.

¹¹ WAISELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília, DF: Flacso Brasil, 2015.

maior visibilidade¹².

O discurso da mídia é um fator que dissemina a estigmatização da violência cometida por adolescentes. Segundo Espíndula, Aranzedo, Trindade, Menandro, Bertollo e Rölke¹³, “como consequência, há a defesa de práticas mais rígidas como medidas preventivas, tais como a redução da maioridade penal para 16 anos, além de um prazo maior de internação, com aplicação de medidas semelhantes às aplicadas aos adultos”. A busca por soluções diante da problemática do adolescente em conflito com a lei deve ser objeto de discussão, no entanto esta necessita considerar, precipuamente, o enredo em volta desse fenômeno, o qual apresenta características intrínsecas, mas também extrínsecas associadas a déficits de diversas ordens.

A questão dos adolescentes em conflito com a lei transmite a problemática social e “a degradação desses jovens que, na sua maioria, antes de conhecerem a criminalidade, sobreviviam numa situação de extrema carência afetiva, educacional e material, sendo precariamente socializados”¹⁴. Por conseguinte, “o ato infracional é desenvolvido em meio a uma série de privações e, ao mesmo tempo, aparece como um desafio à ordem excludente estabelecida pela sociedade”¹⁵.

Silva, Farias, Silves e Arantes¹⁶ mencionam que “por vezes, o ato infracional acontece isoladamente, mas em geral procede de uma história construída ao longo da vida do adolescente”. Dentre os fatores de proteção que evitam o envolvimento de adolescentes em condutas ilícitas, destacam-se a existência de uma família com adequados níveis de saúde psíquica e material, uma escola atuante e um grupo de amigos que exerça influência positiva.

Segundo Nardi e Dell’Aglío¹⁷, “as práticas educativas parentais ineficazes seriam os primeiros determinantes do comportamento antissocial”. Essas famílias apresentam, geralmente,

¹² LEAL, Denise Maria; MACEDO, João Paulo. A Penalização da Miséria no Brasil: os adolescentes “em conflito com a lei”. **Textos & Contextos**, v. 16, n. 1, p. 128-141. 2017.

¹³ ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira; ARANZEDO, Alexandre Cardoso; TRINDADE, Zeidi Araújo; MENANDRO, Maria Cristina Smith; BERTOLLO, Milena; RÖLKE, Rafaela Kerckhoff. “Perigoso e violento”: representações sociais de adolescentes em conflito com a lei em material jornalístico. **PSIC-Revista de Psicologia da Vetor Editora**, v. 7, n. 2, p. 11-20. Jul./dez. 2006. p. 19.

¹⁴ ESTEVAM, Ionara Dantas; COUTINHO, Maria da Penha de Lima; ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de. Os desafios da prática socioeducativa de privação de liberdade em adolescentes em conflito com a lei: ressocialização ou exclusão social? **Psico**, v. 40, n. 1, p. 64-72. 2009. p. 65.

¹⁵ CHIMIN JUNIOR, Alides; SILVA, Joseli Maria. Espaço, atos infracionais e a criação social dos adolescentes em conflito com a lei. **Revista Latino-americana de Geografia e Gênero**, v. 1, n. 2, p. 295-308. 2010. p. 302.

¹⁶ SILVA, Maria Delfina Farias Dias Tavares; FARIAS, Maria Aznar; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos; ARANTES, Mariana Castro. Adversidade familiar e problemas comportamentais entre adolescentes infratores e não-infratores. **Psicologia em Estudo**, v. 13, n. 4, p. 791-798. 2008. p. 792.

¹⁷ NARDI, Fernanda Lüdke; DELL’AGLIO, Débora Dalbosco. Adolescentes em conflito com a lei: percepções sobre a família. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 28, n. 2, p. 181-192. 2012. p. 182.

relações hierárquicas igualitárias, indicando ausência de fronteiras, ou extremamente rígidas, evidenciando restrito espaço para a individualidade e para a opinião pessoal, com supremacia do poder e do domínio dos pais sobre os filhos. Tais modelos exemplificativos de relacionamento familiar obstruem um saudável desenvolvimento de crianças e de adolescentes, ensejando consequências negativas que podem favorecer o surgimento de situações de risco.

Cabe ressaltar, de igual modo, que a responsabilidade pelos adolescentes, principalmente por aqueles que se encontram em conflito com a lei, não é somente da família, pois se a instituição familiar é a base da sociedade, esta deve ser, portanto, amparada pelo Estado, conforme prevê o artigo 226 da Constituição Federal¹⁸. Desse modo, a combinação de variadas condições, como “a desestruturação da família, os fatores econômicos, a banalização das relações e a crise de valores na sociedade também podem contribuir para o aumento do número de jovens em conflito com a lei”¹⁹. O adolescente que comete um ato infracional deseja fazer parte da sociedade – característica esta que é comum à fase da adolescência – no entanto, diante das dificuldades de acesso aos bens de consumo e de alcance do reconhecimento social, a criminalidade se mostra como um caminho atrativo para a afirmação de sua identidade²⁰.

Esse cenário revela a necessidade de se refletir acerca do papel e das responsabilidades de todos os atores envolvidos no acompanhamento desses adolescentes e de suas famílias, abrangendo tanto o judiciário quanto o executivo, visto que as suas ações são (ou pelo menos deveriam ser) complementares e articuladas, não havendo motivos para a existência de um à revelia de outro. Logo, a intervenção junto aos adolescentes e às famílias em contexto de vulnerabilidade deve se pautar em marcos sociais, legais e culturais, com as devidas adequações às particularidades de cada caso, de cada adolescente, de cada família, de cada comunidade e assim por diante²¹.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

¹⁹ EINLOFT, Daniele; SILVA, Paula Doeber da; MIRANDA, Nice de Neves. A problemática do ato infracional e a realidade do adolescente interno no Centro de Atendimento Socioeducativo de Santa Maria – RS. **Disciplinarum Scientian**, v. 11, n. 1, p. 105-116. 2010. p. 106.

²⁰ ZAPPE, Jana Gonçalves; RAMOS, Nara Vieira. Perfil de adolescentes privados de liberdade em Santa Maria/RS. **Psicologia & Sociedade**, v. 22, n. 2, p. 365-373. 2010.

²¹ JACOBINA, Olga Maria Pimentel. **Filhos do Brasil: da (des)proteção ao ato infracional**. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica). Instituto de Psicologia. Universidade de Brasília. Brasília, 2011.

2. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) E A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PARA ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA²² instituiu o sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes baseado na Doutrina da Proteção Integral. Segundo Costa²³, um dos responsáveis pela elaboração do ECA, a sua inauguração gerou uma completa transformação nos direitos das crianças e adolescentes, no Brasil, introduzindo um novo paradigma que possibilitou ao até então menor atingir a condição de cidadão. Esse avanço no *status* das crianças e dos adolescentes ocorreu a partir de intensos debates e envolveu um processo contínuo de construção de direitos.

As alterações abarcaram desde a forma de organização da rede de proteção, como a inclusão da participação popular, do papel do Ministério Público na defesa de direitos e da municipalização das políticas sociais, até os procedimentos legais a serem adotados para o adolescente que comete um ato infracional, como o devido processo legal, o contraditório e a responsabilização penal juvenil²⁴.

Ao produzir discussões a respeito das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei, o ECA redirecionou a atenção oferecida a esse grupo que, além de se encontrar em uma fase peculiar de desenvolvimento, apresenta como complemento a prática de um ato infracional, isto é, de uma conduta descrita como crime ou contravenção penal²⁵. O cometimento de atos infracionais por adolescentes se caracteriza por envolver uma série de fatores relacionados à vivência de situações de violência e de negligência em contextos interacionais, bem como por abranger um período importante de desenvolvimento da personalidade. Assim, considerando essas particularidades, foram estabelecidas as medidas socioeducativas como forma de responsabilizar o adolescente pela prática de ato infracional, incentivando a reparação e a integração social.

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), as medidas socioeducativas se organizam de acordo com as circunstâncias e a gravidade e levam em consideração a capacidade de cada adolescente de cumpri-las. Também devem garantir a possibilidade de superação de sua condição

²² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

²³ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De menor à cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília, DF: CBIA – Ministério da Ação Social, 1991.

²⁴ LEAL, Denise Maria; MACEDO, João Paulo. A Penalização da Miséria no Brasil: os adolescentes “em conflito com a lei”. **Textos & Contextos**, v. 16, n. 1, p. 128-141. 2017.

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

de excluído por meio do acesso a programas e serviços que estimulem a sua reinserção na sociedade. Para tanto, os programas e serviços devem abranger um conjunto de ações governamentais e não governamentais, a atuação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, as diretrizes de municipalização do atendimento e de descentralização político-administrativa, bem como a integração operacional de órgãos da Justiça, da Segurança Pública e da Assistência Social, a participação da família e a realização de atividades externas²⁶.

Dentre as seis medidas que podem ser aplicadas após se verificar a ocorrência de um ato infracional, encontra-se a de internação em estabelecimento educacional, a qual está sujeita aos princípios de brevidade, de excepcionalidade e de respeito à condição do adolescente em desenvolvimento²⁷. Assim, em virtude do caráter da medida, o Estado deve zelar pela integridade física e mental dos jovens, uma vez que implica a privação de um de seus direitos fundamentais, qual seja a liberdade.

A privação da liberdade é um dos piores sofrimentos pelos quais um indivíduo pode ser submetido, especialmente um adolescente que se encontra em um período crítico de crescimento. Por isso, “a internação é a medida socioeducativa aplicada em último caso, quando nenhuma das outras medidas socioeducativas conseguiu sucesso ou quando a infração praticada é considerada como grave ameaça ou violência à pessoa”²⁸. Segundo o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE²⁹, “para que se assegure o seu direito de cidadania e os danos não sejam ainda maiores, a entidade e/ou programa de atendimento deve garantir que o adolescente tenha acesso aos seus demais direitos”.

Nesse sentido, foi proposto o Plano Individual de Atendimento (PIA), o qual busca considerar as especificidades de cada adolescente, especialmente em relação à sua condição peculiar de desenvolvimento. Dentre as suas funções primordiais se destacam a garantia do acesso aos direitos fundamentais elencados no ECA e a promoção da individualização da medida, tornando possível a participação do adolescente e de sua família, juntamente da equipe técnica, na elaboração do plano³⁰.

²⁶ VOLPI, Mario. O adolescente e o ato infracional. São Paulo, SP: Cortez Editora, 2010.

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

²⁸ SOUZA, Luana Alves de; COSTA, Liana Fortunato. Aspectos institucionais na execução da medida socioeducativa de internação. **Psicologia Política**, v. 12, n. 24, p. 231-245. 2012. p. 233.

²⁹ BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Brasília, DF: Conanda, 2006. p. 51.

³⁰ MOREIRA, Jaqueline de Oliveira; ALBUQUERQUE, Bruna Simões de; ROCHA, Bianca Ferreira; ROCHA, Paula Melgaço da; VASCONCELOS, Maria Aparecida Marques. Plano Individual de Atendimento (PIA) na perspectiva dos técnicos da Semiliberdade. **Serviço Social e Sociedade**, v. 122, p. 341-356. 2015.

Ferrão, Silva e Dias³¹ salientam que as Medidas Socioeducativas (MSE) apresentam um duplo caráter, pois ao mesmo tempo em que é retributiva, isto é, constitui-se em uma sanção do Estado a quem transgrediu as suas normas, também é socioeducativa, ou seja, reveste-se de um caráter pedagógico com a finalidade de assegurar a ressocialização. Neste sentido, “as medidas socioeducativas têm o objetivo de responsabilizar o adolescente que cometeu ato infracional, mas também é uma tentativa constante de superar a sua condição de exclusão, bem como agregar valores éticos imprescindíveis à vida em sociedade”³².

As unidades de internação devem trabalhar, portanto, com o conceito de educação e não somente com o conceito de punição para que o adolescente possa ser reinserido na sociedade, bem como se manter afastado de (novas) situações de risco. Para tanto, devem buscar a efetivação de um conjunto de práticas pedagógicas, articulado a uma rede de serviços existente na comunidade próxima ao estabelecimento educacional executor da medida, almejando a integração social, conforme preconizam os princípios da socioeducação³³.

3. AS MEDIDAS PREVENTIVAS PROPOSTAS PELO JUDICIÁRIO E AS RECOMENDAÇÕES REALIZADAS POR ÓRGÃOS DE SAÚDE

Em 2014, de acordo com o Levantamento Anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), o Brasil possuía 16.902 adolescentes cumprindo medida de internação³⁴, operando, comumente, em regime de superlotação. Os dados de 2011, da Secretaria de Direitos Humanos – SDH³⁵, já registravam um aumento de 4,5%, atingindo a marca de 12.041 adolescentes em conflito com a lei unidades de internação naquele ano.

O processo socioeducativo assume, portanto, um papel fundamental para a mudança desse cenário, na medida em que apresenta a possibilidade de ressignificar a história dos adolescentes privados de liberdade, minorando os níveis de reincidência e de exposição a situações de risco.

³¹ FERRÃO, Iara da Silva; SILVA, Samara Santos; DIAS, Ana Cristina Garcia. Ato infracional e justiça restaurativa: aliando o foco da responsabilização à restauração do conflito nas práticas socioeducativas. *Revista do Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*, v.1, p. 1-14. 2013.

³² LAGO, Jaqueline. Adolescência, infração e serviço social. *Revista Tecer*, v. 3, n. 4, p. 48-60. 2010. p. 54.

³³ MOREIRA, Dirceia; GURALH, Soeli Andrea. A medida socioeducativa de internação e as possibilidades de emancipação do socioeducando. In: COSTA, L. C. (Org.), *Estado e democracia: pluralidade de questões*. Ponta Grossa, PR: Editora UEPG, 2008. p. 117-120.

³⁴ BRASIL. *Levantamento Anual SINASE 2014*. Brasília, DF: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

³⁵ BRASIL. *Levantamento nacional do atendimento socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei*. Brasília, DF: Secretaria dos Direitos Humanos, 2011.

Gonçalves e Garcia³⁶ apontam que um dos principais desafios consiste na superação de uma cultura política estigmatizante associada ao adolescente autor de ato infracional que exige o seu banimento do convívio social em uma espécie de higienização social.

A realidade da internação no sistema socioeducativo frequentemente é alvo de críticas, uma vez que, segundo Costa³⁷, além de privar os adolescentes de sua liberdade, gera a privação de outros direitos fundamentais, como o respeito, a dignidade, a privacidade e a integridade física, psicológica e moral. Como consequência, observa-se a ocorrência de rebeliões, de motins e de aumento dos índices de reincidência, os quais revelam as dificuldades de efetivação dos direitos previstos nos textos legais³⁸.

Um estudo realizado pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP) e pela Ordem dos Advogados do Brasil³⁹, após a inspeção de unidades de internação em 22 estados brasileiros, indicou que a maioria delas se encontrava superlotadas, com instalações físicas precárias, com oferta irregular de escolarização e de profissionalização e com déficits de profissionais para atendimento jurídico e de saúde. Outro aspecto que chamou a atenção foi o considerável número de denúncias de maus-tratos físicos e psicológicos nas unidades.

Conforme aponta Oliveira⁴⁰, as precariedades e as irregularidades encontradas nas unidades de internação para adolescentes contribuem, diretamente, no trabalho socioeducativo a ser realizado, ocasionando uma escalada de dificuldades, como o enfraquecimento de vínculos; a ampliação de conflitos entre grupos rivais; a combinação de adolescentes com perfis opostos em termos de idade, de compleição física e de gravidade da infração; o comprometimento do atendimento técnico; e, a degradação das condições de trabalho, entre outros fatores. Por conseguinte, a intervenção, pouco a pouco, deixa de se pautar em aspectos pedagógicos e sociais para se direcionar, unicamente, à punibilidade.

O Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei, realizado em 2011, já evidenciava o desrespeito aos pressupostos legais do ECA, relacionados à violência psicológica, a maus-tratos, à negligência, a ambientes insalubres e a

³⁶ GONÇALVES, Hebe Signorini; GARCIA, Joana. Juventude e sistema de direitos no Brasil. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 27, n. 3, p. 538-553. 2007.

³⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Os regimes de atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente**: perspectivas e desafios. Brasília, DF: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

³⁸ ZAPPE, Jana Gonçalves; FERRÃO, Iara da Silva; SANTOS, Cristiane Rosa dos; SILVEIRA, Katia Simone da Silva; COSTA, Lizinara Pereira da; SIQUEIRA, Thatiane Veiga. A internação de adolescentes em conflito com a lei: uma reflexão teórica sobre o sistema socioeducativo brasileiro. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, v. 5, p. 112-133. 2011.

³⁹ BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Brasília, DF: Conanda, 2006.

⁴⁰ OLIVEIRA, Carmen Silveira de. **Sobrevivendo no inferno**: a violência juvenil na contemporaneidade. Porto Alegre, RS: Sulina, 2001.

condições de trabalho inadequadas⁴¹. Observa-se, assim, que os problemas nas unidades de internação não se constituem em um fenômeno recente, haja vista a sua manutenção e, por vezes, regressão ao longo dos anos, acompanhando os desafios impostos à sociedade.

No presente, com o surgimento da Covid-19, as condições de confinamento voltaram a ser alvo de discussão, uma vez que podem provocar o agravamento da qualidade de vida e da saúde física e mental dos adolescentes em privação de liberdade. A Política Nacional de Atenção à Saúde Integral de Adolescentes em Conflito com a Lei estabelece alguns critérios a fim de organizar a saúde no sistema socioeducativo de acordo com os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), destacando-se a realização de ações educativas, de assistência à saúde, de imunização e de atendimento em saúde bucal, mental, sexual e reprodutiva, entre outras estratégias de cuidado⁴².

A partir da declaração pública de situação de pandemia acerca do novo coronavírus por parte da Organização Mundial de Saúde – OMS⁴³, órgãos da Justiça, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), emitiram recomendações para os Tribunais e para os magistrados no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo com o objetivo de prevenir a infecção pela Covid-19. O alto potencial de transmissibilidade e a necessidade de adotar medidas preventivas foram alguns dos aspectos considerados na elaboração das recomendações do CNJ e do CNMP.

A Recomendação nº 62/2020 do CNJ⁴⁴ buscou orientar Tribunais e magistrados, considerando a importância de manter a saúde de pessoas privadas de liberdade, uma vez que a ocorrência de contaminação nos sistemas prisional e socioeducativo produziria impactos significativos na segurança e na saúde pública, extrapolando os limites internos dos estabelecimentos. Além disso, a recomendação supracitada estabeleceu procedimentos e regras a fim de reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde dos agentes públicos, das pessoas privadas de liberdade e dos visitantes.

Assim, fatores como aglomeração de pessoas, insalubridade das unidades, dificuldades para garantir os procedimentos mínimos de higiene e de isolamento rápido dos sintomáticos,

⁴¹ BRASIL. Levantamento nacional do atendimento socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei.

⁴² BRASIL. Política nacional de atenção integral à saúde de adolescentes em conflito com a Lei: normas e reflexões. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2015.

⁴³ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Principais informações. **Organização Pan-Americana da Saúde**, 2 dez. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 27 maio 2020.

⁴⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 [...]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

insuficiência de equipes de saúde, entre outros, foram analisados para assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para as pessoas privadas de liberdade. Convém ressaltar que os adolescentes em conflito com a lei receberam uma atenção especial ao ser recomendado aos magistrados das Varas da Infância e da Juventude a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões de internação provisória, especialmente em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade, e que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento⁴⁵.

Aos magistrados também foi recomendado a adoção de providências para reduzir os riscos epidemiológicos, observando-se as características do contexto local, como a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, a avaliação de concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto e de concessão de prisão domiciliar aos que cumprem pena em regime aberto e semiaberto, sobretudo se for um caso suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante o relatório da equipe de saúde e constatada a ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal⁴⁶. Além disso, orientou-se quanto à realização de audiências por videoconferência nas hipóteses em que haja essa possibilidade.

Uma indicação também é direcionada à fiscalização dos estabelecimentos prisionais e das unidades socioeducativas a fim de que os magistrados zelem pela elaboração e pela implementação de um plano de contingências por parte do Poder Executivo, o qual compreenda a realização de campanhas educativas sobre a Covid-19, o procedimento de triagem pelas equipes de saúde nas entradas de unidades prisionais e socioeducativas, a adoção de medidas preventivas de higiene, o fornecimento de equipamentos de proteção individual para os agentes públicos da administração penitenciária e socioeducativa, entre outros. De mesmo modo, quanto às regras de visitação nesses estabelecimentos, deverão ser observados, preferencialmente, os seguintes aspectos: comunicação prévia ao juízo competente, obrigatoriedade de higienização, proibição da entrada de visitantes que apresentem sintomas associados à Covid-19, adoção prioritária do fracionamento da visitação em diferentes dias e horários e previsão de medidas alternativas compensatórias às restrições de visitas⁴⁷.

Essas medidas preventivas têm como foco atuar na proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados e de todos os servidores e agentes públicos que

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.

⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.

integram os sistemas de justiça penal, prisional e socioeducativo⁴⁸. Também buscam acolher as indicações do Ministério da Saúde que, ao informar as formas de transmissão e os sintomas da Covid-19⁴⁹, demandam a redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas e a restrição de interações físicas.

O CNMP, seguindo o mesmo entendimento do CNJ e considerando a oitiva informal de adolescentes aos quais se impute a prática de ato infracional, bem como a importância de assegurar condições para a continuidade da atuação do Ministério Público, instruiu, por meio da Recomendação nº 71/2020, que as oitivas informais de adolescentes sejam realizadas por videoconferência, abstendo-se de contato presencial para tais atos⁵⁰. Ainda, a Resolução nº 208/2020 suspendeu, de forma excepcional e em caráter de urgência, a vigência de prazos para inspeções e fiscalizações realizadas por membros do Ministério Público⁵¹.

Com tais recomendações, os órgãos de justiça buscam atender as demandas do cenário pandêmico atual e acolher as disposições da OMS. Em se tratando especificamente dos adolescentes que se encontram em unidades de internação, as deliberações do CNJ e do CNMP almejam a preservação da saúde dos internos, em conformidade com os preceitos estabelecidos no ECA, e a minoração das dificuldades, usualmente, presentes no cotidiano das unidades que, diante da Covid-19, podem se acentuar e trazer significativos prejuízos sociais. A sua efetividade ainda é um tema a se discutir, dada a atualidade das recomendações, no entanto não se pode desconfigurar a importância de tais medidas preventivas para a garantia da proteção integral dos adolescentes em conflito com a lei privados de liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 exigiu mudanças na disposição de variados setores e serviços da sociedade, especialmente para garantir a proteção de grupos específicos. A condição de privação de liberdade em adolescentes os torna mais vulneráveis, tendo em vista as características e as carências encontradas nas unidades de internação, destacando-se como agravantes para

⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.

⁴⁹ BRASIL. **Tem dúvidas sobre o Coronavírus?** O Ministério da Saúde te responde! Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020.

⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação nº 71, de 18 de março de 2020.** Recomenda aos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 [...]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-71.2020.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

⁵¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 208, de 13 de março de 2020.** Suspende a vigência de dispositivos de Resoluções expedidas por este Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-208.2020.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

contaminação a superlotação e a insuficiência de recursos de higiene.

As situações inadequadas e irregulares nas unidades de internação para adolescentes em conflitos com a lei não podem ser definidas como uma novidade no contexto atual, pois já existam previamente ao surgimento da Covid-19. Todavia, quando ocorre a união desses dois fenômenos prejudiciais à saúde e ao desenvolvimento dos adolescentes, torna-se precípua a atuação de órgãos do judiciário, uma vez que o sistema socioeducativo está sujeito às suas deliberações.

Por conseguinte, o CNJ e o CNMP emitiram recomendações, visando proteger e assegurar a saúde coletiva nos âmbitos judiciário, prisional e socioeducativo. As medidas preventivas e contingenciais buscam atender as indicações da Organização Mundial de Saúde (OMS) quanto à forma de transmissão e aos sintomas prevalentes do vírus, promovendo a redução dos riscos epidemiológicos, além de resguardar a continuidade da prestação jurisdicional, observando os direitos e as garantias individuais. Se essas medidas serão eficazes contra a Covid-19, ainda cabe analisar o seu transcurso, que se encontra em plena ascensão; entretanto, a relevância das recomendações deve ser exaltada, haja vista que sinaliza o compromisso da justiça com os direitos fundamentais e a proteção integral dos adolescentes, a despeito do cometimento de um ato infracional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABERASTURY, Arinda; KNOBEL, Mauricio. **Adolescência normal**: um enfoque psicanalítico. Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1981.

BECKER, Daniel. **O que é adolescência?** São Paulo, SP: Editora Brasiliense, 2017.

BLOS, Peter. **Adolescência**: uma interpretação psicanalítica. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Direitos Humanos**: um retrato das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2006.

BRASIL. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**. Brasília, DF: Conanda, 2006.

BRASIL. **Levantamento nacional do atendimento socioeducativo ao adolescente em conflito com a lei**. Brasília, DF: Secretaria dos Direitos Humanos, 2011.

BRASIL. **Política nacional de atenção integral à saúde de adolescentes em conflito com a Lei: normas e reflexões**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2015.

BRASIL. **Levantamento Anual SINASE 2014**. Brasília, DF: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

BRASIL. **Tem dúvidas sobre o Coronavírus? O Ministério da Saúde te responde!** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020.

CHIMIN JUNIOR, Alides; SILVA, Joseli Maria. Espaço, atos infracionais e a criação social dos adolescentes em conflito com a lei. **Revista Latino-americana de Geografia e Gênero**, v. 1, n. 2, p. 295-308. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 [...]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação nº 71, de 18 de março de 2020**. Recomenda aos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 [...]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-71.2020.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 208, de 13 de março de 2020**. Suspende a vigência de dispositivos de Resoluções expedidas por este Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-208.2020.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De menor à cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília, DF: CBIA – Ministério da Ação Social, 1991.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Os regimes de atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente**: perspectivas e desafios. Brasília, DF: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

EINLOFT, Daniele; SILVA, Paula Doeber da; MIRANDA, Nice de Neves. A problemática do ato infracional e a realidade do adolescente interno no Centro de Atendimento Socioeducativo de

Santa Maria – RS. **Disciplinarum Scientian**, v. 11, n. 1, p. 105-116. 2010.

ERIKSON, Erik H. **Infância e Sociedade**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 1987.

ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira; ARANZEDO, Alexandre Cardoso; TRINDADE, Zeidi Araújo; MENANDRO, Maria Cristina Smith; BERTOLLO, Milena; RÖLKE, Rafaela Kerckhoff. “Perigoso e violento”: representações sociais de adolescentes em conflito com a lei em material jornalístico. **PSIC-Revista de Psicologia da Vetor Editora**, v. 7, n. 2, p. 11-20. Jul./dez. 2006.

ESTEVAM, Ionara Dantas; COUTINHO, Maria da Penha de Lima; ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de. Os desafios da prática socioeducativa de privação de liberdade em adolescentes em conflito com a lei: ressocialização ou exclusão social? **Psico**, v. 40, n. 1, p. 64-72. 2009.

FERRÃO, Iara da Silva; SILVA, Samara Santos; DIAS, Ana Cristina Garcia. Ato infracional e justiça restaurativa: aliando o foco da responsabilização à restauração do conflito nas práticas socioeducativas. **Revista do Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa**, v.1, p. 1-14. 2013.

GONÇALVES, Hebe Signorini; GARCIA, Joana. Juventude e sistema de direitos no Brasil. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 27, n. 3, p. 538-553. 2007.

HUTZ, Claudio Simon; BARDAGIR, Marúcia Patta. Indecisão profissional, ansiedade e depressão na adolescência: a influência dos estilos parentais. **Psico-USF**, v. 11, n. 1, p. 65-73. 2006.

JACOBINA, Olga Maria Pimentel. **Filhos do Brasil: da (des)proteção ao ato infracional**. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica). Instituto de Psicologia. Universidade de Brasília. Brasília, 2011.

KNOBEL, Mauricio. A síndrome da adolescência normal. *In*: ABERASTURY, Arminda; Knobel, Mauricio (Orgs.), **Adolescência normal: um enfoque psicanalítico**. Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1981. p. 24-62.

LAGO, Jaqueline. Adolescência, infração e serviço social. **Revista Tecer**, v. 3, n. 4, p. 48-60. 2010.

LEAL, Denise Maria; MACEDO, João Paulo. A Penalização da Miséria no Brasil: os adolescentes “em conflito com a lei”. **Textos & Contextos**, v. 16, n. 1, p. 128-141. 2017.

MOREIRA, Dirceia; GURALH, Soeli Andrea. A medida socioeducativa de internação e as possibilidades de emancipação do socioeducando. *In*: COSTA, L. C. (Org.), **Estado e democracia: pluralidade de questões**. Ponta Grossa, PR: Editora UEPG, 2008. p. 117-120.

MOREIRA, Jaqueline de Oliveira; ALBUQUERQUE, Bruna Simões de; ROCHA, Bianca Ferreira; ROCHA, Paula Melgaço da; VASCONCELOS, Maria Aparecida Marques. Plano Individual de

Atendimento (PIA) na perspectiva dos técnicos da Semiliberdade. **Serviço Social e Sociedade**, v. 122, p. 341-356. 2015.

NARDI, Fernanda Lüdke; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco Adolescentes em conflito com a lei: percepções sobre a família. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 28, n. 2, p. 181-192. 2012.

OLIVEIRA, Carmen Silveira de. **Sobrevivendo no inferno: a violência juvenil na contemporaneidade**. Porto Alegre, RS: Sulina, 2001.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Principais informações. **Organização Pan-Americana da Saúde**, 2 dez. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 27 maio 2020.

SILVA, Maria Delfina Farias Dias Tavares; FARIAS, Maria Aznar; SILVARES, Edwiges Ferreira de Mattos; ARANTES, Mariana Castro. Adversidade familiar e problemas comportamentais entre adolescentes infratores e não-infratores. **Psicologia em Estudo**, v. 13, n. 4, p. 791-798. 2008.

SOUZA, Luana Alves de; COSTA, Liana Fortunato. Aspectos institucionais na execução da medida socioeducativa de internação. **Psicologia Política**, v. 12, n. 24, p. 231-245. 2012.

VOLPI, Mario. O adolescente e o ato infracional. São Paulo, SP: Cortez Editora, 2010.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília, DF: Flacso Brasil, 2015.

ZAPPE, Jana Gonçalves; FERRÃO, Iara da Silva; SANTOS, Cristiane Rosa dos; SILVEIRA, Katia Simone da Silva; COSTA, Lizinara Pereira da; SIQUEIRA, Thatiane Veiga. A internação de adolescentes em conflito com a lei: uma reflexão teórica sobre o sistema socioeducativo brasileiro. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, v. 5, p. 112-133. 2011.

ZAPPE, Jana Gonçalves; RAMOS, Nara Vieira. Perfil de adolescentes privados de liberdade em Santa Maria/RS. **Psicologia & Sociedade**, v. 22, n. 2, p. 365-373. 2010.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA FALTA DE COMUNICAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS EM TEMPOS DE COVID-19

Érico Antônio Pereira Santos¹

Ronaldo Elias²

Filipe Bianchi Cunha³

INTRODUÇÃO

Parafraseando o professor SARLET “a análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é, de per si, um tema fascinante e justificaria plenamente a realização de curso inteiro e a redação de diversas monografias e teses”⁴. Contudo, o objetivo do presente trabalho será bem mais limitado e sucinto, a análise buscará traçar o papel do Poder Judiciário Brasileiro na observância dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e ao princípio do mínimo existencial, diante da desunião comunicacional federalista brasileira, em tempos de Pandemia causada pelo COVID-19.

Verifica-se que, desde que o SARS-CoV-2 foi identificado pela primeira vez, na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei na China⁵, diversos Organismos Internacionais e autoridades de variados países entraram em alerta, preocupando-se com o que viria pela frente. Posteriormente, ocorrendo o que era previsível, o vírus transpassou as barreiras geográficas e rapidamente surge uma pandemia global, que vem causando consequências diversas em todas as áreas e segmentos.

No Brasil não foi diferente, observando-se os dias que se sucederam os primeiros casos do surgimento do COVID-19, até a presente data, verificou-se um salto significativo de casos. Até o dia 24 de maio de 2020 chegava-se a 363.211 casos confirmados e 22.666 óbitos confirmados⁶,

¹ Mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. E-mail 185620@upf.br

² Mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 20254@upf.br

³ Mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 105453@upf.br

⁴ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2018, p. 36.

⁵ Europe Centre for Disease Prevention and Control. Disponível em: www.ecdc.europa.eu/en/covid-19-pandemic. Acessado em 05 de maio de 2020.

⁶ Ministério da Saúde. **Casos Confirmados Coronavírus Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 25 de maio de

ressaltando-se que, os números referem-se apenas para casos notificados.

Consequentemente, o universo do Direito precisou mais do que nunca estar presente, pois cunha a sua finalidade precípua em dirimir e reger as relações emanadas pelos indivíduos que vivem em sociedade, e é daqui que surgirão as observações deste trabalho.

Desde o surgimento dos primeiros casos de COVID-19 no Brasil, tem-se acompanhado pelos noticiários televisivos e pela internet, dentre outros meios de comunicação, inúmeros problemas que vem acometendo a toda a população do país, e, em especial, a camada mais desprovida de recursos. Em nota emitida em 13 de março de 2020, o Ministério da Saúde inaugura o discurso inicial de isolamento social e quarentena, divulgando medidas que já tinham sido reguladas pela Portaria de nº 356, de 11 março de 2020, na qual abordavam-se as primeiras regulamentações operacionais para o enfrentamento da crise⁷.

Constitucionalmente, a competência para gerir a saúde é descentralizada, e, consequentemente, cada região possui problemas distintos, fato que se observou à medida que o vírus foi alcançando os grandes centros até os mais remotos lugares do país.

Conquanto, não bastasse a “*inflação legislativa*”⁸, presente no ordenamento jurídico pátrio, expressão cunhada por Carnelutti para designar o excesso de legislação, presenciou-se a inúmeras edições de medidas provisórias, criação de leis, dentre outros atos normativos, que, salvo exceções, mais criaram embaraços jurídicos e políticos do que resolveram os problemas.

E tal fato foi verificado quando arraigaram-se as discussões políticas entre os entes federativos a respeito de quem possuía competência para tratar de matérias que urgiam, e urgem até o presente momento, de posições lúcidas e unívocas entre os entes federativos, tais como o isolamento e o distanciamento social, o fechamento de estabelecimentos comerciais e industriais, a regulamentação da venda de produtos essenciais e não essenciais, a manutenção dos empregos, a flexibilização da lei de licitações para agilizar o gasto público com produtos de saúde, dentre outros, especialmente diante das diferentes concepções e entendimentos, comprovando a desunião comunicacional entre os entes federativos das três esferas da Federação, o que fez repercutir em uma verdadeira guerra fiscal na busca por recursos para a área da saúde e da economia.

2020.

⁷Ministério da Saúde. **Dados Covid-19 no Brasil**. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46536-saude-regulamenta-condicoes-de-isolamento-e-quarentena,a_ Acesso em: 05 maio 2020.

⁸ CARNELUTTI. Francesco. **Como nasce o direito**. . Editora Pilaes Ltda. São Paulo – SP, 2015, pg. 58.

Justamente diante desse cenário entrou em cena o Poder Judiciário, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, visto que guardião dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, especialmente, a dignidade da pessoa humana e ao princípio do mínimo existencial, que, a par de toda evidência, passou a ter que atuar como verdadeiro árbitro diante das diferentes concepções e posicionamentos ocasionados e impostos pelos entes federativos à população, passando a ter que se posicionar sobre tais conflitos⁹ em curto espaço de tempo para reduzir a complexidade do sistema social em colapso frente a desunião comunicacional já mencionada.

Assim, num primeiro momento deste trabalho, será realizada uma análise da matéria legislativa que disciplinou os direitos fundamentais diante do combate às consequências da pandemia, seja diante das condutas positivas (*um facere*) ou por atos de inércia (*non facere*) por parte do Estado. Com efeito, com o crescimento dos números de casos de COVID-19 no Brasil, pode-se observar atos do Poder Público, nas três esferas federativas, buscando restringir direitos fundamentais sob pretexto de preservação do coletivo em detrimento do individual, seja na área da saúde, seja na área econômica.

Num segundo momento, a par dos atos tomados pelo Poder Público, e tendo em conta principalmente a divergência de posicionamentos entre os entes federativos, especialmente, no âmbito de seus Poderes Executivos, o que acaba por abalar todo o sistema social visto que a população vê seus líderes em total descompasso, pois enquanto o Poder Executivo Federal foca que a proteção social deve ser permeada pela manutenção total dos direitos econômicos, pois mantido o emprego e assim o sustento e a renda dos trabalhadores, os Executivos Estaduais e Municipais, em sua grande maioria, buscam essa proteção por outra via, qual seja, a do estabelecimento de restrições às liberdades de ir e vir dos cidadãos, com medidas de isolamento social, restrições comerciais e transferência de recursos financeiros à área da saúde para evitar o contágio da doença, será feita uma análise de como esta desunião comunicacional afeta a sociedade e o sistema jurídico, sob enfoque da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

Por fim, diante do cenário apresentado buscar-se-á desenvolver, em linhas gerais, o papel do Poder Judiciário Brasileiro na observância dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e ao princípio do mínimo existencial, diante da desunião comunicacional federalista brasileira, em tempos de Pandemia causada pelo COVID-19.

⁹STF. **Imprensa**. Disponível em: ADI 6341 <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>. Acesso em 25 maio 2020>.

Em conclusão, acredita-se que o papel do Poder Judiciário é crucial para buscar o equilíbrio diante das dissonantes posições entre os Poderes Executivos Federais e, assim, reduzir as complexidades sociais em tempos de pandemia mundial.

1. DA MATÉRIA LEGISLATIVA QUE ESTÁ A DISCIPLINAR DIREITOS FUNDAMENTAIS (RESTRICÇÕES) NO COMBATE ÀS CONSEQUÊNCIAS PROVOCADAS PELA PANDEMIA DA COVID-19

Remontando-se a história dos direitos fundamentais, verifica-se que a sua positivação perante as mais variadas Cartas Constitucionais dos países é sem dúvida, um avançado jurídico relevante e grandioso.

Sem ignorar os fatos históricos importantes para se traçar uma trajetória evolutiva dos direitos fundamentais, tais como a Carta Magna na Inglaterra, a Reforma Protestante com a sua luta pela liberdade religiosa, as declarações de direitos inglesas do século XVII, nomeadamente, a *Petition of Rights*, de 1689, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹⁰, dentre outros, fixa-se, portanto, uma observação para o cenário dos direitos fundamentais do pós II Guerra Mundial.

O marco do surgimento dos direitos fundamentais na evolução da humanidade não encontra unanimidade entre os seus estudiosos, e a delimitação temporal é definida de acordo com a corrente cuja qual se filie o estudo, seja pelo posicionamento *jusnaturalista*, ou *juspositivista*. Ressaltando-se que não é oportuno seguir um pensamento filosófico neste momento, descreve-se a evolução dos direitos fundamentais a partir da estruturação e evolução do constitucionalismo moderno.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o declínio do Estado Legislativo impõe uma ruptura naquele modelo positivista que justificou as diversas barbáries praticadas pelo regime nazista, o surgimento de um novo paradigma era iminente, pautado na valoração do homem, a proteção a sua liberdade, a igualdade, a garantia dos direitos do trabalhador, a cidadania, a preservação da dignidade da pessoa humana.

O advento desse novo Estado influencia sobremaneira o universo filosófico, sociológico, jurídico, político e as relações sociais, inclusive trazendo novos contornos e redesenhando a forma de se enxergar e exercer os direitos fundamentais.

Os Direitos Fundamentais antes ignorados pelos Estados passam a integrar não somente a

¹⁰ SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 41-43.

parte material de suas Constituições, mas passam a compor a sua estrutura formal e orgânica de criação desse novo Estado¹¹. Portanto, o pós guerra que alavancou a evolução do direito constitucional, trouxe um cenário novo, agora impregnado pela proteção aos direitos fundamentais, individuais, tendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como norte, aliás, não é aceitável que com os inúmeros genocídios e barbáries praticados contra a humanidade durante a guerra tivesse outro desfecho.

Em breve dicção, faz mister trazer a baila uma visão das três gerações dos direitos fundamentais pensada por Vasak e muito bem exposta por Sarlet, ao expor as gerações dos direitos fundamentais, pontuando o surgimento de cada dimensão de acordo ao respectivo fato histórico da época, a revolução francesa; o pós I Guerra Mundial; e, por fim, o pós II Guerra Mundial¹².

Conquanto, seja de conhecimento, a não existência de um direito absoluto no ordenamento jurídico, como já decidido pela nossa Suprema Corte, tem se acompanhado que a crise que assola o país, em decorrência da COVID-19 vem sendo usada para se legitimar ainda mais a mitigação e a supressão total de determinados direitos fundamentais.

Não é o objetivo deste trabalho minudenciar o rol não exaustivo dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, mas, tão somente, demonstrar o cenário desses direitos que foram o marco da reconstitucionalização democrática do país, após a ruptura do período antidemocrático, perante a crise do COVID-19 e traçar um paralelo com os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Considerando-se que o mecanismo utilizado pelo Poder Constituinte de 1988 para a construção de um novo regime constitucional foi pautado pelas diretrizes do Sistema de Especialização, uma vez que o cenário da época ainda era constituído por parlamentares democráticos, mas também de congressistas anti-democráticos, a Carta Magna foi edificada sob a Técnica de Normas Programáticas, fator que influencia diretamente a aplicação dos direitos fundamentais.

Por exemplo, uma das dificuldades quanto a efetivação e aplicabilidade dos direitos fundamentais pode ser facilmente observada em uma recente pesquisa elaborada pelo sítio eletrônico Migalhas, publicada em 13 de outubro de 2015, que demonstra que a Constituição

¹¹ MORAES, George. **Jurisdição Constitucional e Racionalidade Jurídica no Contexto do Neoconstitucionalismo Pós - Positivista**, 2015. Revista Brasileira de Direito. Disponível em <http://www.periodicos.capes.gov.br=neoconstitucionalismo>. Acesso em: 10 de março de 2020.

¹² SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 46-48.

Federal de 1988 possui ainda 116 dispositivos não regulamentados¹³, dentre eles variados temas intitulados de direitos fundamentais.

Nesse ínterim, o atual cenário, configurado pela crise causada pelo COVID-19, trouxe conotações peculiares. Para facilitar a dinâmica do trabalho, se faz necessário dividir o cenário dos direitos fundamentais perante a atuação do Poder Público, no cenário do COVID-19, em dois aspectos, sendo o primeiro caracterizado por um dever de agir, ou seja, *um facere* e o segundo pela omissão, pela sua abstenção e inércia em agir, qual seja, um *non facere*.

Pelo primeiro aspecto, ou seja, pelo seu dever de agir (*um facere*), o Poder Público criou e editou diversas leis, medidas provisórias, decretos e demais atos normativos, com a finalidade voltada para o COVID-19 que, entretanto, por mais da vezes, deixaram de observar uma certa unidade nacional e posição cooperativa entre os poderes executivos das três esferas da federação, a fim de demonstrar à sociedade que o correto estava sendo feito, diminuindo, assim, a complexidade social.

Ora, apesar de estar havendo restrições à direitos fundamentais por parte de todos os entes federativos, enquanto o Poder Executivo Federal foca que a proteção social deve ser permeada pela manutenção total dos direitos econômicos, pois mantido o emprego e assim o sustento e a renda dos trabalhadores, os Executivos Estaduais e Municipais, em sua grande maioria, buscam essa proteção por outra via, qual seja, a do estabelecimento de restrições às liberdades de ir e vir dos cidadãos, com medidas de isolamento social, restrições comerciais e transferência de recursos financeiros à área da saúde para evitar o contágio da doença.

Entretanto, há acertos e desacertos para ambos os lados, que, por mais das vezes, esquecem que a crise transpõe os limites geográficos e que cada ente descentralizado possui características próprias, a vida humana não pode ser mercantilizada, sendo preterida em benefício da manutenção da economia. Em contrapartida, a economia também é responsável pelo sustento da pessoa e sua família, também garantidora, tal como a saúde, do mínimo existencial ao indivíduo. Por isso, era imprescindível unicidade nesse sentido por parte dos Poderes Públicos, e que, em conjunto, visualizassem as melhores alternativas. Contudo, o conteúdo dos atos normativos emanados do Estado, ademais, a relativização dos direitos sociais, bem como o volume de demissões em massa, passou a ser vetores que violaram a dignidade da pessoa humana, suprimindo o mínimo existencial do cidadão.

¹³ Revista Eletrônica Migalhas. **Migalhas Quentes.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/228248/aproximadamente-116-dispositivos-da-cf-88-ainda-nao-foram-regulamentados>. Acesso em 14 mar. 2020.

Relevante destacar que, conforme preleciona a boa doutrina, a dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental em si, mas sim o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre os direitos fundamentais¹⁴.

Em Kant tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos afins”, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem *dignidade*¹⁵.

Para Barroso foi ela a dignidade da pessoa humana, a ideia unificadora da reação contra o nazismo e tudo o que ele representava.¹⁶

Entrementes, verifica-se que a conduta do Poder Público divergiu do conceito axiológico e deontológico inerente a dignidade humana. Constatando-se notoriamente por meio da mitigação dos direitos sociais, trabalhistas, dentre outros. Ora, enquanto prima-se apenas pela proteção mercadológica neste trevoso momento, deixa-se de lado o direito fundamental à vida e à saúde, todavia, a tomada de medidas restritivas ao direito de ir e vir dos cidadãos, sem um olhar para a economia, também é prejudicial à saúde e a própria vida dos indivíduos.

Nesse passo, cabe citar, portanto, a título de exemplos, as Medidas Provisórias: 927/2020 (que adotou medidas contra o período da pandemia), a 936/2020 (reduziu jornada de trabalho e salários do empregado), 944/2020 (que instituiu o Programa Emergencial de Suporte a Empregos), dentre outras¹⁷, sem deixar de ressaltar toda a burocracia e os conflitos políticos que impedem que a assistência criada pela Lei 13.982/20¹⁸, que ficou popularmente conhecida por criar o “coronavoucher”, bem como os impasses políticos criados que dificultaram a compra de equipamentos e materiais hospitalares.

De outro lado, é possível trazer à baila os inúmeros decretos estaduais¹⁹ e municipais²⁰ que

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 5ª reimpressão. Fórum Conhecimento Jurídico. Belo Horizonte, 2018, p. 299

¹⁵ KANT, Imanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 70 Textos Filosóficos. Tradução Paulo Quintela. Edições 70 Ltda. Lisboa – Portugal, 2007. 2004, p. 79, 77.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. p. 303.

¹⁷ Portal da Legislação. **Medidas Provisórias Posteriores a Emenda Constitucional nº 32**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2019-a-2022>. Acesso em 06 maio 2020.

¹⁸ Portal da Legislação. **Planalto**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm. Acesso em 06 maio 2020.

¹⁹ DECRETO Nº 55.154, DE 1º DE ABRIL DE 2020, do GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus), e dá outras providências. Art. 5º. Fica proibida, diante das evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas em saúde, observado o indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus), com

restringiram liberdades de locomoção e reunião e severas restrições e fechamento da indústria e do comércio, também responsáveis por diminuir o poder aquisitivo dos empregados e empregadores, mas que, à toda evidência, foram necessárias para dar tempo ao precário sistema de saúde brasileiro para que melhor se organizasse para o enfrentamento da pandemia.

Por isso, em um segundo aspecto, destaca-se a inércia, a omissão de agir do Poder Público, ou seja, um *non facere*, demonstrando uma falta de unidade federativa, bem como a inexistência de um comitê integrado de combate ao COVID-19, o que perpetrou que cada Estado-membro tivesse que atuar de forma isolada, além da criação de entraves políticos impedindo o repasse da verbas necessárias ao combate da pandemia, seja a nível federal-estadual, seja estadual-municipal.

Por fim, a crise atual que o país enfrenta, é global, transpõe fronteiras. Deste modo, um sistema fechado em si mesmo, sem realizar os devidos acoplamentos, não será capaz de solucionar os problemas e conflitos que emergem a cada momento, em suas variadas espécies, a falta de comunicação entre os Poderes Políticos, os governos descentralizados, os Organismos Internacionais e Nacionais e a sociedade civil, demonstram nitidamente a dificuldade e

fundamento no art. 3º da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a abertura para atendimento ao público, em caráter excepcional e temporário, dos estabelecimentos comerciais situados no território do Estado do Rio Grande do Sul. Art 6º. Fica proibida, diante das evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas em saúde, observado o indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus), com fundamento no art. 3º da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul, a realização de eventos e de reuniões de qualquer natureza, de caráter público ou privado, incluídas excursões, missas e cultos, com mais de trinta pessoas, observado, nos casos permitidos, um distanciamento interpessoal mínimo de dois metros entre os participantes, bem como o disposto nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII e XIII do art. 4º. Art. 7º Ficam suspensas, diante das evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas em saúde, observado o indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus), com fundamento no art. 3º da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, as aulas, cursos e treinamentos presenciais em todas as escolas, autoescolas, faculdades, universidades, públicas ou privadas, municipais, estaduais ou federais, e demais instituições de ensino, de todos os níveis e graus, bem como em estabelecimentos educativos, de apoio pedagógico ou de cuidados a crianças, incluídas as creches e pré-escolas, situadas em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul.

²⁰ DECRETO Nº 32/2020, do Município de Passo Fundo/RS, Publicado no Jornal Diário da Manhã em 20/03/2020. Decreta situação de emergência, dispõe sobre novas medidas para enfrentamento, prevenção e mitigação da emergência de saúde pública decorrente do covid-19 no município de passo fundo, estabelece limitações de funcionamento de determinadas atividades, estabelece serviços públicos municipais essenciais e dá outras providências. Art. 2º – Fica vedada a abertura e funcionamento de quaisquer estabelecimentos comerciais e de serviços que não estejam expressamente previstos neste instrumento, tais como Igrejas, Templos ou Similares, Teatros, Museus, Centros Culturais, Bibliotecas e Cinemas, Casas Noturnas, Pubs ou Similares, Academias, Centros de Treinamento, Centros de Ginástica, Cinemas e Clubes Sociais e de Serviços, Entidades Tradicionalistas, Entidades de Representação Sindical ou de Categorias, Estabelecimentos do Comércio e Serviços em Geral, Brinquedotecas, Espaços Kids, Playgrounds, Espaços de Jogos, Feiras Públicas de Qualquer Natureza, Exposições Públicas ou Privadas, Congressos e Seminários, Shopping Centers, Centros de Comércio, Galerias de Lojas e outros. Parágrafo Único – Aos estabelecimentos comerciais não excepcionados fica autorizada a venda por telemarketing, aplicativos, por meio de internet ou instrumentos similares, devendo a entrega ser feita por telentrega ou via postal. [...]. Art. 4º – Os estabelecimentos restaurantes, lojas de conveniência, bares com alimentação e lanchonetes poderão se manter em atividade para venda de alimentos e bebidas nas seguintes condições: I – Poderá ser mantido o atendimento para entrega em domicílio (telentrega) ou para retirada no local de alimentos prontos e embalados e bebidas lacradas, sendo vedado o consumo no local do estabelecimento; II - O funcionamento de bares, lojas de conveniência, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos congêneres no interior de hotéis, pousadas e similares poderá ser mantido para atendimento exclusivo aos hóspedes, sendo vedado o atendimento ou venda de alimentos ao público, excetuada a situação contida no parágrafo anterior.

incapacidade que o país atesta para o enfrentamento da crise.

O que se esperava, e ainda se espera, portanto, era que houvesse uma união comunicacional entre os entes públicos frente a todo esse cenário e não, como está sendo visto, pública e notoriamente, a busca de imposições de concepções de um sobre o outro via mídia, redes sociais e até através de atos legislativos, inclusive utilizando-se por via transversa dos liames democráticos para sustentar tão divergentes opiniões, o que viabilizou, única e exclusivamente, a solução dos entraves via Poder Judiciário.

3. A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN E A FALTA DE COMUNICAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS

Em um conceito simplista e clássico do que é direito, pode-se arguir que é o meio necessário para dirimir os conflitos emanados pelos indivíduos que vivem e se relacionam em sociedade. Com efeito, as relações interindividuais evoluíram e o homem encontrou a luz fora da caverna, como em Platão. Como bem escreveu Plantão, as relações se tornaram complexas e o direito não é mais um sistema fechado, por si mesmo.

A teoria dos sistemas de Luhmann dota-se de uma universalidade e uma reflexividade, o que lhe dá um caráter auto-referente. Segundo Willis Santiago Guerra Filho “por pretender uma universalidade, de tudo poder explicar, a teoria dos sistemas há de, por si mesma, explicar a si própria, Isso lhe confere uma terceira característica, que é também atribuída aos sistemas por ela estudados: *a auto-referência*”.²¹ E justamente em virtude disso que a teoria dos sistemas precisa explicar o que é sistema e o que não é sistema, ou seja, a diferenciação entre sistema e o que o circunda: o ambiente.

Conforme o mesmo autor, constata-se que essa diferenciação é trazida para dentro do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, passa a ser o ambiente dos próprios sistemas parciais, que se diferenciam por possuírem certos elementos ligados entre si, formando uma unidade²².

Conclui-se, portanto, que o ambiente nada mais é, que o elemento que circunda o sistema e que promoverá irritações externas que serão tratadas internamente pelo sistema na busca da redução das complexidades. Por isso que Luhmann fala que o sistema opera de maneira fechada normativamente e, ao mesmo tempo, de maneira aberta cognitivamente, o que denomina de

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. São Paulo Saraiva, 2009, p. 208.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. p. 208.

“dupla contingência dos sistemas”²³. No caso, o sistema permanece aberto recebendo estímulos (irritações) do ambiente, e ao mesmo tempo fechado, onde buscará internamente, baseado em sua auto-organização, os ajustes necessários para promover a diminuição das complexidades do ambiente.

Ainda conforme Luhmann, “é possível dizer, então, que a seleção de acontecimentos ocorridos no meio – e capazes de produzir efeitos no sistema – é condição de possibilidade para que o sistema, com esse espectro tão seletivamente apurado, possa empreender algo”²⁴, ou seja, reduzir a complexidade do ambiente. E o sistema jurídico faz justamente isso, ou seja, fecha-se operacionalmente para se desenvolver e, através da sua própria organização, promover a diminuição das complexidades do ambiente, porém, estimulado pelas irritações que este próprio ambiente lhe produz.

E é aqui que entra a comunicação. Segundo LUHMANN a sociedade como um grande sistema social que compreende seus subsistemas, que de certa forma são sistemas parciais da sociedade, torna-se possível graças à “comunicação”. Por sua vez a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas. Isto torna possível a evolução social. Por isso que a teoria de Luhmann tem como objeto a comunicação e não o ser humano. Como bem refere Leonel Severo Rocha²⁵:

Assim, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir suas operações diferenciando-as de suas observações e devendo ser observada tanto em relação a esta capacidade de fechamento e abertura simultânea como também em relação à diferença sistema/ambiente. (...). É por meio da comunicação que a sociedade se estrutura. Para Luhmann sociedade é comunicação e esta constitui-se como uma síntese entre *a informação*, *o ato de comunicação* e *a compreensão*. (...). É pela produção de sentido/comunicação que se deve compreender a autopoiese no âmbito da sociedade.

Portanto, é através da comunicação que a sociedade promove sua própria evolução e compreensão. Nesta senda, o direito para Luhmann é visto como estrutura de um sistema parcial da sociedade que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas²⁶, o que é promovido via comunicação.

Desta forma, é cediço, portanto, destacar que o direito é parte de um sistema, onde deve-

²³ MELLO, Marcelo Pereira de. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner**. São Paulo: Tempo Social – Revista de Sociologia. USP v.18, n.1, 2006, p.351-373.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 356.

²⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea**. In: ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 2ed. Ijuí: Unijuí, 2013, v. 1, p.337.

²⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea*. p. 335.

se estar em constante evolução e que, como toda estrutura, não sobrevive isolado, é um subsistema alimentado por todo o sistema social (ambiente) com o qual se comunica.

Portanto, para Rocha, a teoria dos sistemas de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social, sendo importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o Direito, a Economia, a religião, etc, que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente.²⁷

Não obstante, enxerga-se no momento de crise um isolamento das estruturas que compõe o sistema social do país, a falta de **comunicação**, o fechamento dos subsistemas, e, conseqüentemente, o travamento do sistema como um todo. Portanto, as decisões do Poder Público tendem a divergirem, como se observa todos os dias no âmbito da saúde, economia, direito, política, etc, ainda mais, agora, em tempos de pandemia.

Neste momento de pandemia, a falta de comunicação entre os entes federativos é justamente o que tem sido visto, como antes ficou demonstrado, o que afeta sobremaneira todo o sistema social e seus subsistemas.

O que deveria ser proposto neste momento tão obscuro para a humanidade, é a uniformização do pensamento pró dignidade humana, onde todas as medidas utilizadas fossem voltadas para este único fim, seja na seara da saúde, do trabalho, da economia, etc, e não cada qual fazer o que bem entende baseado única e exclusivamente em suas próprias convicções.

A forma divergente como as medidas para conter a pandemia e determinar a minimização dos impactos negativos na econômica deveriam trilhar conjuntamente a busca pela valorização do ser humano respeitando o seu mínimo existencial. Pois enquanto o Poder Executivo Federal foca que a proteção social deve ser permeada pela manutenção total dos direitos econômicos, pois mantido o emprego e assim o sustento e a renda dos trabalhadores, os Executivos Estaduais e Municipais, em sua grande maioria, buscam essa proteção por outra via, qual seja, a do estabelecimento de restrições às liberdades de ir e vir dos cidadãos, com medidas de isolamento social, restrições comerciais e transferência de recursos financeiros à área da saúde para evitar o contágio da doença, ao passo que deveriam tomar tais medidas de forma conjunta e não de forma a confundir a população em virtude dessa desunião comunicacional colocando-a em meio a uma

²⁷ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. p.336.

verdadeira guerra política e fiscal, tornando ainda mais complexo o ambiente social.

Ora, as divergências e os conflitos federativos passam à população justamente a ideia de que os Poderes Públicos estão a agir de forma desintegrada, num verdadeiro salve-se quem puder. E são justamente essas divergências que acabam por impactar o sistema jurídico, que, ao que parece, tem acertadamente conseguido balizá-las e tornar menos complexo o sistema social via decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal.

4. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE COVID-19

Como até agora demonstrado, o país vive em um cenário de descompasso federativo, que tem aumentado cada vez mais os conflitos sociais ao tratar das medidas de controle da pandemia causada pelo COVID-19, ou seja, provoca o aumento das complexidades sociais.

Justamente diante desse cenário entra em cena o Poder Judiciário, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, visto que guardião dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, especialmente, a dignidade da pessoa humana e ao princípio do mínimo existencial, que, a par de toda evidência, passou a ter que atuar como verdadeiro árbitro diante das diferentes concepções e posicionamentos ocasionados e impostos pelos entes federativos à população através de inúmeros atos legislativos descompassados, passando a ter que se posicionar sobre tais conflitos em curto espaço de tempo para reduzir a complexidade do sistema social em colapso frente a desunião comunicacional já mencionada.

Entretanto, diante dessa gama entendimentos e concepções refletidas em atos normativos divergentes para combate às consequências da pandemia, qual o real papel do Poder Judiciário na busca da redução das complexidades sociais ocasionadas, especialmente quando verificado restrições à direitos fundamentais?

Tendo em conta a teoria dos sistemas de Luhmann, antes vista, é necessário que o sistema jurídico, uma vez sofrida a irritação do ambiente, adote mecanismos internos, ou seja, tendo por base sua própria estrutura e num ato de auto-observação, produza decisões no sentido de minimizar as consequências da pandemia. Para tanto, o sistema jurídico possui a Constituição Federal como elemento central e crucial para isso, visto que os direitos fundamentais são constitucionalmente garantidos.

Cabe, então, ao Poder Judiciário a adoção de mecanismos jurídicos para que tais direitos

sejam observados em sua máxima aplicabilidade, o que deve ser feito mediante a observação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, que são os responsáveis pela imposição de limites às restrições à direitos fundamentais, seja através da análise do controle de legalidade dos atos normativos, seja através da aplicação de mecanismos de proporcionalidade/razoabilidade quando evidenciado o choque entre os direitos em pauta.

Quando se fala em direitos fundamentais, a maciça doutrina promove uma distinção entre direitos fundamentais de defesa, ou negativos, e direitos fundamentais à prestações, ou positivos. Nestes, conforme professa Ingo Wolfgang Sarlet, estão integrados tanto direitos que limitam os poderes do Estado quanto os direitos sociais, verdadeiros direitos à prestações que exigem uma postura positiva do Estado para efeito de sua consecução:

Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direito à prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômico social. Estão vinculados às tarefas de melhorias, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.²⁸

No mesmo sentido as palavras de Robert Alexy:

Direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direito à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.²⁹

Nesse passo, tendo por base tanto os direitos previstos no art. 5º, quanto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível encontrar uma gama desses direitos que limitam os poderes do Estado, bem como que exigem uma postura positiva do Estado na sua consecução e perfectibilização:

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

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.³⁰

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 282.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 499.

³⁰ BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 20.

Diante desse panorama, seja diante de direitos de defesa, quanto à prestações, é importante que o Poder Judiciário adote uma interpretação conforme a Constituição, dando especial relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, determinando que o Estado promova a consecução dos direitos que objetivem uma vida digna e não apenas uma vida de mera subsistência, ou seja, cumpra ao Estado alcançar aos indivíduos condições de obter o mínimo existencial, o qual, através do princípio da constitucional da igualdade, deve propiciar viverem dignamente e evoluírem enquanto integrantes da sociedade.

Tomando-se por base o posicionamento adotado pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se que este mínimo existencial seria um direito absoluto, sendo possível compreendê-lo não apenas como um assistencialismo estatal, mas como o próprio núcleo essencial do direito à assistência do Estado, visto que se trata de verdadeira forma de recompor as mazelas sociais vividas pelos indivíduos, uma vez que enquadrado como um direito de seguridade social pela Constituição Federal de 1988 (art. 194)³¹. O professor Ingo também explica que “na base dos direitos sociais a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo, mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade”³². Isso faz denotar que o Estado não pode esquivar-se de prestar a devida assistência a todos os indivíduos, visto que, caso assim o faça, estaria deixando de garantir o mínimo existencial àqueles mais afetados pelas consequências da pandemia global.

Por isso, resta nítido invocar o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que é preciso a garantia de um mínimo existencial, com garantias direito à vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, etc.

O grande problema surge quando esses direitos entram em conflito, ou seja, passam a exigir para sua consecução que haja restrições aos próprios direitos fundamentais. Nesse caso, resta primordial a atuação do Poder Judiciário para poder impor as balizas que melhor atendam com a maior aplicabilidade possível os direitos fundamentais em conflito.

Nesse plano, resta imprescindível a utilização dos mecanismos de ponderação para promover a análise da razoabilidade de cada um dos direitos fundamentais em conflito, desenvolvendo verdadeira análise de proporcionalidade na aplicação de um e de outro, sempre tendo por base os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

³¹ SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p.288.

³² SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p.309.

Para concretização dos mecanismos de ponderação, invoca-se a doutrina de Robert Alexy, tendo como ponto de partida o seguinte ensinamento:

Nos sopesamentos no âmbito dos direitos de defesa, ao lado de interesses coletivos, direitos de terceiros podem também ser relevantes; nos sopesamentos no âmbito dos direitos a proteção, ao lado dos direitos de terceiros, outros interesses coletivos podem desempenhar um papel decisivo. Essa estrutura triádica (direitos de a/interesses coletivos/direitos de b1, b2 ...) está por trás de todo problema de direitos fundamentais.

O que é decisivo é o fato de que o problema do sopesamento ligado à discricionariedade de prognósticos surge, em igual medida, tanto no caso de direitos de defesa como no de direitos a proteção. É certo que no caso dos direitos a proteção o problema do sopesamento tem um peso maior, em razão da sua referência especial ao futuro; mas isso implica simplesmente uma diferença de grau. Com isso pode-se dizer que a justiciabilidade dos direitos de proteção não suscita problemas que não existam também no âmbito dos direitos de defesa.³³

É nesse contexto que se encontra o Poder Judiciário neste momento pandêmico, pois ora precisa priorizar à saúde (vida) em detrimento da economia, ora precisa priorizar a economia em detrimento dos direitos trabalhista, e assim sucessivamente diante de inúmeros direitos fundamentais.

A título de exemplo, é possível citar a decisão, que talvez foi a mais importante para dirimir as divergências entre os entes federativos que vinham aumentando cada vez mais, onde, no intuito de preservar os direitos fundamentais à vida, à saúde, à economia e demais direitos fundamentais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341³⁴, por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastariam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Por maioria os ministros seguiram o proposto pelo ministro Edson Fachin sobre a necessidade de que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 fosse interpretado de acordo com a Constituição, explicitando que a União poderia legislar sobre o tema, mas que deveria ser

³³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 469-470.

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na ADI 6341**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Sessão Plenária realizada em 15/04/2020, publicada no DJ nº 111 do dia 07/05/2020. **Decisão:** O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira de Telecomunicações – FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

resguardada a autonomia dos demais entes federativos. Nesse ponto, entendeu que o decreto definidor acerca da essencialidade dos serviços públicos pelo Poder Executivo Federal não poderia ser feito sem observância da autonomia dos entes locais, posto que, assim, estaria afrontando o princípio da separação dos poderes.

Em visto disso, ficou decidido que as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação, não ficassem única e exclusivamente com a União, que tinha uma posição voltada quase que exclusivamente para a seara econômica em detrimento de medidas que buscassem o isolamento social e, em vista disso, da própria saúde, cujos estabelecimentos não dariam conta de suportar a carga de pacientes, o que poderia vir a impactar no direito fundamental à vida, como já mencionado nesse trabalho. Dessa forma, pode-se concluir que foi um ato importante para que Estados e Municípios, mais próximos à população, pudessem implementar as medidas de combate à pandemia de acordo com as realidades locais.

Como se viu o Poder Judiciário entendeu aplicar critérios de ponderação, visto que manteve a possibilidade de o ente federal tratar das linhas gerais sobre as questões relacionadas às consequências da pandemia, porém não excluiu a autonomia dos Estados e Municípios também tratarem do assunto tendo em vista as suas realidades locais.

É nesse sentido que o Poder Judiciário deve pautar suas decisões, visando ponderar e restringir o alcance das restrições aos direitos fundamentais, ainda mais quando envolvida a vida, a saúde e o sustento da população brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, verificou-se que, a pandemia de ordem mundial decorrente do Covid-19 gerou uma crise política no Estado brasileiro, entre os entes federativos, em especial no que concerne à aplicação de políticas de combate ao coronavírus.

Inviabilizado o diálogo político entre os entes da federação, o conflito fora discutido perante o Superior Tribunal Federal que, garantiu o comando constitucional previsto nos artigos 23 e 198 da Constituição de 1988, quanto a competência comum para legislar matéria de saúde.

Verificou-se ainda o problema da comunicação entres os entes federativos, baseando-se no estudo de Luhmann, bem como a colonização do sistema político sob o sistema do direito, haja vista identificado que o conflito entre os entes decorreu exclusivamente por ideologia política.

Por fim, constatou-se que, diante que coube ao Poder Judiciário efetivar as garantias constitucionais, garantindo, assim a jurisdição constitucional, haja vista as lacunas deixadas pelos demais Poderes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 5ª reimpressão. Fórum Conhecimento Jurídico. Belo Horizonte, 2018.

BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, promulgada em 4 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.316, de 07 abril de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927**, de 22 de março de 2020. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acess 01 dez. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936**, de 01 de abril de 2020. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 de dezembro de 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 944**, de 03 de abril de 2020. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 de dezembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6341**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Sessão Plenária realizada em 15/04/2020, publicada no DJ nº 111 do dia 07/05/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

CARNELUTTI. Francesco. **Como nasce o direito**. Editora Pilares Ltda. São Paulo – SP, 2015.

ECDC. Europe Centre for Disease Prevention and Control. **COVID-2019**. Disponível em: <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19-pandemic>. Acesso em 05 de maio de 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª ed. São Paulo Saraiva, 2009.

KANT, Imanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 70 Textos Filosóficos. Tradução Paulo Quintela. Edições 70 Ltda. Lisboa – Portugal, 2007. 2004.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. São Paulo: **Tempo Social – Revista de Sociologia**. USP v.18, n.1, 2006.

Migalhas. **Aproximadamente 116 dispositivos da CF/88 ainda não foram regulamentados**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/228248/aproximadamente-116-dispositivos-da-cf-88-ainda-nao-foram-regulamentados>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

Ministério da Saúde. **Casos Confirmados Coronavírus Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 25 de maio de 2020.

Ministério da Saúde. **Dados Covid-19 no Brasil**. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46536-saude-regulamenta-condicoes-de-isolamento-e-quarentena,a_ Acesso em 05 de maio de 2020.

MORAES, George. Jurisdição Constitucional e Racionalidade Jurídica no Contexto do Neoconstitucionalismo Pós - Positivista, 2015. **Revista Brasileira de Direito**. Disponível em <http://www.periodicos.capes.gov.br=neoconstitucionalismo>. Acesso em: 10 de março de 2020.

PASSO FUNDO. **Decreto nº 32/2020 de 20 de março de 2020**. Decreta situação de emergência, dispõe sobre novas medidas para enfrentamento, prevenção e mitigação da emergência de saúde pública decorrente do covid-19. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/passofundo/decreto/2020/3/32/decreto-n-32-2020>. Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 55.154, de 1º de abril de 2020**. Reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus). Disponível em: <https://coronavirus.rs.gov.br/decretos-estaduais>. Acesso em: 01/11/2020.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2ed. Ijuí: Unijuí, 2013.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2018.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E CORONAVÍRUS: REFLEXÕES COM BASE NA OBRA “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”, DE JOHN RAWLS

Estéfani Luise Teixeira Fernandes¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende examinar o direito fundamental à saúde enquanto economicamente viável no setor da saúde brasileira, notoriamente no Sistema Único de Saúde (SUS), para a aplicabilidade efetiva dos valores supremos constitucionais. Nesse segmento, se averigua a obra *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls. Destarte, é fundamental garantir saúde digna aos pacientes e para a tutela de direitos fundamentais e garantias deles decorrentes, dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

No que tange a saúde, a disseminação mundial do coronavírus impacta fortemente todas as relações logo, sendo prioridade a manutenção da vida dos humanos. Estamos em uma situação de vulnerabilidade. De forma pontual, Zygmunt Bauman, aduz que “[...] a compreensão nasce da capacidade de manejo. O que não somos capazes de administrar nos é ‘desconhecido’, o ‘desconhecido’ é assustador. Medo é outro nome que damos à nossa indefensabilidade”.² Dessa forma, as pessoas não estavam preparadas socialmente, economicamente e pessoalmente para o enfrentamento assim, impactando na vida e saúde da população.

Nessa linha, no cenário atual dispor de políticas públicas de precaução e prevenção torna-se ainda mais imprescindível e de caráter emergencial. O número de mortes ocasionados pelo coronavírus, essencialmente em países com maior desigualdade social, impressiona e preocupa as autoridades, entidades, pessoas e órgãos responsáveis.

Nesse sentido, a proposição de políticas públicas que sejam inovadoras, eficazes e eficientes é crucial à prestação de serviços de saúde, que respeitem a dignidade da população, especialmente a carente, principal usuária do SUS. Ademais, referido desiderato encontra-se em consonância com o atual contexto econômico, político e social da alcunhada sociedade pós-moderna para resolver problemas de cunho social e global.

Assim, reconhecer a imposição essencial da observância aos direitos e garantias

¹ Mestranda em Direito pela UPF. Taxista Prosuc-Capes. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUCRS. Advogada. E-mail: Estefani.f.teixeira@gmail.com

²BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Roberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 125.

fundamentais e, principalmente, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é pressuposto fundamental ao desenvolvimento de quaisquer relações humanas, especialmente as que envolvam a saúde.

Outrossim, contemplará os valores supremos da CRFB, dos Direitos Humanos, sociais, das diretrizes da saúde: leis, regulamentos, recomendações etc., demonstrando a importância de recursos públicos em ambos os setores. Da mesma forma, busca-se refletir a teoria da posição original, tal como os princípios da justiça: mínimo de liberdade individual e desigualdades econômicas e sociais, maximizando os benefícios aos indivíduos com menos vantagens na sociedade.

Portanto, reflete-se como o filósofo John Rawls estrutura uma sociedade com justa igualdade de oportunidades no setor da saúde, bem como acerca da atuação ativa do governo para que se tenha em Estado Democrático de Direito estabelecido pela CRFB.

Em termos metodológicos, utilizou a abordagem dedutiva, cuja técnica de análise terá como base pesquisas bibliográficas e documentais, notadamente o livro supracitado de John Rawls e o ordenamento jurídico brasileiro a partir da CRFB. O método de interpretação jurídica é o sociológico, combinando-se com o método de procedimento funcionalista de forma a que seja analisada a função que o direito fundamental à saúde exerce na persecução de uma sociedade mais justa em termos de oportunidades.

Por fim, sendo o meio acadêmico o ambiente no qual devam ser discutidas e arejadas, transformadas e reconstruídas as ideias, em tempos de colapso no setor da saúde, a pesquisa encontra campo fértil ao seu desenvolvimento, pois representa tema atual e, mormente no que diz respeito às políticas públicas eficazes e o direito fundamental à saúde.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O sistema de saúde no Brasil é constituído por uma rede complexa de prestadores e compradores de serviços que disputam entre si, estabelecendo uma combinação público-privada. A sua estrutura é constituída em três subsetores: público, privado e suplementar, os quais estão interconectados, podendo os pacientes usufruírem dos setores mencionados consoante a facilidade de acesso ou a possibilidade de pagamento.³ No que tange ao sistema público de assistência à saúde, denominado SUS, há muitas adversidades para a garantia da cobertura

³ DUNCAN, Bruce B. *et al.* Condições de saúde da população brasileira. In: DUNCAN, Bruce B. *et al.* **Medicina ambulatorial: condutas de atenção primária baseadas em evidências**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 9.

universal e equitativa, preconizada pela Constituição, sendo um dos maiores desafios a incrementação do orçamento para destinação adequada.

Assim, conforme o Ministério da Saúde, o SUS é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, portanto, o SUS proporcionou acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando à prevenção e à promoção da saúde. A gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os Municípios. A rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde. Engloba a atenção primária, média e de alta complexidade, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica⁴.

Igualmente, entende Supremo Tribunal Federal (STF) que “o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”.⁵ A seu turno, Liton Lanes Pilau Sobrinho vai além, sustentando que “[...] os direitos de segunda geração exigiriam do Estado uma proteção efetiva dos indivíduos como coletividade, buscando meios de propiciar a todos, igualmente, condições dignas de sobrevivência”.⁶

Ademais, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento,⁷ bem como sobre os princípios norteadores (universalidade, equidade, integralidade) e as orientações organizacionais (hierarquização, regionalização, descentralização e participação social).⁸ Na mesma direção, a CRFB, em seu artigo 196, aduz que a saúde é um direito de todos e um dever do estado “[...]”

⁴BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 734.487**. Relatoria: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: Brasília, 03 ago. 2010. Publicado em: Brasília, 20 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁶PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Espanha: Punto Rojo, 2016. p. 2723.

⁷BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁸BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990...

garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços a sua promoção, proteção e recuperação”.⁹ Na mesma linha, a previsão do art. 198 da Constituição, que estabelece a competência comum, bem como a organização em rede, regionalizada e hierarquizada, a qual constitui um sistema único, prevendo uma ação conjunta e coordenada entre os entes federativos na realização do princípio fundamental de proteção à saúde.¹⁰

A CRFB, salvo alguns dispositivos implícitos, não estabelece exatamente o conteúdo do direito à saúde, sua proteção ou sua promoção, fato que, por sua vez, não pode afastar a intervenção judicial no que for admissível pela Administração Pública. A seu turno, é viável extrair da CFRB que o direito fundamental à saúde contempla os valores de prevenção e promoção, em seu artigo 196.¹¹ Resta mais “[...] apropriado não falar de um direito a saúde, contudo, mas de um direito à proteção e promoção da saúde”.¹²

Os termos “redução de risco de doença” e “proteção” guardam relação direta com a ideia de saúde preventiva, ou seja, cumprimento de obrigações que tenham o viés de obstar o surgimento da doença ou o dano à saúde, individual ou pública, utilizando-se dos princípios da precaução e prevenção.

Já a expressão “promoção” tem por objetivo dar melhor qualidade de vida ao paciente por intermédio de ações que visem estabelecer as conjunções de vida e saúde dos indivíduos. Assim, oferta-se o mínimo existencial, que não poderá reduzir-se ao mínimo vital a propiciar somente a existência física, mas sim assegurando uma vida efetivamente saudável.¹³

Nesse contexto, a CFRB, além de estabelecer no art. 6º que são direitos sociais, dentre outros, a saúde,¹⁴ apresenta uma ordem social com um vasto universo de normas que destinam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, pelo que se destacam dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam a saúde como

⁹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

¹⁰ BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988...

¹¹ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 10353.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 10354.

¹⁴ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

direitos de todos e dever do Estado (art. 196)¹⁵.

Em nosso país, ainda se tem uma situação muito precária, notoriamente no setor da saúde pública pela influência direta na gênese das patologias com maior prevalência. As políticas públicas atuais não são capazes de reverter esse quadro, contudo, um conjunto de políticas sociais, pode contribuir significativamente para a promoção da cidadania de uma parcela expressiva da população brasileira.¹⁶

Nesse contexto, de modo especial, importante frisar que o direito a saúde é um direito individual, ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal, bem como da referida dignidade inerente ao ser humano.¹⁷ Em face dessa prerrogativa, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que possa se revestir, o direito à saúde deverá ser tutelado individualmente, pois cada indivíduo possui um organismo diferenciado.

Tendo em conta a temática apresentada, notadamente no que diz com a relevância do direito à saúde, bem como quanto à precariedade de alguns aspectos relacionados a sua prestação pelo SUS, consoante referido nas linhas acima, passar-se-á, adiante, a análise da obra *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls, e averiguando como que as propostas presentes na obra pelo autor podem representar significativas ganhos à proteção e promoção deste direito fundamental.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E CORONAVÍRUS

Nesse desiderato, o surgimento da pandemia relevou um impacto econômico, social e cultural na sociedade, pelo que a sociedade não estava preparada para um vírus dessa proporção:

[...] representa um momento singular na história da humanidade e que mudou drasticamente o modo de vermos o mundo e as relações interpessoais nele inseridas, na medida em que representou desafios globais nas mais diversas dimensões: jurídica, política, legislativa, sanitária, médica, tecnológica, industrial, de engenharia, etc.¹⁸

¹⁵PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; Correia; BARCHA, Érica Paula. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 862.

¹⁶PUSTAI, Odalci José; FALK, João Werner. O sistema de saúde no Brasil. In: DUNCAN, Bruce B. *et al.* **Medicina ambulatorial: condutas de atenção primária baseadas em evidências**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 18.

¹⁷CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 10353.

¹⁸BONNA, Alexandre Pereira. Direito de danos, políticas públicas e a COVID-19: a pandemia que exige um novo conceito de responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 423.

Nesta senda, o isolamento social ocasionado pelo coronavírus transformou a rotina dos indivíduos da casa. Antes da pandemia tínhamos uma rotina de trabalho, momentos de lazer, de estar com a família, mas em tempos de pandemia misturam-se as relações, ocasionando, em muitos casos, doenças psicológicas, psíquicas, estresse, síndrome de *Burnout*, doenças advindas da hiperconectividade, entre outras.

No contexto brasileiro, são aproximadamente duzentas mil mortes por coronavírus.¹⁹ Sendo assim, um crescimento expressivo do número global de mortes de forma célere e com falta de sustentação científica adequada. Diante desse número expressivo de óbitos, bem como de pessoas infectadas é urgente rever as políticas públicas de precaução e prevenção eficazes contra o vírus:

[...] políticas públicas são programas de ação governamental voltados à concretização de direitos. Considerando-se hoje a abrangência dos direitos fundamentais, que em sucessivos pactos internacionais, depois ratificados e internados nas ordens jurídicas nacionais, vêm sendo ampliados. é preciso realçar a importância da interdisciplinariedade no direito com políticas públicas, pois alguns institutos e categorias tradicionais do direito – como o direito de danos – hoje rarefeitos buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento.²⁰

Destarte, devemos ficar atentos aos dispositivos da CRFB, essencialmente no direito fundamental à saúde e dignidade da pessoa humana bem como, tutelando os direitos e garantias fundamentais e direitos humanos. Igualmente, as pessoas devem seguir de forma contundente as medidas recomendadas pelos órgãos responsáveis. Além disso, torna-se necessário “[...] minimizar as desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º, III e IV); ao prever a inviolabilidade de interesses existenciais do ser humano (art. 5º, V e X); ao prever a proteção de inúmeros direitos sociais (arts. 6º a 11º); ao estabelecer como dever do Estado a proteção do consumidor e estipular que a ordem econômica deve observar a defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V).”²¹

Diante o exposto, torna-se vital em tempos de pandemia aprovar medidas facilitadoras para o acesso à saúde, abrangendo o maior número de indivíduos, essencialmente para as pessoas que dependem do SUS. Com efeito, a inserção de novas tecnologias na área da saúde,

¹⁹ BRASIL registra 52 mil casos de Covid em 24 horas; média móvel aponta alta de 35% em 2 semanas. **G1**, [s.l.], 01 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/12/01/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-1-de-dezembro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml>. Acesso em: 02 dez. 2020.

²⁰ BONNA, Alexandre Pereira. Direito de danos, políticas públicas e a COVID-19: a pandemia que exige um novo conceito de responsabilidade civil. p. 425.

²¹ BONNA, Alexandre Pereira. Direito de danos, políticas públicas e a COVID-19: a pandemia que exige um novo conceito de responsabilidade civil. p. 428-429.

proporcionando atendimento eficiente durante a pandemia ocasionada pela COVID-19, é essencial para propiciar amplo e fácil acesso a um médico para a população, com isso se tornando um sistema universal de saúde eficiente, eficaz e justo em prol dos seres humanos.

Nessa linha, Miguel Kfoururi Neto sustenta que “[...] a definição de Rawls, acerca da obra ‘[uma] teoria da justiça’ como equidade, torna-se útil para validar a menção de equidade, disposto no art. 994, parágrafo único, do Código Civil.”²² Assim, a teoria da justiça como equidade busca precisar o núcleo central de um consenso por justaposição, isto é, ideias intuitivas comuns que, coordenadas numa concepção política de justiça, se revelarão suficientes para garantir um regime constitucional justo. Isso é o que podemos esperar de melhor não necessitamos mais.²³

Dessa forma, a equidade faz parte da aplicação do direito e encontra-se em diversas leis esparsas no ordenamento jurídico. Todavia, o desafio é conceituá-las e aplicá-las.²⁴ Contudo, faz-se fundamental o magistrado ao decidir analisar o caso concreto. Além de aplicar os dispositivos da lei observar a equidade.

Maria Helena Diniz lembra Aristóteles, em sua ética a Nicômoco: desempenha a equidade o papel de um corretivo, de um remédio aplicado pelo julgador para sanar defeitos oriundos da generalidade da lei, pois a aplicação fiel de uma norma a um caso concreto poderá ser injusta ou inconveniente. A equidade é, teoricamente, de que deve lançar o aplicador, para temperar os rigores de uma fórmula demasiado e genérica, fazendo com que está não contrarie os reclamos da justiça. Considera, portanto, a equidade uma virtude informada pela justiça.²⁵

Sendo assim, a equidade deve prevalecer sobre a legalidade positiva, pois possibilita uma consecução mais perfeita da justiça e do direito.²⁶

3. REFLEXÕES COM BASE NA OBRA “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”, DE JOHN RAWLS

John Rawls aduz que a concepção da justiça apresenta uma teoria pura da justiça, uma concepção que o autor chama de justiça de equidade. Em razão disso, concebe as ideias e os objetivos centrais dessa concepção como os de um pensamento filosófico. Dessa forma, o autor

²²KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidades civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 479.

²³KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidades civil dos hospitais**. p. 480.

²⁴KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidades civil dos hospitais**. p. 479.

²⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidades civil dos hospitais**. p. 480.

²⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidades civil dos hospitais**. p. 480.

consolida que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja.²⁷

Rawls acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético. O primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos, como liberdade de expressão e religião. Esse princípio sobrepõe-se às considerações sobre utilidade social e bem-estar geral. O segundo princípio refere-se à equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade.²⁸

Portanto, sobleva mencionar que o motivo principal do autor para buscar essa alternativa é a fragilidade da doutrina utilitarista como fundamento das instituições da democracia constitucional, embora o utilitarismo para John Rawls não possa explicar as liberdades de direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais, uma exigência de importância absolutamente primordial para uma consideração das instituições democráticas. Por fim, esboçou-se uma expressão mais geral e abstrata da ideia do contrato social usando, para isso, a ideia da posição original. Explicando as liberdades e os direitos básicos e sua prioridade, foi o primeiro objetivo da justiça como equidade. O seu segundo objetivo foi integrar a explicação a um entendimento da igualdade democrática, o que conduziu ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades e ao princípio da diferença.²⁹

Nas palavras de Nonet e Selznick, “[...] um sistema responsivo é sensível às desvantagens práticas que os excluídos da sociedade enfrentam e busca igualar do jogo no campo jurídico, seja proporcionando ajuda, seja adaptando as normas”.³⁰ A seu turno, Suelen da Silva Webber e Leonel Severo Rocha aduzem que

[...] na tentativa de se encontrar um modelo de Direito capaz de ser legítimo, forte e isento de corrupções, mas que permita atender incluídos e excluídos, cuja matriz é capaz de lidar com as tensões e comunicações sociais, sem o uso da força, é que a Sociedade evolui para o Sistema Responsivo. Este está além dos paradigmas de um Sistema Fechado ou um Sistema Aberto.³¹

Nessa linha, em contexto de caráter urgente, trata-se de buscar a efetivação do direito

²⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Versão Kindle.

²⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**.

³⁰ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição do sistema jurídico responsivo**. [S.l.]: Revan, 2010. p. 8-19.

³¹ WEBBER, Suelen da Silva; ROCHA, Leonel Severo. **Direito e Sociedade em transição: respostas sociológicas para decisões judiciais autopoieticas**. [S.l.: 201-]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=914101ec47c52b48>. Acesso em: 26 out. 2020. p. 15.

responsivo no setor da saúde em todas as esferas e a postura que se espera do Poder Judiciário na tomada de decisões nesses processos. Além disso, antes de adentrar na celeuma, sobreleva corroborar a importância de tutelar os Direitos Humanos, bem como as garantias e direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, brevemente, é fundamental discorrer sobre o princípio maior da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB).

John Rawls tem como propósito criar uma sociedade justa. Para o filósofo, é um tipo de organização social, onde há perfeita distribuição dos bens e dos desejos. Numa das primeiras oposições considera-se que os bens materiais sejam escassos; e os desejos humanos, ilimitados. Porém, os bens sociais são limitados e escassos: escassez dos bens sociais.

O autor cria uma espécie de conciliação entre liberdade representada nos desejos e igualdade na concepção de distribuição de bens sociais, logo uma espécie de reconciliação dos princípios liberais anteriores a II Grande Guerra (direitos fundamentais, liberdades individuais) com princípios igualitaristas, uma ideia de igualdade política, material, e demais implicações, ou seja, o filósofo não pretende abandonar uma sociedade liberal, mas sim propor uma forma de pensar organização política de intervencionismo com políticas igualitaristas para corrigir o que o liberalismo, em sua opinião, não tem por essência. Essa junção em conjugar individualismo formal dos direitos fundamentais e o igualitarismo de bem estar social é o objetivo do filósofo. Conciliando chama-se de justiça como equidade.³²

Nas palavras do autor justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas do pensamento. Para o autor, mesmo viável economicamente uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; igualmente as leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Salienta que a única coisa que nos permite admitir uma teoria errônea é a falta de uma teoria mais eficiente; de forma semelhante, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Assim, considerando-se, virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis. Essas proposições expressam uma nova convicção prioritariamente da justiça.³³

Por todo o exposto, é essencial preservar as garantias fundamentais basilares previstas na Constituição de 1988 no que diz respeito às garantias e direitos fundamentais, especialmente tutelando a dignidade da pessoa humana. Ante o exposto, percorrido o sinuoso terreno do

³² RAWLS, John. Uma teoria da justiça.

³³ RAWLS, John. Uma teoria da justiça.

coronavírus bem como, dos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito à saúde e dignidade da pessoa humana devem ser respeitados. pensando e colocando em prática a equidade e minimizando ou eliminando as desigualdades sociais. Pesquisaremos as ideias propostas por John Rawls. É o que passa analisar as linhas que seguem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

John Rawls argumenta que a “[...] maneira pela qual podemos entender a justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de equidade.”³⁴ Com isso, torna-se cada vez mais importante o reconhecimento e tutela aos direitos fundamentais no que tange a saúde no Brasil, especialmente para os indivíduos menos favorecidos. Nesse contexto, vislumbrando uma sociedade com justa igualdade de oportunidades no setor da saúde, bem como acerca da atuação ativa do governo para que se tenha em Estado Democrático de Direito estabelecido pela CRFB.

Diante disso, salienta-se que para se ter uma sociedade justa com os direitos efetivados, ou seja, no presente ensaio, uma saúde eficaz faz-se necessário instituir políticas públicas eficientes que visem o ideal de justiça que John Rawls. Dessa forma, valem-se de um contrato social ao que utilizam o denominado véu da ignorância para tornar possível. John Rawls raciocina que, para definir os princípios que governarão nossa vida coletiva para elaborar um contrato social, deve-se selecionar determinados princípios, salientando que “[...] pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais.”³⁵ Logo, precisa-se chegar a um consenso.

Nas palavras de Michael J. Sandel, “[...] mesmo o consenso refletiria o maior poder de barganha de alguns sobre o dos demais”,³⁶ pelo que não há motivos para acreditar que um contrato social elaborado dessa maneira seja um acordo justo. Nessa linha, utiliza-se o véu da ignorância em que hipoteticamente não sabemos quem somos, não sabemos a classe social, gênero, religião, raça, etnia e nossas opiniões políticas ou crenças religiosas. É dessa forma que John Rawls, sem essas informações, considera um contrato social justo, um acordo com equidade.

Por fim, assim deveriam ser as políticas públicas inovadoras no setor da saúde. Propiciando uma análise do coletivo, partindo-se do pressuposto de não analisar os interesses próprios. John

³⁴ RAWLS, John. Uma teoria da justiça.

³⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça*. p. 233.

³⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça*. p. 233.

Rawls acredita que “[...] dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético”.³⁷ O primeiro princípio dispõe as mesmas liberdades básicas para todos os indivíduos, tais como a liberdade de expressão e religião. Assim, sobrepõe-se a considerações sobre utilidade social e bem-estar geral.³⁸ O segundo princípio é “[...] inerente à equidade social e econômica”.³⁹ Dessa forma, preceitua-se que embora não “[...] requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas as desigualdades sociais e econômicas que beneficiam os membros menos favorecidos de uma sociedade.”⁴⁰

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Roberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BONNA, Alexandre Pereira. Direito de danos, políticas públicas e a COVID-19: a pandemia que exige um novo conceito de responsabilidade civil. *In*: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil**. Indaiatuba: Foco, 2020.

BRASIL registra 52 mil casos de Covid em 24 horas; média móvel aponta alta de 35% em 2 semanas. **G1**, [s.l.], 01 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/12/01/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-1-de-dezembro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso

³⁷ SANDEL, Michael J. **Justiça**. p. 235.

³⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça**. p. 235.

³⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça**. p. 235.

⁴⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça**. p. 235.

em: 19 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 734.487**. Relatoria: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: Brasília, 03 ago. 2010. Publicado em: Brasília, 20 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DUNCAN, Bruce B. *et al.* Condições de saúde da população brasileira. *In*: DUNCAN, Bruce B. *et al.* **Medicina ambulatorial: condutas de atenção primária baseadas em evidências**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 2-10.

KFOURI NETO, Miguel Kfourir. **Responsabilidades civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 479.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição do sistema jurídico responsivo**. [S.l.]: Revan, 2010.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Espanha: Punto Rojo, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; Correia; BARCHA, Érica Paula. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PUSTAI, Odalci José; FALK, João Werner. O sistema de saúde no Brasil. *In*: DUNCAN, Bruce B. *et al.* **Medicina ambulatorial: condutas de atenção primária baseadas em evidências**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 10-19.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Versão Kindle.

WEBBER, Suelen da Silva; ROCHA, Leonel Severo. **Direito e Sociedade em transição: respostas sociológicas para decisões judiciais autopoieticas**. [S.l.: 201-]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=914101ec47c52b48>. Acesso em: 26 out. 2020.

O DIREITO À ÁGUA POTÁVEL E O ENFRENTAMENTO A PANDEMIA (COVID 19)¹

Francine Cansi²

Alessandra Vanessa Teixeira³

João Luís Severo da Cunha Lopes⁴

INTRODUÇÃO

Conforme dados do Ministério de Saúde do Brasil, início de dezembro de 2020, 66.698.498 de pessoas no mundo infectadas com o vírus da COVID-19, 1.531.488 mortes, e o Brasil chegou à marca de 176.628 mortes, além da contaminação em mais de 180 países em todos os continentes habitados. Não há precedentes comparáveis ao número de infectados em toda a história da humanidade em nível global, assim como em medidas de prevenção e disseminação interrelacionadas para melhorar a segurança da saúde humana.

A população afetada pela emergência de saúde pública, como resultado do evento da pandemia COVID-19, precisa ter disponibilidade do acesso à água de qualidade, especialmente pelas recomendações dos diversos órgãos de saúde, em âmbito internacional e nacional para prevenir, tratar e controlar a disseminação da doença, além do acesso a ações de necessidades básicas, como alimentos, suprimentos de higiene e assistência médica, devendo estar de acordo com a lei, incluindo padrões internacionais de direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

Antes de adentrarmos no mérito, da saúde versus a água e a relação com a doença que gerou a pandemia, oportuno lançar algumas considerações acerca do responsável por toda essa calamidade global, o coronavírus.

O coronavírus pertence a uma família de vírus que pode causar vários sintomas, como pneumonia, febre, dificuldade respiratória e infecção pulmonar. Esses vírus são comuns em

¹ O presente artigo é uma versão atualizada, do texto dos autores publicado na Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6608>
DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9865/2020.v6i1.6608> em maio de 2020.

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em Dupla Titulação com o Doctorado (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestra em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. E-mail: francine@ctmadvocacia.com

³ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestra em Direito UPF. Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharel em Direito pela UPF. E-mail: alessandra.sp@hotmail.com

⁴ Mestre em Direito Universidade de Passo Fundo-RS(UPF/RS). Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) Universidade de Cruz Alta/RS. E-mail: jlsc@hotmail.com

animais em todo o mundo, mas sabe-se que poucos casos afetam os seres humanos⁵. O nome de referência atual para o vírus é coronavírus 2 da síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV-2). De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), embora a persistência na água potável seja possível, não há evidências atuais de que os coronavírus estejam presentes nas fontes de água superficial ou subterrânea ou transmitidos através da água contaminada⁶.

O vírus da COVID-19 é um vírus envolto, com uma membrana externa frágil. Geralmente, os vírus envelopados são menos estáveis no ambiente e são mais suscetíveis a oxidantes, como cloro. Embora não existam evidências até o momento sobre a sobrevivência de o vírus da COVID-19 em água ou esgoto, é provável que os vírus tornam-se inativados significativamente mais rápido que os não-envelopados vírus entéricos humanos com transmissão pela água conhecida como adenovírus, norovírus, rotavírus e hepatite A. A literatura afirma que os coronavírus transmissíveis, demonstraram uma morte de 99,9% em dois dias a 23 ° C à 2 semanas a 25 ° C. Iguamente, a temperatura, pH alto ou baixo, luz solar facilitam a sua disseminação⁷. Desta forma, é essencial combinar investimento, pesquisa e monitoramento da qualidade da água e dos efluentes para melhorar a segurança sanitária, com ênfase nas áreas mais pobres, especialmente no Brasil, como meio de controlar e monitorar a dispersão de patógenos como o vírus SARS-CoV-2, mitigando assim impactos econômicos e sociais.

Neste contexto, o direito à água é essencial para uma vida digna e é vital para a realização de muitos outros direitos, como direitos à saúde, vida e um padrão de vida adequado. Embora não mencionado explicitamente no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é uma parte essencial da realização do direito a um padrão de vida adequado e foi reconhecido em uma ampla gama de instrumentos internacionais de direitos humanos.

O direito humano à água foi estruturado de uma perspectiva estreita de saúde pública e priorizou o fornecimento de água potável e limpa para beber, saneamento, higiene e outras atividades domésticas. Sem contestar a prioridade dos usos domésticos na lei de direitos humanos, essa interpretação pode ser vista como ignorando a gama de direitos humanos socioeconômicos mais amplos, para os quais a água desempenha um papel importante⁸.

⁵ WMHC. Summary of the Wuhan municipal health and health commission on the current pneumonia epidemic situation in our city. 2020. s/p. Disponível em: < <http://wjw.wuhan.gov.cn/front/web/showDetail/2019123108989>>. Acesso em 13 abr. 2020.

⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus: interim guidance. WHO Global: 2020. 9 p. Disponível em: < <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-IPC-WASH-2020.4>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁷ WU, J. T; LEUNG, K; LEUNG, G. M. Nowcasting and forecasting the potential domestic and international spread of the 2019-nCoV outbreak originating in Wuhan, China: a modelling study. The Lancet, v. 395, v. 10225, p. 689-697, fev., 2020.

⁸ Sobre este tem ver: HALL, Ralph P; VAN KOPPEN, Barbara; VAN HOUWELING, Emily. The human right to water: the importance of

O que se quer ressaltar é que a propagação do coronavírus está intimamente relacionada à água e ao saneamento. Assim, através do método dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica mesclando teóricos clássicos e contemporâneos, examinar-se-á fatores relevantes no que tange a pandemia da COVID 19, uma reconstrução do direito à água e saúde como direitos fundamentais.

Assim, segundo a OMS, as orientações relacionadas a água e saneamento, estão voltados a higiene das mãos e vestimentas, além do isolamento social e uso de máscaras, na qual pode reduzir a transmissão e ajudar as pessoas a se manterem saudáveis. Contudo não foi evidenciado quanto tempo o vírus da COVID-19 sobrevive nas superfícies das águas, mas parece provável que ele se comporte como outros coronavírus. Assim, todos devem ter acesso a uma quantidade adequada de água potável para manter a saúde básica, com particular atenção para os mais vulneráveis da sociedade. Por outro lado, os setores de recreação aquáticos, resorts e parques, suspenderam suas atividades como forma de prevenção da propagação da Covid-19⁹.

Diante disso, o presente estudo tem por objetivo compreender a relevância e o direito da população ao acesso à água potável frente à pandemia da COVID-19.

1. A PANDEMIA DA DOENÇA COVID-19

Em dezembro de 2019, um novo vírus (inicialmente chamado 'Novel Coronavirus 2019-nCoV', mais tarde renomeado para SARS-CoV-2, causando síndrome respiratória aguda grave (doença do coronavírus COVID-19 emergiu em Wuhan, província de Hubei, China, e se espalhou rapidamente para outras partes da China e outros países do mundo, apesar dos enormes esforços da China para conter a doença em Hubei^{10;11}.

Comparado ao SARS-CoV 2002/2003 e ao MERS-CoV 2012-2014 (coronavírus relacionado à Síndrome Respiratória do Oriente Médio), o coronavírus COVID-19 se espalhou rapidamente¹².

domestic and productive water rights. *Sci Eng Ethics*, v. 20, n. 4, p. 849-868, 2014.

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE- OMS. Declaração sobre a segunda reunião do Comitê de Emergência dos Regulamentos Sanitários Internacionais sobre o surto de novo coronavírus (2019-nCoV), Genebra, Suíça, 30 de janeiro de 2020. s/p. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-\(2005\)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-(2005)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-(2019-ncov))>. Acesso em: 09 mai. 2020.

¹⁰ CENTRO CHINÊS DE CONTROLE E PREVENÇÃO DE DOENÇAS (CCDC). As características epidemiológicas de um surto de novas doenças de coronavírus de 2019 (COVID-19). China. 2020. Disponível em: <<http://weekly.chinacdc.cn/en/article/id/e53946e2-c6c4-41e9-9a9bfea8db1a8f5117>>

¹¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Coronavirus disease 2019 COVID-19: situation Report 56. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/defaultsource/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

¹² ROTHE, C; et al. Transmission of 2019-nCoV infection from an asymptomatic contact in Germany. *New England Journal of Medicine*, v. 382, n. 10, p.970–971, jan., 2020.

Enquanto o MERS demorou cerca de dois anos e meio para infectar 1000 pessoas e a SARS levou cerca de quatro meses, o SARS-CoV-2 alcançou esse número em apenas 48 dias. Em 11 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o novo surto de coronavírus SARS-CoV-2 constitui uma Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional como uma pandemia global. Espalhando para quase todos os países do mundo, o vírus da COVID-19 infectou centenas de milhares de pessoas¹³.

A infecção pelo SARS-CoV-2 pode desencadear uma doença respiratória potencialmente mortal chamada COVID-19, uma doença que se apresenta com três principais sintomas agudos: febre, tosse seca e profunda e falta de ar que podem se tornar rapidamente fatais¹⁴. A COVID-19 parece atingir os idosos e os imunocomprometidos, juntamente com qualquer outro indivíduo com condições de saúde subjacentes, como diabetes, doenças cardíacas e pulmonares, com maior incidência. Contudo, crianças, jovens e adultos jovens também podem ser acometidos, pois houve inúmeras mortes entre pessoas de 20 a 50 anos¹⁵.

Dada a disseminação do novo coronavírus e seus impactos na saúde humana, a comunidade de pesquisa respondeu rapidamente ao novo vírus com pesquisas preliminares e recomendações e evidências de descobertas precoces sobre epidemiologia, causas, diagnóstico clínico e prevenção e controle da COVID-19. Trata-se de um surto sem precedentes na história da humanidade, em que o COVID-19 apresenta níveis mais altos de transmissibilidade e risco de pandemia que o SARS-CoV, uma vez que o número reprodutivo efetivo (R) do COVID-19¹⁶ é estimado como superior ao número de reprodução efetivo relatado.

Diferentes estudos do vírus da COVID-19 estimaram o intervalo de reprodução básica (R₀) entre 2,6 e 4,71. A duração média da incubação do vírus foi estimada em $4,8 \pm 2,6$, variando de 2 a 11 dias, e intervalo de confiança de 95%, uma duração média de incubação variando de 2 a 14 dias¹⁷. O vírus é transmitido através do contato direto com gotículas respiratórias de uma pessoa infectada (gerada através da tosse e espirros) e tocando superfícies contaminadas, ressaltando

¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE- OMS. Declaração sobre a segunda reunião do Comitê de Emergência dos Regulamentos Sanitários Internacionais sobre o surto de novo coronavírus (2019-nCoV), Genebra, Suíça, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-\(2005\)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-(2005)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-(2019-ncov))>. Acesso em: 09 mai. 2020.

¹⁴ LI, Q; GUAN, X; et al. Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus–Infected Pneumonia. *New England Journal of Medicine*, v. 382, p. 1199-1207, mar., 2020.

¹⁵ WU, J. T; LEUNG, K; LEUNG, G. M. Nowcasting and forecasting the potential domestic and international spread of the 2019-nCoV outbreak originating in Wuhan, China: a modelling study. *The Lancet*, v. 395, v. 10225, p. 689-697, fev., 2020.

¹⁶ LI, Q; GUAN, X; et al. Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus–Infected Pneumonia. *New England Journal of Medicine*, v. 382, p. 1199-1207, mar., 2020.

¹⁷ WU, J. T; LEUNG, K; LEUNG, G. M. 2020, p. 690.

que o mesmo pode sobreviver em superfícies de horas até vários dias¹⁸.

A intensidade da transmissão também dependerá do ônus da infecção viral e do tempo para eliminá-la. Portanto, outra possibilidade é aplicar intervenções que reduzam o tempo de eliminação de vírus em pessoas infectadas, diminuindo o risco de transmissão e, conseqüentemente, também diminuindo o número de pessoas infectadas. Contudo, a manifestação clínica completa ainda não está clara, pois os sintomas relatados variam de leve a grave, com alguns casos até resultando em morte¹⁹

Embora a principal forma de transmissão dos coronavírus não seja pela água ou pelo contato com fezes, as semelhanças entre os vírus SARS-CoV-2 e SARS e MERS, por exemplo, não excluem a transmissão e contaminação pelo contato com excrementos, ao analisar pacientes hospitalares sintomáticos, em média, as fezes incorporaram células virais de disseminação por 27,9 dias²⁰. Estudos sobre o nível de presença de Covid-19 em esgoto bruto e tratado estão em andamento, embora grande parcela dos estudos aborde pacientes hospitalizados^{21;22;23}. Isso corrobora a preocupação de que os recursos hídricos possam atuar como potenciais fontes de contaminação.

Na luta contra o coronavírus, a percepção de ações preventivas, a mobilidade da população, a disseminação da doença e a resiliência de pessoas e sistemas para lidar com o vírus podem ajudar os líderes de saúde pública e humanitários a responder de maneira mais eficaz à epidemia COVID-19²⁴. A identificação das comunidades mais vulneráveis pode ser importante para as autoridades de saúde orientar os esforços de resposta, como melhorias na infraestrutura de saúde, alocação de financiamento de emergência e medidas preventivas²⁵.

Manter a menor mortalidade possível será a maior prioridade para os indivíduos; portanto,

¹⁸ ROTHE, C; et al. Transmission of 2019-nCoV infection from an asymptomatic contact in Germany. *New England Journal of Medicine*, v. 382, n. 10, p.970–971, jan., 2020.

¹⁹ VILLELA, D. A. M. O valor da redução dos picos epidêmicos do COVID-19 para respostas mais efetivas à saúde pública. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, Uberlândia*, v. 53, e20200135, p. 1-2, mar., 2020.

²⁰ WU, J. T; LEUNG, K; LEUNG, G. M. 2020, p. 691.

²¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Coronavirus disease 2019 COVID-19: situation Report 56. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/defaultsource/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

²² WAN, Y.; et al. Enteric involvement in hospitalised patients with COVID-19 outside Wuhan. *The Lancet Gastroenterology & Hepatology*, v. 5, p. 534-535, 2020.

²³ XU, Y.; et al. Characteristics of pediatric SARS-CoV-2 infection and potential evidence for persistent fecal viral shedding. *Nature Medicine*, 26, p. 502-506, 2020.

²⁴ ZHANG, S; et al. Estimation of the reproductive number of novel coronavirus (COVID-19) and the probable outbreak size on the Diamond Princess cruise ship: A data-driven analysis. *International Journal Infect Disease*, v. 93, n.e, p. 201-204, 2020.

²⁵ ROTHE, C; et al. Transmission of 2019-nCoV infection from an asymptomatic contact in Germany. *New England Journal of Medicine*, v. 382, n. 10, p.970–971, jan., 2020.

os governos devem adotar medidas para melhorar a inevitável crise econômica. Em nossa opinião, a COVID-19 se transformou em uma pandemia, com pequenas cadeias de transmissão em muitos países e grandes cadeias resultando em ampla disseminação em alguns países, como Itália, Irã, Coréia do Sul e Japão. Isso é especialmente relevante nos países emergentes, onde as condições de vida podem comprometer a capacidade de seguir as recomendações sobre como se comportar. É difícil lavar as mãos por 20 segundos ou mais com sabão quando a sua principal fonte de água é um rio poluído. A quarentena e o isolamento não são realistas quando uma pessoa compartilha um quarto individual com outros membros da família²⁶.

Do ponto de vista da saúde pública, para combater uma epidemia, as autoridades devem tomar uma série de ações, como: conscientizar, definir diretrizes para profissionais de saúde, direcionar grupos de infecção, limitar movimentos da população e alocar recursos para populações vulneráveis. Essas decisões influenciarão quantas pessoas sobreviverão e quantas morrerão nos próximos dias, semanas e meses²⁷.

Portanto, o que resta atualmente para mitigação é a quarentena voluntária e obrigatória, a interrupção de reuniões em massa, o fechamento de institutos educacionais ou locais de trabalho em que a infecção foi identificada e o isolamento de famílias, e efetivo acesso à água, como forma de combate a COVID-19.

3. RECURSOS HÍDRICOS, DIREITO AO ACESSO À ÁGUA E COVID-19

Em 2002, o Comentário Geral nº 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR) estabeleceu o direito à água como o direito de todos "a água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e acessível para uso pessoal, e usos domésticos". Segundo o Comentário Geral, os Estados "precisam adotar medidas efetivas para realizar, sem discriminação, o direito à água"²⁸.

Igualmente, para cumprir essas disposições, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais explica que os Estados são obrigados a estabelecer 'programas de prevenção e educação para problemas de saúde relacionados ao comportamento' (Comentário Geral n.º 14, § 16), que poderia incluir razoavelmente atividades educacionais, profissionais e sociais que apresentem

²⁶ ANDERSON, R. M; et al. How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemic? *The Lancet*, v. 395, n. 21, p. 931-934, mar., 2020.

²⁷ ANDERSON, R. M; et al. 2020, p. 931.

²⁸ NEVES-SILVA, P; HELLER, L. O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 6, p. 1861-1869, jan./jun., 2016. p. 1861.

maior risco de transmissão da COVID-19. Em outras palavras, adotar políticas de distanciamento social, reduzir o horário de trabalho etc. são medidas necessárias não apenas pela sabedoria e necessidade médica, mas por lei - a fim de proteger a saúde dos indivíduos do risco representado pelo contato com os infectados (mesmo que assintomáticos) pessoas²⁹.

Embora o dever de garantir o direito à saúde seja de 'realização progressiva', pressupõe, no mínimo, uma obrigação de se comportar de maneira proativa e de implementar um sistema eficaz de assistência médica urgente que possa lidar com situações de risco de vida como uma epidemia das proporções que enfrentadas agora³⁰. Além disso, de acordo com o CESC, os Estados têm a obrigação de controlar doenças, tanto individualmente quanto por meio de cooperação internacional, agindo para, entre outras coisas, 'disponibilizar tecnologias relevantes, utilizando e melhorando a vigilância epidemiológica e a coleta de dados, a implementação ou aprimoramento de programas de imunização e outras estratégias de controle de doenças infecciosas '(ibid., § 16)³¹.

As dificuldades de garantir a implementação efetiva também são sublinhadas no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006, ao mencionar que “além da escassez: poder, pobreza e crise mundial da água” do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento³². Este relatório destaca “as profundas desigualdades nas chances de vida que dividem países e pessoas dentro dos países com base na riqueza, gênero e outros marcadores de privação”³³, para tornar as coisas ainda mais complexas, os efeitos ambientais transnacionais das mudanças climáticas na disponibilidade de água piorarão a situação atual³⁴.

A aplicabilidade do direito à água e, em geral, dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais é uma questão transnacional diante de um cenário futuro de escassez, a disponibilidade de mecanismos legais internacionais e nacionais para o reconhecimento do direito à água. De fato, a necessidade de garantir acesso equitativo aos recursos hídricos cria, igualmente, a obrigação de

²⁹ COCO, A; DIAS, T. de S. Due Diligence and COVID-19: duties of states to prevent and stop the coronavirus outbreak. 2020. Disponível em: < <https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

³⁰ NEVES-SILVA, P; HELLER, L. O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 6, p. 1861-1869, jan./jun., 2016.

³¹ KAHN, R. nCOV - Understanding an epidemic. 2020. Disponível em: < <https://ccdd.hsph.harvard.edu/research/ncov-making-sense-of-an-epidemic/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

³² HALL, Ralph P; VAN KOPPEN, Barbara; VAN HOUWELING, Emily. The human right to water: the importance of domestic and productive water rights. Sci Eng Ethics, v. 20, n. 4, p. 849-868, 2014.

³³ PNUD. Relatório do desenvolvimento humano 2006. 2006. Disponível em: < <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2006.html>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

³⁴ NEVES-SILVA, P; HELLER, L. O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 6, p. 1861-1869, jan./jun., 2016.

respeitar e proteger o meio ambiente, tanto por parte dos Estados como da sociedade³⁵.

Acrescente-se que assegurar o direito humano fundamental à água não pode ser feito sem que se avalie um problema importante acrescentado pela teoria de Ferrajoli: dada a fundamentalidade desse bem e sua “escassez”, a água não deve assumir a classificação de bem patrimonial, pelo menos não a água potável e pelo menos não por parte dos poderes públicos, encarregados de seu fornecimento. E, justamente em razão de sua escassez, deverá ser reconhecido seu caráter público e fundamental na medida necessária que satisfaça aos direitos sociais e à subsistência. E este reconhecimento interessa a todos e não só às populações pobres³⁶.

Assim, a atual relevância dos Recursos Hídricos e seu papel central na filosofia prática seriam dados por sua configuração como uma linha transversal que cruza as dimensões éticas, legais e políticas, uma vez que possuem um substrato que os configura como aspirações morais, comum a toda a humanidade, formando assim o único código mínimo de uma ética universalmente aceita, embora também possuam uma vocação indubitável e uma virtualidade política, porque a garantia dos direitos básicos fundamentais da pessoa humana tornou-se uma espécie de corpo supremo legitimador de exercício de qualquer poder político³⁷.

Levando em consideração todas essas circunstâncias, é crucial a justiciabilidade do direito à água ou, em outras palavras, o acesso efetivo dos cidadãos à água potável e ao saneamento, e o curso de uma epidemia é definido por uma série de fatores-chave, alguns dos quais são pouco conhecidos atualmente para a doença COVID-19³⁸.

A velocidade da propagação inicial da epidemia, seu tempo de duplicação ou o intervalo serial relacionado (o tempo médio que leva para uma pessoa infectada transmitir a infecção a outras pessoas) e a duração provável da epidemia são determinados por fatores como o período de tempo entre a infecção e o momento em que uma pessoa é infectada, e a duração média da infecção³⁹.

Uma questão fundamental para os profissionais epidemiologistas, enfermeiros, serviço social, juristas, administradores, economistas e demais estudiosos, é ajudar os formuladores de

³⁵ WINKLER, I; ROAF, V. The human rights framework for water services. In: BARTRAM, J; BAUM, R; COCLANIS, P; GUTE, D. M; KAY, D; MCFADYEN, S; POND, K; ROBERTSON, W; ROUSE, M. J. (editors). Routledge handbook of water and health. London: Reutledge; 2015. p. 514-552.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Trad. Perfecto Andrés Ibánêz. Madrid: Trotta, 2018.

³⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1994. p. 126.

³⁸ WU, J. T; LEUNG, K; LEUNG, G. M. Nowcasting and forecasting the potential domestic and international spread of the 2019-nCoV outbreak originating in Wuhan, China: a modelling study. The Lancet, v. 395, v. 10225, p. 689-697, fev., 2020.

³⁹ KAHN, R. nCOV - Understanding an epidemic. 2020. Disponível em: < <https://ccdd.hsph.harvard.edu/research/ncov-making-sense-of-an-epidemic/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

políticas a decidirem os principais objetivos da mitigação - por exemplo, minimizar a morbidade e a mortalidade associada, evitar um pico epidêmico que sobrecarrega os serviços de saúde. As autoridades podem mapear áreas em que a capacidade de responder adequadamente é comprometida, com um alto nível de detalhe, usando uma combinação de coleta de dados primários disponíveis, dados de agências nacionais de estatísticas e imagens de satélite⁴⁰.

À medida que a pandemia de coronavírus se espalha pelo mundo, a importância do acesso à água potável e ao saneamento é reforçada. A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu a importância da água, saneamento, higiene e, em suas orientações provisórias de emergência traz como elemento principal a “Água, saneamento, higiene e gerenciamento de resíduos para COVID-19”. No entanto, a realidade é que para os 780 milhões de pessoas em todo o mundo que não têm acesso a uma fonte de água melhorada e 2,5 bilhões que não têm acesso a saneamento adequado, essa orientação é um lembrete de como estão vulneráveis a COVID-19 e outras doenças⁴¹.

Diante da crise do coronavírus e seguindo sua incidência pelo mundo, fica cada vez mais claro que as pessoas com menos acesso a serviços essenciais como a água sentirão os efeitos mais dramáticos. O problema é particularmente difícil para mais de um bilhão de pessoas que vivem em favelas ou assentamentos informais, onde a superlotação e o baixo acesso à água podem alimentar a propagação da COVID-19. Os governos em todo o mundo se reúnem para combater a COVID-19 e a água é uma ferramenta vital para fortalecer as comunidades e criar resiliência a longo prazo⁴².

A insuficiência de serviços de abastecimento de água e saneamento seguros afeta a qualidade de vida e prejudica os direitos humanos fundamentais, enfraquecendo os sistemas de saúde, ameaçando a segurança da saúde e colocando uma forte pressão sobre as economias⁴³.

As diferentes doenças virais, bacterianas, protozoárias e fúngicas, entre outras, vinculadas à água incluem infecções transmitidas pela via fecal-oral, impactos na saúde decorrentes da exposição a produtos químicos e outros contaminantes na água potável, bem como impactos no

⁴⁰ ZHANG, S; et al. Estimation of the reproductive number of novel coronavirus (COVID-19) and the probable outbreak size on the Diamond Princess cruise ship: A data-driven analysis. *International Journal Infect Disease*, v. 93, n.e, p. 201-204, 2020.

⁴¹ NGUYEN, E; SOMAYAJULA, N. Access to vital water in the COVID-19 response. 2020. Disponível em: < <https://www.hrw.org/news/2020/03/22/access-water-vital-covid-19-response-0>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁴² HUANG, C; et al. Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China. *Lancet*, v. 395, v. 15, p. 497-506, feb., 2020. doi:10.1016/S0140-6736(20)30183-5.

⁴³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus: interim guidance. WHO Global: 2020. 9 p. Disponível em: < <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-IPC-WASH-2020.4>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

bem-estar e podem ser exacerbados por vários fatores, incluindo mudanças climáticas, crescimento populacional, urbanização rápida ou, pela resistência antimicrobiana, uso de antibióticos indiscriminadamente. O fornecimento de água potável e o saneamento são componentes essenciais para o combate do vírus da COVID-19, além das recomendações de isolamento social, uso de máscaras e álcool gel⁴⁴.

E, embora a lavagem das mãos tenha sido identificada como um dos meios importantes para prevenir a doença, questões relacionadas à disponibilidade de água, acesso atual da Índia urbana e rural à água encanada e a qualidade dos recursos hídricos disponíveis apresentam uma série de desafios⁴⁵.

Destaca-se que, a contaminação das águas subterrâneas está emergindo como um sério problema nas áreas rurais e urbanas. Além da salinidade, as altas concentrações de flúor, ferro, arsênico e nitratos nas águas subterrâneas foram consideradas um grande problema na Índia e Itália, por exemplo, ameaçando a saúde de milhões de pessoas que dependem das águas subterrâneas para suas necessidades diárias⁴⁶.

A escala e a severidade da pandemia COVID-19 aumentaram claramente o nível de uma ameaça à saúde pública, uma atenção cuidadosa aos direitos humanos, como não discriminação e princípios de direitos humanos, como transparência e respeito à dignidade humana e, como medida primária o acesso à água potável. Primeiro, por que o direito à saúde está intimamente relacionado e depende da realização de outros direitos humanos e, entre eles a disponibilidade e acesso ao meio mais indicado pela Organização Mundial da Saúde as orientações necessárias de higiene pessoal e comunitária, e outros aspectos da resposta ao surto estejam prontamente disponíveis e acessíveis a todos⁴⁷.

De acordo com a WHO, várias medidas podem ser tomadas para melhorar a segurança da água, começando com a proteção da fonte de água; tratamento de água no ponto de distribuição, coleta ou consumo; e garantir que a água tratada seja levada a todos os usuários. Além disso, uma barreira adicional importante para a transmissão da COVID-19 e à de outras doenças infecciosas

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE- OMS. Declaração sobre a segunda reunião do Comitê de Emergência dos Regulamentos Sanitários Internacionais sobre o surto de novo coronavírus (2019-nCoV), Genebra, Suíça, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-\(2005\)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-(2005)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-(2019-ncov))>. Acesso em: 09 mai. 2020.

⁴⁵ VILLELA, D. A. M. O valor da redução dos picos epidêmicos do COVID-19 para respostas mais efetivas à saúde pública. Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, Uberlândia, v. 53, e20200135, p. 1-2, mar., 2020.

⁴⁶ HUANG, C; et al. Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China. Lancet, v. 395, v. 15, p. 497-506, feb., 2020. doi:10.1016/S0140- 6736(20)30183-5.

⁴⁷ NGUYEN, E; SOMAYAJULA, N. Access to vital water in the COVID-19 response. 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2020/03/22/access-water-vital-covid-19-response-0>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

em geral, deve-se considerar a gestão de excrementos humanos, o saneamento, começando por garantir o acesso a produtos limpos regularmente, sanitários ou latrinas acessíveis e funcionais e contenção, transporte, tratamento e eventual descarte de esgoto⁴⁸.

Os padrões de higiene seguros exigem um suprimento contínuo e adequado de água potável e sistemas de saneamento que continuem funcionando mesmo sob estresse ou condições desafiadoras, como em um clima em mudança. Neste sentido, a disponibilidade de água potável precisa garantir que as necessidades básicas, sejam atendidas para evitar a disseminação do vírus⁴⁹.

Além disso, à luz da disseminação da COVID-19, os estados, municípios e comunidades devem prever esquemas de água incentivados pelo consumo consciente, a disseminação de ideias anti-desperdício e, em áreas de escassez o planejamento para lidar com emergências se concentrado amplamente em lidar com possíveis incidentes de insuficiência e qualidade da água, bem como funções operacionais de acesso e abastecimento⁵⁰.

A atual pandemia da COVID-19 trouxe o papel importante que atitudes simples como as práticas de higiene pessoal podem evitar inúmeras consequências, também traz especialmente a importância ao acesso à água, na qual desempenha uma função vital para a prevenção de outras múltiplas doenças, em um primeiro plano. Ademais, enquanto os estados se reúnem para combater a COVID-19, a maior lição até agora para todos, é que nenhum número ou tipo de medicamentos específicos possam alcançar o que a água potável, o meio ambiente e a ação responsável dos cidadãos atingem para suportar desafios futuros.

4. A MAGNITUDE DA CRISE DA ÁGUA E SUA RELAÇÃO COM A SAÚDE FRENTE A COVID-19

A crise hídrica é afetada, não somente a escassez, mas igualmente pela coleta de águas residuais, saneamento, esgoto e o acesso à água para irrigação. Em parte, como resultado, as lacunas no acesso, na qualidade e no gerenciamento dos recursos hídricos estão tendo um efeito devastador de longo prazo na saúde, educação, economia e dignidade das populações globais⁵¹.

⁴⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus: interim guidance. WHO Global: 2020. 9 p. Disponível em: < <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-IPC-WASH-2020.4>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴⁹ VILLELA, D. A. M. O valor da redução dos picos epidêmicos do COVID-19 para respostas mais efetivas à saúde pública. Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, Uberlândia, v. 53, e20200135, p. 1-2, mar., 2020.

⁵⁰ ZHANG, S; et al. Estimation of the reproductive number of novel coronavirus (COVID-19) and the probable outbreak size on the Diamond Princess cruise ship: A data-driven analysis. International Journal Infect Disease, v. 93, n.e, p. 201-204, 2020.

⁵¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus: interim guidance. WHO Global: 2020. 9 p. Disponível em: < <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-IPC>>

As mais vulneráveis são as crianças, cujo desenvolvimento físico e mental é mais suscetível pelo aparecimento da desnutrição crônica e doenças transmissíveis evitáveis. A magnitude da crise da água e sua relação com a saúde, não somente pelas recomendações de higiene frente a COVID-19, contribuem para o aumento dos diferentes patógenos a ela veiculados⁵².

Destaca-se que todos os dias, centenas de milhões de pessoas são impactadas pela crise global de água e saneamento. Mais de 579 milhões de pessoas em todo o mundo estão bebendo água perigosa de poços cavados à mão, lagoas, pântanos, rios e nascentes. Quase um terço do globo, ou 2,3 bilhões de pessoas, não tem acesso ao saneamento básico, o que significa que estão defecando em campos abertos, florestas ou em estruturas que não atendem aos padrões básicos de saúde. Desses 2,3 bilhões de pessoas, 890 milhões defecam ao ar livre, um dos marcadores mais comuns de extrema pobreza e um sério risco à saúde das famílias, especialmente aquelas com crianças pequenas⁵³.

Frente a tudo isso, estratégias e métodos de prevenção e controle são relatados em três níveis: nível nacional, nível populacional relacionado a casos e nível geral da população. Em nível nacional, o Ministério da Saúde brasileiro incluiu oficialmente a COVID-19 na gestão de doenças infecciosas de alto nível de contágio. As medidas preventivas e de controle de implementadas foram adotadas com protocolos e decretos de isolamento social, inicialmente, para prevenir e controlar a disseminação do vírus que causa COVID-19⁵⁴.

Da mesma forma, as diretrizes nacionais para a prevenção e controle da COVID-19 para institutos médicos, clínicas e hospitais emitiram protocolos para medidas rápidas de prevenção e controle, a fim de conter efetivamente a propagação da pandemia, na expectativa de preparar o sistema de saúde para o acolhimento de pacientes graves, com a necessidade de ventilação mecânica. Ainda, por meio de uma política de "grande isolamento" foram proibidas as aglomerações, eventos sociais, e medidas direcionadas para a proteção população idosa e infantil, com recomendações de isolamento social e fechamento de escolas. Foram introduzidas várias medidas de saúde pública que poderiam impedir ou retardar a transmissão da COVID-19; isso inclui isolamento de casos, identificação e acompanhamento de contatos, desinfecção ambiental e

WASH-2020.4>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁵² WU, J. T; LEUNG, K; LEUNG, G. M. Nowcasting and forecasting the potential domestic and international spread of the 2019-nCoV outbreak originating in Wuhan, China: a modelling study. *The Lancet*, v. 395, v. 10225, p. 689-697, fev., 2020.

⁵³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Joint monitoring program for water supply and sanitation. Progress on drinking water and sanitation. Update 2015. Geneve: WHO, UNICEF; 2015.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE- OMS. Declaração sobre a segunda reunião do Comitê de Emergência dos Regulamentos Sanitários Internacionais sobre o surto de novo coronavírus (2019-nCoV), Genebra, Suíça, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-\(2005\)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-(2005)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-(2019-ncov))>. Acesso em: 09 mai. 2020.

uso de equipamentos de proteção individual⁵⁵ .

Até o momento, nenhum tratamento antiviral específico foi confirmado como eficaz contra a COVID-19. Em relação aos pacientes infectados com COVID-19, recomenda-se aplicar tratamento sintomático adequado e cuidados de suporte. Estudos também exploraram a prevenção de infecção hospitalar e problemas de saúde psicológica associados a COVID-19. Uma série de medidas tem sido sugerida para reduzir a infecção hospitalar, incluindo treinamento de conhecimento para prevenção e controle, isolamento, desinfecção, proteções classificadas em diferentes graus nas áreas de infecção e proteção de casos confirmados. No que diz respeito à saúde psicológica, alguns sugeriram intervenção psicológica para casos confirmados, casos suspeitos e equipe médica^{56;57} .

Para a população em geral, neste momento não há vacina para prevenir a COVID-19. A melhor prevenção é evitar ser exposto ao vírus e controle de infecção que podem reduzir o risco de exposição incluem o seguinte: uso de máscaras faciais; cobrir tosses e espirros com tecidos que são descartados com segurança (ou, se não houver tecidos disponíveis, use um cotovelo flexionado para cobrir a tosse ou espirrar); lavagem regular das mãos com sabão ou desinfecção com desinfetante para as mãos contendo pelo menos 60% de álcool (se água e sabão não estiverem disponíveis); evitar o contato com pessoas infectadas e manter uma distância adequada, tanto quanto possível; e abster-se de tocar nos olhos, nariz e boca com as mãos não lavadas⁵⁸ .

A OMS, também emitiu diretrizes detalhadas sobre o uso de máscaras faciais na comunidade e nos serviços de saúde do COVID-19. Neste documento, recomenda-se aos profissionais de saúde o uso de respiradores particulados, como os certificados N95 ou FFP2, ao executar procedimentos de geração de aerossóis e usar máscaras médicas enquanto prestam cuidados a casos suspeitos ou confirmados. De acordo com esta diretriz, os indivíduos com sintomas respiratórios são aconselhados a usar máscaras médicas nos ambientes de assistência médica e domiciliar, seguindo as diretrizes de prevenção de infecções. O uso e descarte

⁵⁵ NGUYEN, E; SOMAYAJULA, N. Access to vital water in the COVID-19 response. 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2020/03/22/access-water-vital-covid-19-response-0>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁵⁶ ANDERSON, R. M; et al. How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemic? *The Lancet*, v. 395, n. 21, p. 931-934, mar., 2020.

⁵⁷ VILLELA, D. A. M. O valor da redução dos picos epidêmicos do COVID-19 para respostas mais efetivas à saúde pública. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, Uberlândia*, v. 53, e20200135, p. 1-2, mar., 2020.

⁵⁸ ANDERSON, R. M; et al. How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemic? *The Lancet*, v. 395, n. 21, p. 931-934, mar., 2020.

adequados de máscaras são importantes para evitar qualquer aumento no risco de transmissão⁵⁹.

Todos os governos e outros atores envolvidos e afetados pelo surto de COVID-19 devem garantir que a lei e os padrões internacionais de direitos humanos estejam no centro de todas as respostas a COVID-19, a fim de melhor proteger a saúde pública e apoiar as pessoas que estão mais em risco. Entretanto, apesar de todas as recomendações acredita-se que a coletividade não tomou consciência da gravidade e severidade desta pandemia. Além disso, o governo brasileiro, pelo que é retratado nos meios de comunicação, encontra dissonância de como atuar efetivamente frente ao novo coronavírus⁶⁰.

Com base nessas informações, há evidências de que a atenção à importância do acesso à água as comunidades de concentração populacional muito elevada nas regiões Sudeste e Nordeste, cujos estados possuem os maiores históricos de secas. Contudo, uma das medidas adotadas, não reside nos pontos onde a água é escassa, e sim em meio ao desabastecimento, a suspensão do corte de fornecimento devido à pandemia⁶¹.

Ressalta-se que, a falta de água é um obstáculo muitas vezes intransponível para controlar e romper o ciclo de contaminação de qualquer epidemia, ou pandemia. Os efeitos sociais e econômicos causados pela falta de água potável e saneamento não estão sendo discutidas como uma das prioridades de saúde⁶². De acordo com pesquisadores de Minas Gerais, enquanto a pandemia durar será depositado enorme carga viral nos rios, já que apenas 46% do esgoto gerado no Brasil são tratados⁶³. Além de depositar o vírus no ambiente, há o perigo da contaminação comunitária através do uso das águas dos rios.

Diante desta situação, enquanto o mundo aguarda vacinas e medicamentos, é crucial desacelerar a propagação do novo vírus. Quanto mais pessoas são infectadas ao mesmo tempo em uma determinada área, maior a pressão sobre os sistemas de saúde locais. Quando esses sistemas são invadidos, morrem pessoas que poderiam ter sido salvas em circunstâncias menos

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE- OMS. Declaração sobre a segunda reunião do Comitê de Emergência dos Regulamentos Sanitários Internacionais sobre o surto de novo coronavírus (2019-nCoV), Genebra, Suíça, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-\(2005\)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-(2005)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-(2019-ncov))>. Acesso em: 09 mai. 2020.

⁶⁰ KAHN, R. nCOV - Understanding an epidemic. 2020. Disponível em: < <https://ccdd.hsph.harvard.edu/research/ncov-making-sense-of-an-epidemic/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁶¹ VILLELA, D. A. M. O valor da redução dos picos epidêmicos do COVID-19 para respostas mais efetivas à saúde pública. Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, Uberlândia, v. 53, e20200135, p. 1-2, mar., 2020.

⁶² BROWN, C; NEVES-SILVA, P; HELLER, L. The human right to water and sanitation: a new perspective for public policies. Cien Saude Colet., v. 21, n. 3, p. 661-670, 2016.

⁶³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus: interim guidance. WHO Global: 2020. 9 p. Disponível em: < <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-IPC-WASH-2020.4>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

exigentes. Dito isto, essa pandemia global causada pela COVID-19 pode ser parcialmente considerada uma doença de veiculação hídrica, que requer medidas de precaução, como lavar as mãos regularmente, beber mais água, manter a higiene, medidas drásticas com o objetivo de fornecer água 24 horas por dia, 7 dias por semana, bem como suspender os desligamentos de água em face da COVID-19⁶⁴.

Vale destacar, que o vírus da COVID-19 não foi detectado em água potável tratada, porém as estações de tratamento de água estão sendo monitoradas, uma vez que foi encontrado em águas residuais não tratadas, a presença do vírus. Embora os dados sejam limitados, há poucas evidências sobre essa relação⁶⁵. Por outro lado, as vulnerabilidades atuais dos recursos hídricos, observadas em muitas regiões aumentarão devido ao efeito negativo causado por uma demanda crescente de abastecimento de água para irrigação e uso doméstico inconsciente, ao crescimento populacional e às condições de seca em várias bacias hidrológicas.

Assim, os problemas relacionados ao acesso à água serão acentuados pelas mudanças climáticas, à falta de acesso à água potável, saneamento, aumento dos casos de poluição e nas tarifas da água. Diante desses desafios, os principais problemas são aqueles relacionados à extensão do acesso à água para a maioria da população e os meios para garantir esse acesso no futuro⁶⁶.

Obviamente, o surgimento dessa pandemia não significará necessariamente um afastamento das fortes desigualdades no fluxo de água, da qualidade da água fornecida e dos frequentes e duradouros cortes no fornecimento de água na maioria das cidades⁶⁷. Com efeito, o aumento da escassez de água, a intermitência do suprimento de água, as más redes de infraestrutura para fornecer água potável de qualidade e a fragmentação espacial que caracteriza muitas cidades representam um desafio para suprimir a propagação do COVID-19⁶⁸.

Essa questão é ainda mais difícil para as populações mais pobres, que não apenas recebem abastecimento irregular de água, mas também atendem às suas necessidades diárias de água,

⁶⁴ NGUYEN, E; SOMAYAJULA, N. Access to vital water in the COVID-19 response. 2020. Disponível em: < <https://www.hrw.org/news/2020/03/22/access-water-vital-covid-19-response-0>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁶⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus: interim guidance. WHO Global: 2020. 9 p. Disponível em: < <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-IPC-WASH-2020.4>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁶⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. Joint monitoring program for water supply and sanitation. Progress on drinking water and sanitation. Update 2015. Geneve: WHO, UNICEF; 2015.

⁶⁷ TURATTI, L. Direito à água: uma resignificação substancialmente democrática e solidária de sua governança. Tese. Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2014.

⁶⁸ VILLELA, D. A. M. O valor da redução dos picos epidêmicos do COVID-19 para respostas mais efetivas à saúde pública. Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, Uberlândia, v. 53, e20200135, p. 1-2, mar., 2020.

elencada como um direito efetivamente fundamental à saúde e a vida. Essa crise oferece a oportunidade de atuar tanto com a implementação de políticas públicas ao acesso à água, como e, principalmente, como atuação do Direito, na concretização do direito ao acesso e fornecimento de água potável para as populações carentes ou mais pobres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora os Estados devam dar prioridade à garantia do fornecimento de água para uso pessoal e doméstico, também devem ser tomadas medidas para garantir a disponibilidade e a sustentabilidade da água para a produção de alimentos, higiene ambiental, segurança dos meios de subsistência, diante do enfrentamento a COVID-19, especialmente pela orientação de sua prevenção dada às medidas de higienização frequente das mãos.

Assim, o objetivo proposto foi compreender qual a função e o direito da população ao acesso de água potável frente à pandemia da COVID-19. Indiferentemente da atual situação, acredita-se que o direito a água é essencial para a manutenção da saúde e à vida humana. E, embora a COVID-19 não tenha sido detectado na água potável é imprescindível proteger os recursos hídricos, pois estes não possuem a barreira adicional de proteções naturais contra contaminação. Sejam estas, de todas as suas formas e níveis possíveis.

Além disso, como forma de alerta global, trata-se de uma adequação emergente da água no contexto social, econômico, climático e ecológico predominante, pois a mesma deve ser entendida como um direito de proteção à saúde, como meio de prevenção e disseminação de patógenos e da COVID-19, de acordo com as recomendações de higiene.

Sendo assim, é possível criar condições concretizas para o abastecimento e acesso de água e saneamento as populações de maior vulnerabilidade, bem como adequação nos pontos de maior surto do coronavírus, implementar estratégias de enfrentamento da escassez como sistemas de reutilização de água potável, novos padrões regulatórios para desinfecção, minimizando os impactos ambientais e conscientizando a coletividade quanto ao seu direito à água, mas também a responsabilidade para as práticas de conscientização no uso e consumo.

Por fim, resta claro que, embora o vírus da COVID-19 não se propague em meio a potabilidade, os sistemas de água em um cenário responsável pela manutenção da saúde requerem re-conceitualização do direito ao acesso à água, pois metade da humanidade, ou mais, não possui. Globalmente, muitas pessoas enfrentam rotineiramente violações a esse direito básico, afetando seu bem-estar, suas chances de vida e de saúde.

De acordo com a ONU a luta mundial contra a pandemia tem pequena chance de êxito a principal medida para prevenir o contágio não está disponível para 2,2 bilhões de pessoas, que não têm qualquer acesso a serviços seguros de água.

Devido ao foco restrito do direito à água, os desafios mais amplos em torno do acesso à água para sobrevivência e meios de subsistência no contexto das mudanças climáticas, sociais, culturais, econômicas e pandêmicas não estão sendo considerados. Trata-se de uma reconstrução do direito à saúde por meio da oferta e disponibilidade da água e saneamento adequados que respeitem, protejam e cumpram aspectos do direito à água, como meio de resguardar a saúde, como direito fundamental e de dignidade humana.

O fornecimento de água potável, saneamento e higiene são essenciais para proteger a saúde humana em todos os surtos de doenças infecciosas, sem água, impossibilita, sem água segura, dificulta vencer a Pandemia da COVID-19.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDERSON, R. M; HEESTERBEEK, H; KLINKENBERG, D; HOLLINGSWORTH, T. D. **How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemic?** The Lancet, v. 395, n. 21, p. 931-934, mar., 2020.

BROWN, C; NEVES-SILVA, P; HELLER, L. **The human right to water and sanitation: a new perspective for public policies.** Cien Saude Colet., v. 21, n. 3, p. 661-670, 2016.

CENTRO CHINÊS DE CONTROLE E PREVENÇÃO DE DOENÇAS (CCDC). **As características epidemiológicas de um surto de novas doenças de coronavírus de 2019 (COVID-19).** China. 2020. Disponível em: <http://weekly.chinacdc.cn/en/article/id/e53946e2-c6c4-41e9-9a9bfea8db1a8f5> 117 Acesso em: 12 abr. 2020.

COCO, A; DIAS, T. de S. **Due Diligence and COVID-19: duties of states to prevent and stop the coronavirus outbreak. 2020.** Disponível em: < <https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado.** Trad. Perfecto Andrés Ibánêz. Madrid: Trotta, 2018.

HALL, Ralph P; VAN KOPPEN, Barbara; VAN HOUWELING, Emily. **The human right to water: the importance of domestic and productive water rights.** Sci Eng Ethics, v. 20, n. 4, p. 849-868, 2014.

HUANG, C; WANG, Y; LI, X; REN, L; ZHAO, J; HU, Y; et al. **Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China.** Lancet, v. 395, n. 10223, p. 497-506, feb., 2020. doi:10.1016/S0140-6736(20)30183-5.

KAHN, R. nCOV - **Understanding an epidemic.** 2020. Disponível em: < <https://ccdd.hsph.harvard.edu/research/ncov-making-sense-of-an-epidemic/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

LI, Q; GUAN, X; WU, P; WANG, X; ZHOU, L; TONG, Y; REN, R; LEUNG, K. S. M; LAU, E. H. Y; WING, J. Y; XING, X; XINAG, N. M; et al. **Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus-Infected Pneumonia.** New England Journal of Medicine, v. 382, p. 1199-1207, mar., 2020.

NEVES-SILVA, P; HELLER, L. **O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis.** Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 6, p. 1861-1869, jan./jun., 2016.

NGUYEN, E; SOMAYAJULA, N. **Access to vital water in the COVID-19 response.** 2020. Disponível em: < <https://www.hrw.org/news/2020/03/22/access-water-vital-covid-19-response-0>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE- OMS. **Declaração sobre a segunda reunião do Comitê de Emergência dos Regulamentos Sanitários Internacionais sobre o surto de novo coronavírus (2019-nCoV),** Genebra, Suíça, 30 de janeiro de 2020. 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-\(2005\)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-declaração-na-segunda-reunião-das-normas-internacionais-de-saúde-(2005)-comitê-de-emergência-sobre-o-surto-de-novo-coronavírus-(2019-ncov))>. Acesso em: 09 mai. 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales,** Tecnos, Madrid, 1994.

PNUD. **Relatório do desenvolvimento humano 2006.** 2006. Disponível em: < <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20006.html>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

ROTHER, C; SCHUNK, M; SOTHMANN, P; BRETZEL, G; FROESCHL, G; WALLRAUCH, C; ZIMMER, T; THIEL, V; JANKE, C. **Transmission of 2019-nCoV infection from an asymptomatic contact in Germany.** New England Journal of Medicine, v. 382, n. 10, p.970–971, jan., 2020.

TURATTI, L. **Direito à água: uma resignificação substancialmente democrática e solidária de sua governança.** Tese. Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e

Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2014.

VILLELA, D. A. M. **O valor da redução dos picos epidêmicos do COVID-19 para respostas mais efetivas à saúde pública.** Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, Uberlândia, v. 53, e20200135, p. 1-2, mar., 2020.

WINKLER, I; ROAF, V. **The human rights framework for water services.** In: BARTRAM, J; BAUM, R; COCLANIS, P; GUTE, D. M; KAY, D; MCFADYEN, S; POND, K; ROBERTSON, W; ROUSE, M. J. (editors). Routledge handbook of water and health. London: Reutledge; 2015. p. 514-552.

WMHC. **Summary of the Wuhan municipal health and health commission on the current pneumonia epidemic situation in our city. 2020.** Disponível em: <<http://wjw.wuhan.gov.cn/front/web/showDetail/2019123108989>>. Acesso em 13 abr. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, (WHO), UNICEF. **Joint monitoring program for water supply and sanitation.** Progress on drinking water and sanitation. Update 2015. Geneve: WHO, UNICEF; 2015.

_____. **Coronavirus disease 2019 COVID-19: situation Report 56.** 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/defaultsource/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

_____. **Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus: interim guidance.** WHO Global: 2020. 9 p. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-IPC-WASH-2020.4>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

WAN, Y.; et al. **Enteric involvement in hospitalised patients with COVID-19 outside Wuhan.** The Lancet Gastroenterology & Hepatology, v. 5, p. 534-535, 2020.

WU, J. T; LEUNG, K; LEUNG, G. M. **Nowcasting and forecasting the potential domestic and international spread of the 2019-nCoV outbreak originating in Wuhan, China: a modelling study.** The Lancet, v. 395, v. 10225, p. 689-697, fev., 2020.

XU, Y.; et al. **Characteristics of pediatric SARS-CoV-2 infection and potential evidence for persistent fecal viral shedding.** Nature Medicine, 26, p. 502-506, 2020.

ZHANG, S; DIAO, M; YU, W; PEI, L; LIN, Z; CHEN, D. **Estimation of the reproductive number of novel coronavirus (COVID-19) and the probable outbreak size on the Diamond Princess cruise ship: A data-driven analysis.** International Journal Infect Disease, v. 93, n.e, p. 201-204, 2020.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19: SOLUÇÃO JURÍDICA PARA A NÃO PARALISAÇÃO DO PROCESSO OU PRÁTICA VIOLADORA DAS NORMAS LEGAIS QUE REGEM O INSTITUTO PROCESSUAL?

Ariane Faverzani da Luz¹

Ivanio Formighieri Müller²

Luis Angelo Dallacort³

INTRODUÇÃO

A pandemia ocasionada pela Covid-19 impactou de forma severa vários âmbitos da sociedade, dentre eles o poder judiciário, que se viu obrigado, devido às medidas de isolamento e de distanciamento social, a interromper as audiências de instrução presenciais. Dessa forma, com o intuito de assegurar a manutenção dos processos que tramitam, procedeu-se pela implementação das audiências de forma virtual, as videoconferências, que passaram a ser utilizadas nos Tribunais de Justiça brasileiros diante do atual cenário causado pelo coronavírus.

Nesse sentido, em que pese a realização da audiência de instrução por videoconferência revele peculiaridades que podem impactar diretamente na produção da prova testemunhal e no depoimento pessoal, verifica-se que, ao não realizar as audiências de instrução de modo virtual durante a crise sanitária decorrente da Covid-19, são ocasionados inúmeros prejuízos à coletividade além da ofensa aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, como o da celeridade processual. Ressalta-se, ainda, que o acesso a uma resposta jurisdicional célere é um direito consagrado na Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo dever do Estado, portanto, garantir esse direito.

Assim, utilizando-se do escopo teórico-bibliográfico e do método hipotético-dedutivo, será

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio CAPES. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Meridional (IMED). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogada. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: 115907@upf.br.

² Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: ivanioformighieri.adv@gmail.com.

³ Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio CAPES. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: luisdallacort92@gmail.com.

realizada uma concisa exposição sobre as audiências virtuais utilizadas pelo poder judiciário e os óbices dessa prática de acordo com o Código de Processo Civil. Para tanto, em um primeiro momento, serão apresentadas as disposições que direcionam as audiências no Código de Processo de Civil, demonstrando a impossibilidade da realização da audiência de instrução virtualmente. Em seguida, expõe-se argumentos favoráveis à realização da audiência de instrução por videoconferência, bem como os princípios que fundamentam a viabilidade dessa prática.

1. AUDIÊNCIA VIRTUAL DIANTE DOS ÓBICES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DEPOIMENTO (I) “PRÉ-ARRANJADO”; (II) POR QUEM AINDA NÃO DEPÔS; (III) DIANTE DA COMUNICABILIDADE DE TESTEMUNHAS

Com efeito, a realização de audiência de instrução por videoconferência é uma realidade nos Tribunais de Justiça brasileiros diante do atual cenário pandêmico decorrente no Novo Coronavírus, de modo que a nova prática tornou a virtualização da prova necessária a fim de garantir que o processo tenha seu curso garantido.

Nada obstante, o óbice enfrentado à vista da “nova prática” se direciona à execução fiel do Poder de Polícia que detém o Magistrado quanto à verificação de inconcretudes e ilegalidades na produção da prova oral, relativamente à tomada do depoimento pessoal.

É incontroverso que o Código de Processo Civil⁴ não veda que seja realizada audiência de instrução por meio digital (videoconferência), como se infere no disposto no artigo 356 do citado diploma legal⁵: “no dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência de instrução e julgamento e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar”.

Em verdade, o parágrafo 3º do artigo 385 do CPC⁶ dispõe sobre a possibilidade de tomada do depoimento pessoal de quem reside em comarca diversa:

O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo **poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico** de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento (grifo nosso).

⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Entretanto, mesmo diploma legal⁷ não permite a comunicabilidade das testemunhas, veda o acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs e, ainda, proíbe o depoimento “pré-arranjado”, embasado em escritos preparados a anteceder o ato aprazado.

Primeiramente, quanto à vedação de acompanhamento do depoimento pessoal, veja-se a lição de Marinoni e Arenhart⁸: “quando ambas as partes devam prestar depoimento pessoal, o magistrado providenciará que uma não assista ao depoimento da outra, devendo-se, em primeiro lugar, ouvir o autor, e, depois, o réu”.

Nesse sentido, transcreve-se o disposto no artigo 385, § 2º, do CPC⁹:

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 2º É **vedado** a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte (grifo nosso).

Noutro ponto, em relação à incomunicabilidade das testemunhas e sua consequente inquirição, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁰:

O juiz deve tomar as providências para que as testemunhas sejam inquiridas separadamente, de modo que uma não ouça o depoimento das outras. Objetiva-se, assim, evitar que uma testemunha seja influenciada pelo depoimento da outra. A ordem de oitiva das testemunhas obedece à regra do ônus da prova (art. 373, CPC).

Nesse ínterim, importa registrar o previsto no artigo 456 do Código de Processo Civil¹¹: “o juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras”.

Destaca-se que a influência de um depoimento dado não deverá interferir no outro à vista da necessidade de se conquistar a busca real e efetiva da verdade, de modo que a realização de audiência por videoconferência poderá corromper a higidez da colheita do depoimento, pois é real a possibilidade da violação do supracitado artigo.

⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 317.

⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 583.

¹¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

No que concerne à oitiva em separado das testemunhas, lecionam Marinoni e Arenhart¹²: “as testemunhas são ouvidas separadamente, não podendo aquela que ainda não depôs ouvir a declaração da outra”, ou seja, para se dar a concretude da colheita da prova, a oralidade independente e fiel deve ser obedecida.

A busca da Justiça muitas vezes só se concretiza e se efetiva pela produção da prova oral, embasada pelo Poder de Polícia que o Juiz Presidente da solenidade detém, poder este que poderá ser corrompido diante da impossibilidade do controle da legalidade e da licitude na colheita da prova nos termos previstos no Código Processual.

Com efeito, uma vez que o magistrado presidente da audiência não esteja no mesmo espaço físico dos demais, mostra-se incontroversa a possibilidade das partes (depoentes, testemunhas, advogados ou peritos) se utilizarem de práticas ilegais para a produção da prova, como, por exemplo, a utilização de programas *teleprompter* ou outros que possibilitem a condução da prova viciada e pretendida por determinada parte, o que vicia e anula o processo.

Nesse viés, veja-se o previsto no artigo 397 do Código de Processo Civil¹³: “a parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, **não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados**, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos” (grifo nosso).

Ora, é incontroverso que o Juiz, ao não estar no mesmo local físico do depoente, não poderá exercer o Poder de Polícia quanto à eventual prática de leitura do teor do depoimento ou até mesmo de mudança de produção da prova (tese de defesa), orientada, inclusive, pelo advogado que patrocina a causa, concretizando o chamado e proibido depoimento “pré-arranjado”.

A Resolução nº 314/2020 do Conselho Nacional de Justiça¹⁴, a qual prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020¹⁵, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências e prevê em seu

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. p. 379.

¹³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020**. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Resoluções. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 30 nov. 2020.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 30 nov. 2020.

artigo 6º, § 3º¹⁶, que:

As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais

Na prática, se vê que existe a faculdade das partes e seus respectivos causídicos avaliarem se concordam ou não com a realização do ato probatório por meio de videoconferência, de modo que eventual dúvida sobre a veracidade, legalidade e licitude na colheita do depoimento se assimila à análise das condições probatórias e do próprio pedido e causa de pedir.

Deveras, em se tratando de um ato geral e de ordem processual, o artigo 190 do Código de Processo Civil¹⁷ permite que a produção da prova por videoconferência se condicione à vontade das partes envolvidas, porquanto prevê expressamente que:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Isso quer dizer que poderão estipular os envolvidos no litígio e, de fato, requerer ao Juízo Presidente do processo, a suspensão dos autos até que haja segurança na colheita da prova nos moldes anteriores ao início da pandemia pelo Novo Coronavírus - presencial, sobretudo objetivando preservar a licitude e legalidade processual.

Nesse contexto, poderá se ter um entrave jurídico pelo desinteresse de determinada parte em querer realizar o ato probatório e desacelerar o processo, o que demanda seja proferida decisão judicial para fins de prequestionamento das razões que suscitaram o interesse na paralisação do processo, já que impede a celebração do negócio jurídico processual.

No mais, incontroverso que as relações sociais se dão de modo avançado pelas tecnologias que direcionam e comandam a vida cotidiana, principalmente por *smartphones*, que são mecanismos que aproximam as pessoas pela facilidade que possuem diante da conexão instantânea com a *internet*, cujo equipamento pode auxiliar na produção ilegal e ilícita da prova.

Nesse contexto, verifica-se que a figura do julgador poderá se mostrar relevante e

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

imprescindível para aferir se a colheita do depoimento está em consonância com a ordem jurídica, ou seja, seguindo as premissas processuais no que tange à veracidade e à autenticidade do depoimento, objetivando-se a prova concreta e limpa.

Por outro lado, permite-se indagar se em tempos de pandemia, onde não se possui real certeza e segurança sobre as nuances sociais, políticas e sanitárias que poderão ocorrer, é acertado e congruente paralisar o processo a fim de garantir a segurança do depoimento sem que haja ilicitudes ou ilegalidades decorrentes da audiência por videoconferência.

Nesse passo, uma vez sendo proibida a colheita de depoimento “pré-arranjado”, bem como não permitido que as testemunhas tenham acesso umas ao depoimento das outras, assim ocorrendo quanto ao depoimento do autor e réu, permite-se indagar qual é a linha jurídica a ser defendida.

Isso porque os princípios da economia e celeridade processual, bem como da razoável duração do processo são premissas principiológicas inseridas nos Códigos Processuais e na Constituição Federal que dão azo a efetivar a tutela de mérito satisfativa, concretizando o acesso à justiça, a qual, muitas vezes, depende da produção de prova testemunhal.

2. A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, DA CELERIDADE PROCESSUAL E DO ACESSO À JUSTIÇA NA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA PELA COVID-19

A realização da audiência de instrução por videoconferência revela peculiaridades que podem impactar diretamente na produção da prova testemunhal e do depoimento pessoal, conforme demonstrado anteriormente. No entanto, denota-se que não realizar as audiências de instrução de modo virtual durante a crise sanitária ocasionada pela Covid-19, além de acarretar prejuízos à coletividade, implica no descumprimento de inúmeros princípios que contemplam e orientam o ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre esses princípios, cita-se o princípio da razoável duração do processo e da celeridade processual, os quais foram introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁸ e estão previstos no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal do Brasil¹⁹ com a pretensão de

¹⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 1 dez. 2020.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

garantir “a todos, no âmbito judicial e administrativo, [...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Também, o princípio da economia processual – disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 -, que objetiva “[...] poupar tempo, resguardar qualquer desperdício nas despesas processuais, na tramitação do processo, bem como nos atos processuais, garantindo maior segurança no curso do processo”²⁰.

Por fim, outro princípio passível de violação é o princípio do acesso à justiça, o qual está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil de 1988²¹ e determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sobre isso, Tristão e Fachin²² aludem:

O acesso à justiça é verdadeiro princípio constitucional fundamental, um direito fundamental que deve nortear a interpretação constitucional e servir como diretriz para a atividade interpretativa, influenciando, assim, todo o ordenamento jurídico, desde o momento legiferante, passando pela aplicação concreta da lei até a necessidade de se franquear opções para sua efetivação, justamente o que possibilita uma construção da democracia de forma justa e igualitária.

Sabe-se que a superação do atual cenário pandêmico é incerta, não sendo possível prever quando a sociedade poderá retomar as suas atividades de acordo com a normalidade que estava habituada, incluindo, nesse contexto, a realização de audiências presenciais. Assim, o âmbito jurídico não deve ficar à mercê do término da pandemia da Covid-19, tampouco do relaxamento dos protocolos de distanciamento social para dar continuidade à prestação jurisdicional, devendo estabelecer maneiras seguras que impeçam a paralisação de milhões de processos, a violação de princípios, bem como que assegurem a preservação da saúde dos magistrados, dos advogados e dos usuários do sistema de justiça.

A audiência de instrução por videoconferência, de fato, pode facilitar o cometimento de irregularidades em relação à prova testemunhal e ao depoimento pessoal, haja vista a ausência das testemunhas e das partes no mesmo espaço físico que o magistrado, o qual teria maiores possibilidades de fiscalização do procedimento e impedimento de possíveis irregularidades. Por essa razão, tal audiência não é imposta, podendo ocorrer apenas quando houver o consenso das

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2020.

²⁰ FIGUEIREDO, Renata. A Aplicação da Lei Federal nº 11.441/07 sob a Ótica dos Princípios da Celeridade e da Economia Processual. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 10, p. 119-145. 2012. p. 126.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²² TRISTÃO, Ivan Martins; FACHIN, Zulmar. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 13, p. 47-64, nov. 2009. p. 53.

partes processuais, de acordo com o artigo 190 do Código de Processo Civil²³.

Ressalta-se que a possibilidade de comunicabilidade entre as partes e as testemunhas já existia na realização de atos virtuais anteriores à pandemia, no acesso antecipado ao depoimento (no caso dos artigos 365, 381 e 453, I e II, do CPC)²⁴, bem como na utilização de escritos elaborados previamente. Além disso, a prática forense demonstra que não há uma preocupação em garantir a incomunicabilidade entre as testemunhas e/ou entre as partes preliminarmente à inquirição, visto que todos permanecem no mesmo local ao aguardarem para depor e não há um servidor responsável por fiscalizar a não interação entre os indivíduos.

Logo, vislumbra-se que a intenção não é evitar o contato prévio entre as partes e as testemunhas, mas, sim, impedir que tenham conhecimento dos depoimentos/testemunhos colhidos antes do seu a fim de que não sejam influenciadas. Tal impedimento é completamente viável na audiência virtual, pois basta não autorizar a entrada e/ou permanência na sala virtual durante a colheita da prova, assemelhando-se, assim, ao procedimento realizado presencialmente.

Portanto, nota-se que na modalidade presencial, mesmo havendo contato entre os envolvidos no processo durante o momento que aguardam para depor, não há sequer presunção de prejuízo ao litígio. Por conseguinte, não há coerência em estabelecer prejuízo nas audiências feitas por videoconferência sem este ser comprovado.

Destaca-se, também, que a análise feita pelo juiz sobre o teor do depoimento pessoal ou do testemunho é capaz de identificar se houve prejuízo na produção da prova caso ocorra comunicação entre as partes e/ou testemunhas. Outrossim, evidencia-se que compete ao juiz alertar os advogados, as partes e as testemunhas das possíveis sanções processuais e éticas cabíveis em caso de descumprimento das normas e de prática de condutas desonestas com a finalidade de obter vantagens indevidas.

Nesse sentido, conta-se com a boa-fé dos advogados e das partes processuais, os quais devem respeitar as vedações legais impostas, bem como estar atentos a qualquer irregularidade com o intuito de garantir o alcance da atividade satisfativa. Sendo assim, o artigo 4º do Código de Processo Civil²⁵ assevera que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, assim como o artigo 5º do mesmo diploma

²³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

legal²⁶ dispõe que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

As audiências de instrução por videoconferência, portanto, são um instrumento que visa o alcance da celeridade processual e a desburocratização do sistema de justiça, reproduzindo, dentro do possível, as diretrizes de uma audiência presencial²⁷. Além disso, “a videoconferência é um recurso tecnológico que possibilita a manutenção do serviço à sociedade e do bem público em tempos difíceis [...] por atender a finalidade constitucional da ampla defesa e acesso ao Poder Judiciário”²⁸.

Nesse viés, o ministro Dias Toffoli cita que, além de as audiências virtuais buscarem se assemelhar aos atos processuais presenciais, também devem assegurar o cumprimento dos princípios, dos direitos e dos deveres dos envolvidos:

As audiências virtuais devem buscar a máxima equivalência com os atos realizados presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade do procedimento e a segurança da informação e da conexão²⁹.

Assim sendo, o adiamento das audiências de instrução em decorrência da pandemia não se apresenta como a melhor opção, tendo em vista que não se pode prever quando esse cenário irá findar, tornando possível a realização de atos presenciais. Igualmente, deve-se preservar os princípios da eficiência, da celeridade, da razoável duração do processo, da economicidade e do acesso à justiça que regem o direito.

Ainda, a possibilidade de violação à incomunicabilidade das testemunhas não é suficiente para impedir a realização de audiências por meio de videoconferência, pois os tribunais estão empenhados para garantir que os atos virtuais sejam realizados de acordo com as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, infere-se que não se mostra passível de violações apenas a audiência de instrução realizada por videoconferência, mas também o próprio trâmite processual presencial, conforme demonstrado.

²⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

²⁷ GOMES, Rodrigo Carneiro. A Lei 11.900/2009 e a Adoção da Videoconferência no Brasil. **Revista dos tribunais**, v. 3, p. 1209 – 1230. 2012.

²⁸ ALMEIDA, Marcelo Pereira de; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça - algumas reflexões e hipóteses. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 31, p. 1-15. 2020. p. 12.

²⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Realização de audiência por vídeo durante a pandemia não configura cerceamento de defesa. **Superior Tribunal de Justiça**, 5 out. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05102020-Realizacao-de-audiencia-por-video-durante-a-pandemia-nao-configura-cerceamento-de-defesa.aspx>. Acesso em: 1 dez. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 exigiu medidas drásticas de contenção dos deslocamentos das pessoas e de interrupção de realização de reuniões, com o intuito de impedir a sua propagação. Entretanto, tais medidas impactaram diversos âmbitos sociais, dentre eles o poder judiciário, despertando assim a necessidade desse órgão encontrar soluções temporárias para dar continuidade aos processos que tramitam nos tribunais brasileiros.

Desse modo, as audiências virtuais passaram a ser adotadas para garantir o bom andamento processual, e garantir uma resposta jurisdicional célere. O Código de Processo Civil brasileiro, disciplina uma série de instruções sobre o bom andamento processual e sobre a realização de audiências de instrução que são fundamentais para o total entendimento da lide. Assim, são vedadas a comunicabilidade das testemunhas, o acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs, bem como o depoimento embasado em escritos preparados anteriormente, sendo que essas instruções também devem ser válidas para as videoconferências.

No contraponto das audiências realizadas de forma síncrona, origina-se a discussão sobre as possíveis irregularidades durante construção da prova testemunhal e do depoimento pessoal, uma vez que o juiz e as testemunhas não se encontram no mesmo espaço físico. Desse modo, para evitar debates sobre a temática, os procedimentos realizados por vídeo, podem ser opcionais, tendo as partes a possibilidade de adotar essa medida, através do negocio jurídico aguardando as atividades serem retomadas pós- pandemia.

Em vista disso, constata-se que as audiências por videoconferência são muito mais benéficas que prejudiciais. Muitas das demandas que chegam ao judiciário são demandas urgentes e necessitam de uma resposta jurisdicional célere. Logo, valer-se da tecnologia no atual cenário pandêmico para permitir a celeridade processual é de suma importância e demonstra o interesse do poder judiciário em efetivar o acesso à justiça para todos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça - algumas reflexões e hipóteses. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 31, p. 1-15. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Legislação. Códigos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 de Nnov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020**. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Resoluções. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FIGUEIREDO, Renata. A Aplicação da Lei Federal nº 11.441/07 sob a Ótica dos Princípios da Celeridade e da Economia Processual. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 10, p. 119-145. 2012.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A Lei 11.900/2009 e a Adoção da Videoconferência no Brasil. **Revista dos tribunais**, v. 3, p. 1209 – 1230. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; ARENDTH, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Realização de audiência por vídeo durante a pandemia não configura cerceamento de defesa. **Superior Tribunal de Justiça**, 5 out. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05102020-Realizacao-de-audiencia-por-video-durante-a-pandemia-nao-configura-cerceamento-de-defesa.aspx>. Acesso em:

1 dez. 2020.

TRISTÃO, Ivan Martins; FACHIN, Zulmar. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 13, p. 47-64, nov. 2009.

O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS TRANSGÊNERAS: A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E ESTRUTURANTE DO SISTEMA PENAL

Rafhaelle Cristina Alves Fernandes¹
Josiane Petry Faria²

INTRODUÇÃO

A violência praticada contra travestis e transexuais é constantemente noticiada em função dos preconceitos da sociedade brasileira, que utiliza desse meio para impedir que eles exerçam sua liberdade sexual. Situações como essa se dão de forma superior quando transgêneros se encontram privados de liberdade, já que é local conhecido por violar de forma constante os direitos dos presidiários.

O ambiente do cárcere é entendido como um local onde diversos direitos humanos são violados e que não garante as mínimas condições para se viver dignamente. Muito disso ocorre em função da fragilidade do sistema penal brasileiro e da superlotação das casas prisionais. Quando tal fator é aplicado ao recorte de gênero percebe-se que há considerável piora nas condições de vida das presas, porém ao delimitar ainda mais e verificar a situação dos transgêneros a dimensão da violência que estão submetidos é incalculável.

Em função disso, observa-se que por ser o Estado responsável pela garantia dos direitos daqueles presos sob seu domínio, é imprescindível questionar se a ocorrência da violação do direito à identidade de gênero dos transexuais e travestis privados da sua liberdade é uma forma de violência estatal.

Desta forma, verificou-se a necessidade de analisar à identidade de gênero, com base no entendimento de sexo e gênero, bem como a existência do padrão binário de gênero que tem

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Dimensões do poder gênero e diversidade do PPG Direito UPF. E-mail: 150440@upf.br. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0703167369311939>.

² Possui pós-doutoramento no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Rio Grande. Doutora pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Prosup e PDSE/Capes na Universidade de Sevilla/Espanha. Mestre em Direitos Fundamentais e Relações de Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul (2005). Especialista em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas (2002). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2000). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Professora Titular da Faculdade de Direito UPF. Vice-Presidente da Comissão da Mulher Advogada Passo Fundo/RS. Conselheira do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher (COMDIM). Coordenadora do Programa de Extensão universitária PROJUR Mulher e Diversidade. Coordenadora do grupo de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPGDireito. Pesquisadora do GTJUS/Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade. Advogada. E-mail: jfaria@upf.br. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6863685994450647>.

grande influência para que existam discriminações de gênero, em seguida estudando os direitos que decorrem da identificação de gênero do indivíduo e como é dever do Estado garanti-los. Igualmente importante o exame de como o poder estatal pode gerar violência, de que forma isso desencadeia em um direcionamento a pessoas mais vulneráveis, ainda mais quando colocados em situação onde o Estado tem poder para utilizar de meios violentos. Por fim, realizada pesquisa a respeito da criminalidade feminina e vulnerabilidade em que estão postas em função da sociedade patriarcalista e androcentrista e qual a influência do Estado na violação dos direitos das pessoas transgêneras privadas da liberdade.

Assim sendo, a pesquisa se iniciou em função do conhecimento a respeito de um Habeas Corpus proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, onde determinou a transferência de duas travestis que estavam em estabelecimento prisional masculino para um compatível com seu gênero. Sua fundamentação para tal decisão foi na Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, a qual determina parâmetros a serem seguidos no tratamento de LGBT+ no sistema prisional. Atrelada a necessidade de realização de trabalho de conclusão do curso de Direito, surgiu o presente artigo.

1. DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO: UMA HISTÓRIA DE TRANSGRESSÃO E RE-EXISTÊNCIA

Desde muito cedo a sociedade expõe padrões nos quais retrata o que entende por certo e errado. Ao longo dos anos tem se evitado falar sobre o assunto sexo, sendo este tratado como tabu social e constantemente reprimido, principalmente por motivo de ser facilmente entendido como o ato sexual. Para que ocorra o debate acerca deste assunto o interlocutor deve deixar para trás as ideologias ultrapassadas inseridas culturalmente na sua construção de seus valores. Foram influência como essas que fizeram o sexo ser comumente confundido como sinônimo de gênero.³

O sexo é por muitos entendido como algo baseado no corpo biológico do ser humano, um dado natural e histórico.⁴ Ou seja, ao se referir a sexo, fala-se em anatomia, órgãos genitais e demais características genéticas corporais⁵. Porém, para que um humano possa ser caracterizado como masculino ou feminino, homem ou mulher, não devem ser analisadas as suas características anatômicas, mas sim observar o comportamento pessoal, como se porta perante a sociedade e

³ BEZERRA, Beatriz Caroline. **As dificuldades que os transexuais enfrentam nas prisões**. Caruaru: ASCES/UNITA, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/836>. Acesso em: 15 dez. 2019, p. 16.

⁴ ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. IX, n. 1, jan/jun 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020, p. 50.

⁵ BEZERRA, Beatriz Caroline. **As dificuldades que os transexuais enfrentam nas prisões**. Caruaru: ASCES/UNITA, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/836>. Acesso em: 15 dez. 2019, p. 16.

com qual gênero se identifica.⁶

Nesse sentido, o termo “gênero” começou a ser muito utilizado por feministas americanas que tinham como objetivo ressaltar o caráter das diferenças baseadas no sexo, indicando uma rejeição ao regramento biológico dos termos “sexo” e “diferença sexual”. Ainda, tinha como finalidade enfatizar os aspectos relacionados com as normas da feminilidade.⁷

Nessa linha, Lanz⁸ afirma que, gênero é uma concepção cultural inconstante na qual diverge com o decorrer dos anos e nas diferentes culturas. Esclarece que, em geral, são reconhecidas duas categorias de gênero, as quais buscam retratar as duas categorias centrais do sexo genital, sendo essas homem e mulher, macho e fêmea.

A identidade social é uma construção, em consequência disso os seres humanos nascem machos ou fêmeas, e, através da educação, tornam-se homens e mulheres.⁹ Sob esse aspecto, ao anunciar no nascimento de um ser humano dizendo que “é uma menina” ou “é um menino”, inicia-se o processo que seguiria um certo trajeto. É possível entender esta declaração mais do que como um simples relato, mas sim como um veredito sobre um corpo.¹⁰

Esta divisão estrita de categorias de gênero é imposta pela sociedade, que força as pessoas a se enquadrarem nelas em razão do seu sexo biológico. Isso ocorre porque homens e mulheres são apresentados à sociedade em divergentes atuações, enquadrados em uma cultura que preserva o homem como mais importante socialmente.¹¹

No entanto, esta discussão a respeito de sexo e gênero foi inicialmente criada para debater a ideia de que a biologia é uma sina, assim, segue o pensamento de que o gênero é construído socialmente, não se tratando de uma consequência do sexo e muito menos tão externamente definido quanto este. Portanto, ao assumir que o gênero é a interpretação cultural do corpo sexuado, perde-se a afirmação de que este sucede de um sexo. Em seu extremo, a existência de distinção entre sexo e gênero transmite uma brusca ruptura entre corpos sexuados e gêneros

⁶ BEZERRA, Beatriz Caroline. **As dificuldades que os transexuais enfrentam nas prisões**. Caruaru: ASCES/UNITA, 2017. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/836>. Acesso em: 15 dez. 2019, p. 18.

⁷ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 04 de fev. 2020, p. 90.

⁸ LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 70.

⁹ SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987, p. 10.

¹⁰ LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**. 3 rev. amp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 17.

¹¹ LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 30.

desenvolvidos culturalmente.¹²

Este pensamento pós-estruturalista tem fundamento, em sua maioria, no que é chamado de teoria queer, a qual entende que gênero e sexo são apenas discursos formalmente criados social, política e culturalmente, não tendo qualquer origem biológica. Deste modo, tanto o gênero quanto o sexo deveriam ser entendidos como produções culturais, ao invés de distingui-los de forma que o sexo é estipulado pela biologia e o gênero pela cultura.¹³

A afirmação de que o gênero é construído insinua um possível determinismo de significado de gênero, inscritos em corpos distintos biologicamente, estando passíveis de uma lei cultural rígida e indiscutível. Assim, no momento em que é aplicada esta lei à cultura que constrói o gênero, ela traz a sensação de que este é tão marcada e estipulada quanto na ideia de que a biologia é o destino. Então, o destino passa a ser a cultura, e não mais a biologia.¹⁴

Fraser¹⁵ afirma que o androcentrismo é uma das principais particularidades da desigualdade de gênero, em virtude de permitir a construção de diretrizes que favorecem os atributos relacionados à masculinidade. Juntamente deste, encontra-se o sexismo cultural, o qual menospreza de forma geral aquilo que são considerados como comportamentos femininos. Esta depreciação fica exteriorizada através de diversos danos aos quais as mulheres são submetidas, englobando a violência e exploração sexual, violência doméstica familiar, de forma geral, objetificação, assédios e diversas formas de discriminação e exclusões que sofrem cotidianamente. Assim, entende que a predominância do androcentrismo e sexismo faz ser necessária a alteração dos princípios sociais que favorecem a masculinidade e desrespeitam as mulheres, devendo-se atribuir reconhecimento a este grupo injustiçado.

De forma geral, a sociedade se encontra inserida em um sistema binário de gêneros, construído através dos séculos, repetido de maneira habitual pelos padrões sociais de supremacia, onde cada gênero se encontra diretamente ligado a um sexo biológico.¹⁶ Este dispositivo binário,

¹² BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 25-26.

¹³ LANZ, Leticia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 51-52.

¹⁴ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 28-29.

¹⁵ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução: Julio Assis Simões. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006, p. 234.

¹⁶ MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política: uma introdução**. São Paulo: BOITEMPO, 2014.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MDH). **LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020, p. 79.

como o próprio nome afirma, aceita e autentica apenas duas categorias de gênero: homem e mulher (masculino e feminino), originadas e preservadas em total conexão com o sexo genital das pessoas.¹⁷

Assim, percebe-se que o binarismo de gênero se baseia e se constitui a partir de uma ideia de contrariedade, ou seja, ser homem significa não ser mulher, bem como declinar de tudo o que possa ser identificado como pertencente ao universo feminino.¹⁸ Portanto, é imposta e presumida uma limitação de gênero incluída no par binário, uma vez que a pessoa é do seu gênero em razão de não ser do outro gênero.¹⁹

Lanz²⁰ afirma que qualquer conduta que diverge das normas do binarismo de gênero é entendida como um desvio, caracterizando o perfil de uma pessoa transgênera. A concepção da transgeneridade é a transgressão, o distanciamento da norma binária de gênero, mas é, também, a origem da diversidade, revelando as barreiras do gênero como sistema de divisão dos seres humanos em apenas dois grupos, e, por outro lado, a variedade de expressões de identidade de gênero que ultrapassam os limites do binarismo.

Além disso, importante diferir a identidade de gênero do indivíduo intersexual. Intersexual é aquele indivíduo que nasceu com seu corpo entre (*inter*) o sexo masculino e feminino, possuindo, portanto, total ou parcialmente ambos os órgãos sexuais, ou um prevalecendo ao outro.²¹ Antigamente conhecido como hermafrodita, em função de terem ambos os órgãos desenvolvidos em seu corpo, é comum que, no nascimento, médicos realizem cirurgias na qual preservam um dos órgãos e eliminam o outro para poder enquadrá-los no padrão binário, homem ou mulher, existente.²²

O transgênero existe apenas em função da norma binária de gênero e seu modo de distinção, divisão e nivelação dos sujeitos é fundamentado unicamente no órgão genital do ser

¹⁷ LANZ, Letícia. **Dicionário Transgênero**. Curitiba: Transgente, 2016. Disponível em: <http://leticialanz.blogspot.com/2016/08/dicionario-transgenero.html>. Acesso em: 04 jan. 2020.

¹⁸ REIS, Monalisa Moraes Oliveira. A necessidade de repensar o paradigma binário de gênero. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE, v.2, 2019, Criciúma. **Anais** [...]. Criciúma: Editora Unesc, 2019. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/5821/5235>. Acesso em: 05 out. 2020, p. 11.

¹⁹ BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 52.

²⁰ LANZ, Letícia. **Dicionário Transgênero**. Curitiba: Transgente, 2016. Disponível em: <http://leticialanz.blogspot.com/2016/08/dicionario-transgenero.html>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 6.

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Para além do binarismo: transexualidades, homoafetividade e intersexualidades. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 224, 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5939>. Acesso em: 04 ago. 2020, p. 10.

²² LANZ, Letícia. **Dicionário Transgênero**. Curitiba: Transgente, 2016. Disponível em: <http://leticialanz.blogspot.com/2016/08/dicionario-transgenero.html>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 12.

humano ao nascer. O selo que diferencia os indivíduos transgêneros dos outros da sociedade é a transgressão. Se não fosse a transgressão, não existiria o armário, sequer as graves punições impostas socialmente às pessoas transgêneras. Não fosse isso, não existiria o preconceito, nem infâmia, nem distúrbio, nem transfobia.²³

No entanto, Spargo²⁴ afirma que as atitudes de um indivíduo não são fundadas na sua identidade de gênero, mas sim que a identidade de gênero existe em função dos comportamentos padrões que sustentam a normal de gênero. Ao se referir à identidade de gênero, constata-se que esta ocorre quando a identificação pessoal de gênero não é aquela que lhe foi atribuída geneticamente no nascimento, acreditando fielmente pertencer ao gênero oposto. Este fenômeno é conhecido como transgeneridade. Desta forma, diverge dos indivíduos cisgêneros, visto que estes possuem o gênero equivalente ao sexo determinado no nascimento.²⁵

Nesta senda, Lanz²⁶ afirma que,

Se existe o preconceito, o estigma, a intolerância e a discriminação é porque o trans de **trans-gênero** vem de **transgressão**. Transgressão ao dispositivo binário de gênero que determina o enquadramento das pessoas em um dos dois gêneros oficialmente reconhecidos – homem e mulher ou masculino e feminino – em função do órgão sexual que elas trazem entre as pernas ao nascer (grifo nosso).

Tratando-se de uma sociedade em que os padrões sociais pendem à hetenormatividade, os preconceitos dificultam a percepção dos direitos fundamentais garantidos ao público transgênero. A aparente distinção que ocorre em relação aos paradigmas impostos pela sociedade, faz com que estas pessoas não recebam o tratamento igualitário aos demais seres de direito, mesmo que a circunstância não justifique tais atitudes. Ao instituir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, o legislador procurou destacar que a base do Estado Democrático de Direito é determinada nesta percepção e significa valor vital ao indivíduo, sendo assim, a sociedade deve respeitá-lo e o poder estatal, juntamente de suas leis, deve garanti-lo, visto que se trata de providência necessária para o reconhecimento da condição humana.²⁷

²³ LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jan. 2020, p.52.

²⁴ SPARGO, Tamsin. **Foucault e a teoria queer: seguido de Àgape e êxtase: orientações pós seculares**. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 54.

²⁵ REIS, Monalisa Moraes Oliveira. A necessidade de repensar o paradigma binário de gênero. *In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE*, v.2, 2019, Criciúma. **Anais [...]**. Criciúma: Editora Unesc, 2019. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/5821/5235>. Acesso em: 05 out. 2020, p. 18.

²⁶ LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jan. 2020, p.18.

²⁷ MAIA, Aline Passos; BEZERRA, Lara Pinheiro. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da

O texto constante no *caput* do artigo 5º criou o princípio da igualdade ao dizer que todos são iguais perante a lei, e ainda assegurou a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, que seriam indispensáveis para garantir o mínimo de dignidade ao ser humano. Cabe ressaltar também, a existência dos direitos da personalidade, os quais são primordiais, inatos e inerentes de cada indivíduo, sendo positivado de forma expressa no inciso X do artigo 5º da CF.

Neste sentido, o vínculo entre os princípios constitucionais leva a conclusão de que existe uma cláusula geral de proteção da pessoa na Constituição Federal de 1988, tendo como seu critério básico a dignidade da pessoa humana em conjunto com diversos princípios de mesma importância, tal como os princípios da liberdade e igualdade. A desconsideração à autodeterminação, livre desenvolvimento e à identidade faz com que a cláusula geral de proteção da pessoa seja nula e simboliza o abandono da significação da dignidade da pessoa humana.²⁸

Desta forma, apesar dos preceitos constitucionais postos, não são todos os indivíduos que possuem amparo na realidade, já que o indivíduo que não pertencer aos padrões da heteronormatividade imposta tem seus direitos inerentes à condição humana limitados. Tanto os transexuais quanto os intersexuais tem seus direitos violados, isso em função de estas minorias sexuais não obterem o resguardo necessário no ordenamento jurídico no qual se encontram²⁹.

É comum ouvir travestis e transexuais relatarem a ocorrência de violências e discriminações em altos percentuais. Ao confrontar com as mulheres cisgênero, homens homossexuais e bissexuais inclinam-se a narrar com maior periodicidade casos de discriminação em estabelecimentos comerciais, delegacias, ao buscar um emprego ou atendimento de saúde.³⁰ Em razão disso, impossível não observar o nível dos riscos que os transexuais estão submetidos em razão das diversas contenções ou adversidades que precisam encarar para que sejam respeitados pela sociedade.³¹ Maia e Bezerra tratam a recusa do direito à identidade de gênero, bem como do tratamento igualitário em razão de tal fator, como colaboração para a ocorrência da continuidade

dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 3, 2017. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/1543>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 1784.

²⁸ MAIA, Aline Passos; BEZERRA, Lara Pinheiro. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 3, 2017. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/1543>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 1701.

²⁹ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 962, 2015, p. 5.

³⁰ FACHINI, Regina. Diversidade sexual e de gênero e violência: situando reflexões e pesquisas. In: COSTA, Ana Carolina Francischette *et al.* **Gênero e diversidade sexual: percursos e reflexões na construção de um observatório LGBT**. São Paulo: Editora Pontocom, 2016 p. 29.

³¹ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 962, 2015, p. 6.

do preconceito e perpetuação das desigualdades. As consequências das dessemelhanças sociais implicam sentimentos de sofrimento às pessoas que desde o início de suas vidas lidam com rotulações de doença e perversão.

A luta contra a intolerância e preconceito que prejudica os transexuais não se trata de ofício fácil, pois engloba alterações culturais e a estruturação de uma sociedade cercada de pessoas habilitadas para constatar as individualidades de cada indivíduo em frente das diversidades existentes, originando o direito à diferença e ao direito ao reconhecimento dos transexuais.³² Buscar o reconhecimento das diferenças é imprescindível para garantir inserção social de todos, posto que a invisibilidade da diversidade provoca discriminação e sensação de inferioridade perante aos outros.³³

O Estado, ao defender a promoção da igualdade entre as pessoas, deve levar em consideração as suas diferenças naturais, sendo elas sociais, culturais, comportamentais ou costumeiras. O dever do Estado se estende, uma vez que se torna necessário atuar de forma efetiva para que a norma jurídica não sofra repressão por parte de um povo que pratica a discriminação.³⁴ Porém, nota-se uma certa negligência do Poder Legislativo na atuação direcionada quanto aos transexuais, visto que não existem legislações específicas que tenha repercussões jurídicas em função do reconhecimento dos direitos das pessoas transexuais, demonstrando a necessidade de elaboração da legislação mencionada.

Desta forma, é possível observar que os padrões de gênero são impostos pela sociedade em que o indivíduo está inserido e que a ocorrência desta situação é geradora de discriminações e preconceitos com a população transgênera. Ao deixar de observar que a identidade de gênero é um direito básico e fundamental, o próprio Estado viola sua Constituição, privando seus cidadãos do exercício de uma vida digna e gerando uma forma de violência estatal.

3. DO ESTADO COMO AUTOR DA VIOLÊNCIA ESTATAL E DA FALTA DE CONTROLE DO PODER INSTITUCIONAL

A constituição do Estado moderno ocorreu quando foi retirada dos indivíduos a liberdade de invocar a violência como meio de solução de seus conflitos por parte dos governantes.

³² MAIA, Aline Passos; BEZERRA, Lara Pinheiro. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 3, 2017. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/1543>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 1701.

³³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 40.

³⁴ RAGAZZI, José Luiz; BUENO, Sérgio Luiz José. Homoafetividade e o direito à igualdade, à liberdade, à não discriminação e o respeito à diferença. In: FERRAZ, Carolina et al. *Manual do Direito Homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

Consequentemente, não existe atualmente uma classe possuínte de poderes para resolver seus conflitos com fundamento violento, independente de qual seja sua razão ou seu destinatário.³⁵

Conforme a Organização Mundial da Saúde, a violência ocorre quando há o emprego de força física ou poder, de forma proposital, contra si ou contra outrem ou contra a coletividade, que tenha ou possibilite ter óbito, ferimento, lesão psíquica, deficiência ou privação de desenvolvimento como resultado. Ao introduzir a expressão “poder” em sua conceituação, a OMS teve como objetivo estender a natureza e aumentar a compreensão da violência de forma que abranja os atos resultantes de uma relação de poder. Também, pode-se compreender este vocábulo como forma de acrescentar a negligência e os atos omissivos como atos de natureza violenta.³⁶ Assim, entende-se que a displicência governamental também pode ser vista como uma forma de exercício de condutas extremamente agressivas.

De acordo com Nagengast,³⁷ a violência estatal engloba não somente a violência em que o Estado se apresenta como agente causador, mas também inclui aquela, mesmo não sendo o ocasionador, tolera ou encoraja com o objetivo de criar, justificar, desculpar, explicar ou impor hierarquias de diferença em uma relação desigual. Sanjurjo e Feltran³⁸ relatam que a expressão “violência do Estado” é operada quando se tem por objetivo mencionar os atos violentos que criam uma barreira ao gozo de seus direitos, ou seja, formam uma divisão entre os direitos que devem ser protegidos daqueles que os ameaçam e necessitam de enfrentamento.

Os direitos humanos apontam um fundamento político no qual a estrutura do poder político não é o Estado, mas sim do povo. Sendo assim, deve-se tutelar os cidadãos de forma absoluta, no conjunto dos direitos civis, sociais, políticos, culturais e econômicos. Deve, ainda, ser compreendido que todos os direitos buscam o desenvolvimento das sociedades e da política, mesmo que tenham aparência excludente.³⁹

No decorrer da história da humanidade, tem-se percebido a ocorrência de uma discussão a respeito da divisão “entre o senhor e o escravo, entre o forte e o fraco, o opressor e o oprimido”, tornando a batalha da vida contra a morte uma real briga da vítima contra seu carrasco. Desta

³⁵ ADORNO, Sérgio. **O Monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea**. São Paulo: NEV/USP, 2002. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2014/08/down078.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2020, p. 20.

³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório mundial sobre a violência e saúde**. Genebra, 2002. Disponível em: <https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020, p. 5.

³⁷ NAGENGAST, Carole. Violence, terror, and the crisis of the State. **Annual Review of Anthropology**, Albuquerque (EUA), vol. 23, 1994, p. 119.

³⁸ SANJURJO, Liliana; FELTRAN, Gabriel. Sobre lutos e lutas: violência de estado, humanidade e morte em dois contextos etnográficos. **Ciência e Cultura**, São Paulo, vol. 67, n. 2, p. 42, abril/junho 2015

³⁹ SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Sociologia da violência e do controle social**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2010, p. 20.

forma, chega-se à conclusão de que os direitos fundamentais dos seres humanos se baseiam no direito à vida, abrangendo a autonomia de viver como desejar e aqueles direitos vitais e essenciais para garantir o cumprimento dos demais, sem ludibriar os interessados colocando interesses de alguns acima de outros.⁴⁰

Os direitos dos seres humanos exigem a consideração mútua dos mais diversos povos, que não dispõem da possibilidade para discutir o alcance destes em benefício das populações. Ademais, o Estado jamais deve barrar seu povo de exercer seus direitos humanos, assim como as ações culturais, religiosas e étnicas não podem sobressair aos direitos dos indivíduos pelas razões de sua humanidade.⁴¹ Apesar disso, ainda se tem muito descaso Estatal no cumprimento e na fiscalização para que estes direitos essenciais sejam garantidos, sendo que acaba por naturalizar a constante violação dos direitos de alguns povos específicos e esquecidos pelo Estado. Portanto, para o Estado não existe a possibilidade de negar aos indivíduos os seus direitos humanos, além de que questões culturais, religiosas e étnicas jamais poderão ser consideradas mais importantes do que os direitos do homem.

No entendimento de Souza, é necessário o reconhecimento da participação social e um comprometimento concreto com a valorização dos direitos humanos como elemento fundamental de todas as sociedades democráticas, para que se possa reduzir a violência. Neste sentido, a existência da violência tem ligação direta com a violação de direitos humanos ou fundamentais, mesmo que por meio omissivo.⁴²

Apesar de muito comum, a violência de estado nem sempre é observada e entendida como tal por parte da sociedade, que, por muitas vezes, vê a ação ou omissão violenta do Estado como ocorrência do acaso, como algo perdoável e compreensível. Neste sentido, lecionam Miguel e Biroli⁴³:

Da violência policial e da violência produzida pelas desigualdades estruturais, nós lembramos só de vez em quando e, muitas vezes, encontramos motivos para desculpá-las ou naturalizá-las. No entanto, elas estão em funcionamento todos os dias, 24 horas por dia, incidindo sobre os grupos em posição social subalterna.

⁴⁰ RUBIO, David Sánchez. Derechos Humanos intituyentes, luchas sociales y acciones cotidianas. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v.6, p. 249, 2014.

⁴¹ SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 224.

⁴² SOUZA, Mariana Barbosa de; VIEIRA, Otávio J. Zini. Identidade de gênero no sistema prisional brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais Eletrônicos [...]** Santa Cruz do Sul: UNISC, 2015.

⁴³ MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política: uma introdução**. São Paulo: BOITEMPO, 2014.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MDH). **LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Brasília, 2020.

Conforme o exposto, percebe-se que a ocorrência de atos agressivos por parte do Estado não é algo eventual, mas sim verificado cotidianamente na vida do povo brasileiro. Em função de o Estado não possuir inimigos internos, ao buscar as vítimas destas agressões estatais deve-se apenas descobrir quais são as mentes perseguidas pelos representantes do Estado, quem a sociedade incessantemente condena por seus próprios erros. Deste modo, observa-se que existem alguns fatores que acabam por desencadear em uma violência mais específica e direcionada à alguns indivíduos mais vulneráveis, este acaba sendo o caso das minorias de gênero, raça, etnia, etc., mais especificamente os transgêneros. Segundo dados do Relatório de mortes violentas de LGBT+ no Brasil, a cada 26 horas um LGBT+ tira sua própria vida ou é assassinado em função de LGBTfobia, o que faz o país ser o que mais tem ocorrência de crimes contra as minorias sexuais. Concomitantemente, países localizados nos continentes da África e Oceania, nos quais ainda existe a pena de morte contra pessoas do grupo LGBT+, tem índices de mortes de homossexuais e transexuais muito menores do que o Brasil.⁴⁴

Informações como essa apenas comprovam e demonstram a natureza endêmica da violência de gênero. Acima disso, o fenômeno da violência de gênero ignora todos os limites sociais, culturais, econômicos, ocorrendo em qualquer lugar – sendo ele no espaço público ou privado – e sua prática pode partir de conhecidos ou estranhos, podendo acontecer em qualquer momento da vida da mulher e, neste caso, do grupo LGBT+. A população LGBT+ está constantemente submetida ao risco de agressões e violência em função da violência de gênero, homofobia e transfobia, que tem como objetivo castigar os indivíduos vistos como violadores do padrão de gênero binário. Ademais, tendem os crimes cometidos a este grupo ficarem ilibados constantemente, gerando uma insegurança perante as organizações destinadas a preservá-los, que acabam se tornando assustadores para eles.⁴⁵

Neste sentido, destaca-se que dentre os integrantes desta minoria sexual, as pessoas que mais experimentam violências em função de preconceito e discriminação nos meios sociais e familiar são as transexuais e travestis, além das experiências com privação de serviços de saúde e resistências para integrá-las mundo do trabalho e ocupação.⁴⁶ Atualmente, na sociedade brasileira inexistente indicação governamental para a supressão de LGBT+, porém o Estado não atua para

⁴⁴ OLIVEIRA, Luan José Silva; AMARAL, Mateus Augusto da Silva. A violência e seus destinatários. *JurisWay*, 2012. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9073. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁴⁵ CAPUTO, Ubirajara de None. **Geni e os direitos humanos**: um retrato da violência contra pessoa trans no Brasil do século XXI. São Paulo: USP, 2018, p. 29.

⁴⁶ SILVA, Glauber Weder dos Santos *et al.* Situações de violência contra travestis e transexuais em um município do nordeste brasileiro. *Revista Gaúcha de Enfermagem*, v. 37, n. 2, 2016, p. 2.

impedir atos violentos contra esta minoria ou para realizar punição pertinente.⁴⁷

Apesar de existirem diversas conquistas do Estado e da criação de leis e políticas públicas de proteção à mulher, sua fragilidade à violência tem crescido, principalmente a dominação destrutora dos corpos femininos ou feminilizados no contexto das novas guerras. Para tanto, o entendimento de que trans não são sujeitos de direito e respeitáveis as prejudica e deixa a mercê das violências interpessoais em razão da violência estrutural.⁴⁸ Segato afirma que “o Estado entrega aqui com uma mão aquilo que já retirou com a outra: cria uma lei que defende as mulheres da violência à qual estão expostas porque esse mesmo Estado já destruiu as instituições e o tecido comunitário que as protegia”⁴⁹. Portanto, apesar de o Estado legislar a respeito da igualdade de gênero, este mesmo Estado foi responsável pela instituição do padrão binário e sexista presente na sociedade, negligenciando os cuidados especiais que uma minoria sexual deve receber, causando, assim, uma violação.

Desta forma, percebe-se que as pessoas trans são consideradas como descartáveis pela visão apática do Estado e da maior parte da sociedade, incluindo a omissão como ato agressivo, e que, em função da violência estrutural, as transforma em vítimas de todos os tipos de violência, chegando a prática de torturas e assassinatos.⁵⁰ A violação da qual são reféns, tanto psicológica quanto física, é vista de forma natural pela sociedade, em função de noções do que acreditam que é ser travesti e transexual criadas por meio de uma intolerância e segregação ocorrida no universo delas.⁵¹

O reconhecimento desta violência heterossexista se dá, entre outros fatores, em função da existência da violência homofóbica institucional, na qual ocorre a elaboração, compreensão e execução sexista da lei penal e, também, a estruturação de padrões sexistas violentos nas e por meio das instituições responsáveis pela punição.⁵² Logo, admite-se que o Estado é homofóbico e preconceituoso, na medida em que age de forma misógina e homofóbica na construção de suas leis e suas organizações.

⁴⁷ CAPUTO, Ubirajara de None. **Geni e os direitos humanos**: um retrato da violência contra pessoa trans no Brasil do século XXI. São Paulo: USP, 2018, p. 29.

⁴⁸ SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016

⁴⁹ SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. **E-cadernos CES**, v. 18, p. 106-131, 2012, p. 110.

⁵⁰ CAPUTO, Ubirajara de None. **Geni e os direitos humanos**: um retrato da violência contra pessoa trans no Brasil do século XXI. São Paulo: USP, 2018, p. 28.

⁵¹ SILVA, Luciana Santos; SILVA, Danielle Coelho. Como o estado brasileiro atua na violação de direitos fundamentais das mulheres transexuais no cumprimento de pena. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 11, n. 01, p. 361-386, 2019, p. 262.

⁵² CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito**: racismo e homofobia nas Ciências Sociais. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 238.

Ficou constatado por Oliveira e Amaral⁵³ que nenhuma manifestação de violência estatal supera as que ocorrem nos locais em que o Estado possui a autoridade para utilizar a violência, seja na segurança pública ou no sistema carcerário, estas são as que mais causam danos. Nestes ambientes em que os agentes públicos operam a garantia dos direitos essenciais, a violência parece estar legitimada pela falta de civilidade do homem.

Quando se fala na parcela LGBT+, a violência carcerária supera aquela relacionada unicamente à privação de liberdade, em função de uma rejeição social violenta existente em momento anterior à prisão. Na vivência destas pessoas dentro do sistema prisional ocorrem agressões sexuais, por consequência psicológica e moral, por parte de seus colegas de cela e agente penitenciários. Além disso, há ainda a obrigação de obedecer ao sistema binário imposto socialmente, que fixa barreiras em função da genitália, impedindo que vivam de acordo com seu gênero, sexualidade, etc., causando uma forma de violência de identidade⁵⁴.

Conforme Souza⁵⁵

Todos os espaços institucionais e sociais em que vidas são desqualificadas, em que os corpos são violados, em que as pessoas são convertidas em corpos matáveis, teriam o estado de exceção como referência e paradigma. Nesses espaços, a morte, a dor e a violência não resultam em condenação dos agressores.

Para tanto, ao somar a violência do Estado em ambientes carcerários, com a violência de gênero contra travestis e transexuais, tem-se uma amplitude de difícil medição, porque estas agressões ocorrem de diversas maneiras, incluindo a violência física, o não reconhecimento do nome social e até mesmo a imposição do corte de cabelo. Não apenas os cabelos longos, símbolo da feminilidade, serão cortados, mas ainda terão que reajustar seus corpos, retirando tudo aquilo que as identifica, como acessórios, maquiagens e vestimentas de acordo com seu gênero. Em outras palavras, estas mulheres transexuais passam a ser obrigadas a demonstrar e viver uma masculinidade da qual nunca fizeram parte, em razão de jamais terem se identificado como homens, tudo isso em função de um insistente desconhecimento da sociedade.⁵⁶

⁵³ OLIVEIRA, Luan José Silva; AMARAL, Mateus Augusto da Silva. A violência e seus destinatários. *JurisWay*, 2012.

⁵⁴ BENFICA, Jessica Aguilar; ALMEIDA, Felipe de Freitas Limp de. Os discursos legitimadores da política pública de criação de alas específicas para a população carcerária LGBT. In: CONGRESSO DE DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, v. 1, 2014, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos* [...] Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 5-6.

⁵⁵ SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Sociologia da violência e do controle social*. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2010, p. 135.

⁵⁶ BENFICA, Jessica Aguilar; ALMEIDA, Felipe de Freitas Limp de. Os discursos legitimadores da política pública de criação de alas específicas para a população carcerária LGBT. In: CONGRESSO DE DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, v. 1, 2014, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos* [...] Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 6.

Ao ignorar e desmerecer a situação das pessoas que tentam alcançar uma identidade de gênero, o Estado demonstra a sua omissão quanto aos interesses destes indivíduos, visto que não busca realizar suas funções de proteção, causando graves prejuízos a estas pessoas. Não é de difícil percepção que a negligência do Poder Estatal ocorre por puro desinteresse, isso porque inexistente possibilidade de negar a noção da magnitude da violação do direito à identidade de gênero atualmente.⁵⁷

Por este motivo, tem-se o entendimento que o controle da violência não deve ser realizado com a ampliação do poder do Estado sobre a sociedade, uma vez que esta adição de rigidez não diminui a violência. A violência só poderá ser contida com a execução e afirmação dos direitos humanos. O próprio Estado entende que sua obrigação é garantir direitos especiais àqueles que têm maior vulnerabilidade social, porém ao verificar a situação das pessoas que violam o padrão de gênero binário, percebe-se que estes são as maiores vítimas de violência estatal, sendo por meio de ação do Estado ou omissão. Tal violação toma maiores proporções quando estas pessoas são colocadas em locais em que o Estado possui a autoridade de utilizar a violência como meio de contenção sem ser visto de forma negativa, como é o exemplo do sistema prisional.

4. DO ENCARCERAMENTO DE PESSOAS TRANSGÊNERAS E O DESRESPEITO CRIMINOSO DO ESTADO À IDENTIDADE DE GÊNERO: A LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTRUTURANTE DO SISTEMA PENAL

Suponha que no mundo apenas existam homens. As decisões a respeito da formulação social seriam tomadas por eles, objetivando o benefício deles, visto que são os únicos que vivem no mundo. Não haveria motivos para buscar a identificação social de outros interessados, pois sequer existem outros. Pode parecer estranho imaginar um mundo desta forma, porém assim ocorreu por milênios, tendo as mulheres alcançado seu poder de expressão e manifestação, tornando-se parte da sociedade, apenas nos últimos séculos.⁵⁸

Tal situação não foi diferente no âmbito da criminologia. Segundo S. Mendes, “a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo do tempo, se transformou em um discurso de homens, para homens, sobre homens.” Isso porque entendeu-se não ser necessário considerar as vivências, os pensamentos e entendimentos

⁵⁷ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 962, 2015, p. 7.

⁵⁸ CERNELA, Heidi Ann. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 61-78, 2009, p. 62.

femininos quando se tratava de estudos sociológicos e filosóficos. Assim, a mulher passou a ser vista apenas como uma variável nos estudos realizados, nunca como uma personagem.

Portanto, com a afirmação da existência deste sistema androcentrico, a Criminologia feminista incluiu nas espécies de estudo criminológico o patriarcalismo e relações de gênero, bem como as formas de dominação masculina sobre a mulher.⁵⁹ Ao estabelecer o poder masculino, se obteve uma alta integração de parcela da vida social às legislações e ao comando jurídico do Estado, concomitante a um decréscimo na esfera em que a mulher ainda possuía o poder que foi lhe concedido tradicionalmente, o doméstico e o religioso.⁶⁰

Expor a interpretação das mulheres para a criminologia fez com que se percebesse que é o androcentrismo que estabelece a organização das estruturas e do controle punitivo, divulgando amplamente as violências produzidas por este sistema na interpretação e aplicação do direito penal.⁶¹ Desta forma, observa-se que o sistema não foi feito para que mulheres participassem dele, o que faz com que tanto as mulheres sejam ignoradas no âmbito criminal, sendo elas presidiárias ou vítima.

Ao citar que a violência ocorre não somente com as mulheres encarceradas, mas também com as vítimas de crimes, acredita-se de suma importância a referência a um caso recente de violência do Estado, por meio de negligência de seus agentes, contra uma vítima de um crime de estupro. Em audiência online realizada em 27 de julho de 2020, Mariana Ferrer foi ouvida como vítima de um suposto crime de estupro de vulnerável e, ao ser oportunizado ao advogado do réu que fizesse questionamentos, foi extremamente ofendida. Teve fotos pessoais expostas e expressões como ““Dedinho na boquinha”, “mentirosa”, “mulher que nem você”, “farsa”, “showzinho”, “choro falso”, “lágrimas de crocodilo” e “posições ginecológicas”” foram direcionadas a ela.⁶² Frisa-se que esta solenidade foi realizada de forma online e estava sendo gravada o tempo todo.

Analisando o ocorrido, percebe-se que se trata de uma mulher branca, cisgênero, heterossexual que fala como vítima em uma audiência criminal. A maioria desses fatores seriam

⁵⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina? **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 17, n. 33, p. 87-114, 1996, p. 90.

⁶⁰ MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política**: uma introdução. São Paulo: BOITEMPO, 2014, p. 34.

⁶¹ DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia; FARIA, Josiane Petry; DEBASTIANI, Valdemir José. A criminalidade feminina à luz das diferentes correntes criminológicas. In: VII seminário corpo, gênero e sexualidade, III seminário internacional corpo, gênero e sexualidade, III luso-brasileiro educação em sexualidade, gênero, saúde e sustentabilidade, resistências e ocupações nos espaços de educação, 2018, Rio Grande. **Anais** [...]. Rio Grande: Universidade Federal do Rio Grande – FURG, 2018, p. 6.

⁶² MENDES, Letícia. Exibição de fotos, humilhação e choro: os detalhes da íntegra de audiência sobre acusação de estupro em boate. **Gaúcha ZH**, Porto Alegre, 06 nov. 2020.

considerados privilégios e dariam credibilidade perante a sociedade binária em que é posta, porém um deles não: trata-se de uma mulher!

Com essa perspectiva, se situações como essa ocorrem com uma mulher em uma audiência processual gravada na qual ela é vítima de um crime, é possível imaginar o que acontece ou poderia acontecer com uma mulher transexual ou travesti presa que é acusada ou condenada pelo cometimento de um crime. A vulnerabilidade é muito maior, bem como as violações. O sistema penal brasileiro se mantém ano após ano como ocupante do 3º lugar no ranking de países com maior população carcerária, com 748.009 pessoas presas, segundo o último relatório do Departamento Penitenciário Nacional, com dados de julho a dezembro de 2019. Ainda, tem-se a informação de que cerca de 37.200 mulheres se encontram presas no Brasil, além de 3.061 anunciados como pertencentes ao grupo LGBT+.

Com 305.660 presos excedentes ao número de vagas, é possível perceber que a superlotação dos estabelecimentos prisionais é uma realidade do país e, em consequência disso, uma constante violação de direitos fundamentais e humanos daqueles que deveriam apenas perder sua liberdade. Os relatos da precariedade do sistema prisional, bem como de sua falência são verdades absolutas, porém adquirem um sentido muito maior e mais grave quando se estuda a mulher privada de liberdade.⁶³

Segundo Bezerra⁶⁴, os dados relativos ao sistema penal brasileiro, apenas refletem a realidade social, composta com altas características patriarcais, afastando a imagem feminina, que além de já sofrer por portar a dificuldade que é ser mulher no atual contexto machista, está inserida em mais um grupo excluído pela comunidade, os presidiários. Portanto, claramente se percebe que o Sistema Prisional também é baseado e se porta, majoritariamente, de maneira patriarcal e preconceituosa.

Com o recorte de gênero é possível ver uma imensa desvantagem das mulheres na garantia de seus direitos no cárcere, na medida em que o Estado ignora as distinções de gênero/sexo, além das violações da condição de vida humana digna a todos os presos, o que torna execução da pena ainda mais complicada.⁶⁵ Ao limitar ainda mais a pesquisa, pode-se perceber que estas violações, como já dito anteriormente, se dão de maneira mais exagerada quando tratam dos direitos das

⁶³ FARIA, Josiane Petry. Desigualdade de gênero, desempoderamento e violação aos direitos humanos no encarceramento feminino no Brasil. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí, ano XI, n. 21, jan.-jun., p. 75-88, 2019, p. 79.

⁶⁴ BEZERRA, Beatriz Caroline. *As dificuldades que os transexuais enfrentam nas prisões*. Caruaru: ASCES/UNITA, 2017, p. 31.

⁶⁵ FARIA, Josiane Petry. Desigualdade de gênero, desempoderamento e violação aos direitos humanos no encarceramento feminino no Brasil. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí, ano XI, n. 21, jan.-jun., p. 75-88, 2019, p. 78.

mulheres transexuais ou travestis em privação de liberdade.

A vida das pessoas transgêneras muito atingida pela hegemonia e domínio dos dispositivos binários de gênero, sendo esta a real motivação das principais desgraças que assombram a população transgênera, em função de dar origem ao preconceito, discriminação, segregação e agressões que atormentam estas pessoas transgressoras deste modelo.⁶⁶ Desta forma, estas pessoas já se encontram colocadas no submundo social e, em consequência disso, é muito normal que ocorram conflitos com a lei, principalmente drogas, furtos e roubos quando se encontra nesta situação⁶⁷.

Não são poucos os relatos de transgêneros referente à desamparo familiar, exclusão escolar, falta de aceitação em ambientes de trabalho, dificultando o acesso a melhores condições de vida. Fatores como estes são de alta relevância quando analisado os motivos que os levam a cometerem crimes ou para sua captação ao mundo ilícito.⁶⁸ Existe uma grande crítica a avaliação do que o Estado e a sociedade consideram família, pois acabam por pressupor um padrão definitivo, apoiando algumas maneiras de organização família e penaliza aquelas que não se encaixam no modelo alegado como legítimo.⁶⁹ Atitudes como essa acabam levando com que famílias excluam os transgêneros com o objetivo de ter a devida aceitação do Estado e da sociedade. Neste sentido, foi percebido em análise de dados de unidades prisionais que apenas 40% de pessoas autodeclaradas LGBT+ tem familiares cadastrados sistema interno de visitas. Frisa-se que este cadastramento é obrigatório para adentrar como visitante nos presídios e, ainda deve se ressaltar que, mesmo que tenham familiares cadastrados os números citados não significam que eles efetivamente recebam a visita.

Ainda, muitas travestis e transexuais afirmam terem saído de seus lares muito cedo, em função de constantes discussões e da não aceitação familiar à identidade de gênero. Qualquer laço familiar que ainda poderia restar é completamente perdido no momento em que são presas, pois para a maioria de seus familiares acaba por ser a razão que faltava para findar o contato.⁷⁰

Para além dos vínculos perdidos e abalo psicológico que isso pode causar, ainda se tem muita violência física e psíquica provocada pelos demais presidiários ou pelos próprios agentes do

⁶⁶ LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Curitiba, 2014, p. 131.

⁶⁷ BEZERRA, Beatriz Caroline. **As dificuldades que os transexuais enfrentam nas prisões**. Caruaru: ASCES/UNITA, 2017, p.46.

⁶⁸ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MDH). **LGBT nas prisões do Brasil**: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Brasília, 2020.

⁶⁹ MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política**: uma introdução. São Paulo: BOITEMPO, 2014, p. 131.

⁷⁰ FERREIRA, Guilherme Gomes. Violência, interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas. **Temporais**, Brasília, ano 14, n. 27, p. 99-117, 2014.

Estado, sendo essa por meio de ação ou omissão. Portanto, nada mais é do que “um jogo, onde a invisibilidade e falta de atenção do Estado a este grupo, dá margem uma vulnerabilidade desmedida e enfiamento (sic) de violência por parte dos outros presos”.⁷¹

Confirmando o dito anteriormente, veja-se o relato de uma mulher transexual que foi presa na Penitenciária Masculina Baldomero Cavalcanti de Oliveira, no estado do Alagoas, segundo pesquisa realizada:

Na casa de pedra [triagem] me pegaram e raspam meu cabelo e me colocaram em uma cela de homem. Eles me pegaram na força. A cela lá me botaram no meio de todo tipo de homem que tinha lá. Me tiraram a roupa e eu fiquei nua e depois me botaram em uma cela cheia de macho que eles pegaram. Os macho lá me pegaram tanto que pociu um caroço no meu ânus e eles me botaram pra cá que tem a cela de homossexual. A juíza disse que iam me botar em um lugar que era pra nós mesmo ficar. Foi aí que eu cheguei aqui no acolhimento (sic).⁷²

Ao analisar o que foi dito pela presa, percebe-se que ao ter seu cabelo raspado e ser colocada nua em uma cela com apenas homens já se sentiu violada pelo Estado, porém o sofrimento se estendeu ainda mais em função das violações praticadas depois pelos demais presos que dividiram a cela com ela.

Acontece que esta penitenciária não é a única que tem atitudes como esta. No estado do Maranhão, é possível obter narrativas parecidas com a anteriormente exposta quando verificado o tratamento dado pela Unidade Prisional de Ressocialização de São Luís.

Eu me identifico como trans, por mais que eu não tenha feito a cirurgia ainda. Mas eu me identifico como trans. Dentro desse estabelecimento tem muita opressão. Dentro da revista tem uns agentes muito ignorantes em termos de procedimento para ficar pelado. Porque eu fico com os demais, pelado com tudo. Na minha cela são uns 4 ou 5 LGBT, sendo que no momento de procedimento todos os demais do pavilhão vão para a grade e ficam nos olhando. A gente serve de chacota. A gente quer que isso se solucione para que não se repita. Eu ficaria grata com isso.⁷³

Conforme o exposto, nota-se que o procedimento implementado pela unidade, quando no momento da revista, é abusivo e violento de forma geral, ao submeter todos os presos a situações como esta, porém ao forçar que pessoas transgênero passem por isso, na frente dos demais presos, identifica-se um claro descaso do Estado com a identidade de gênero e privacidade destas pessoas.

⁷¹ BEZERRA, Beatriz Caroline. **As dificuldades que os transexuais enfrentam nas prisões**. Caruaru: ASCES/UNITA, 2017, p. 46.

⁷² MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MDH). **LGBT nas prisões do Brasil**: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Brasília, 2020, p. 52.

⁷³ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MDH). **LGBT nas prisões do Brasil**: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Brasília, 2020, p. 60.

Deste modo, é notável a relevância que deve se dar à criação de locais reservados, distanciados da vivência com homens cisgênero, para que as identidades transgênero possam ser respeitadas, resguardando sua saúde física e psíquica, principalmente por meio de criação de alas específicas para a população LGBT+. ⁷⁴ A população transgênero tem direito a uma abordagem distinta, já que fazem parte de uma fração da sociedade que é duplamente julgada, transgênero e presidiárias. ⁷⁵

Ademais, algumas detentas afirmam que há uma tendência aos agentes penitenciários complicarem a entrada de cosméticos, maquiagens, acessórios e roupas. Sem contar as presas que têm seu cabelo raspado, como já referido anteriormente, as que são tratadas pelo nome constante na certidão de nascimento, ignorando o nome social, além da impossibilidade de obterem assistência multidisciplinar e terapia hormonal. ⁷⁶

Objetivando evitar situações como estas, o Conselho Nacional de Combato a Discriminação, o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária se reuniram para elaborar a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, na qual definem parâmetros a respeito do tratamento LGBT no sistema prisional brasileiro. Em seu texto, a Resolução entende como pertencentes da comunidade LGBT as lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Além disso, fica expressamente dito que às travestis e aos gays presos em estabelecimento prisional masculino deve ser disponibilizado local próprio para uma vivência mais digna, tendo sua segurança garantida. No que diz respeito às transexuais, tanto femininas quanto masculinas, a resolução recomenda que sejam encaminhadas a unidades de acolhimento feminino. Ainda, manifesta que às travestis e transexuais devem ter a possibilidade de utilizar roupas conforme sua identidade de gênero, manter seus cabelos no comprimento desejado, bem como demais necessidades de acordo com seu gênero. Garante, também, o acesso à saúde, mas principalmente a realização de tratamento hormonal e acompanhamento multiprofissional. ⁷⁷

Por não efetivar os direitos que ele mesmo garante, o Estado aceita e ignora as violências contra uma parte extremamente vulnerável da sociedade. Cabe ao Estado não somente criar medidas das quais não tem a mínima eficácia, mas sim revisá-las e fiscalizar sua efetividade, ouvindo aqueles que são afetados por meio de debates e pesquisas. Não existe possibilidade de se

⁷⁴ DIAS, Flavia de Melo. **Gênero e os direitos de personalidade**: uma análise sobre o encarceramento de pessoas transexuais. Recife: Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019.

⁷⁵ SILVA, Luciana Santos; SILVA, Danielle Coelho. Como o estado brasileiro atua na violação de direitos fundamentais das mulheres transexuais no cumprimento de pena. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 11, n. 01, p. 361-386, 2019, p. 376.

⁷⁶ DIAS, Flavia de Melo. **Gênero e os direitos de personalidade**: uma análise sobre o encarceramento de pessoas transexuais. Recife: Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019, p. 71.

⁷⁷ BRASIL. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014**. Diário Oficial da União, edição n. 74, p. 2-3.

falar a respeito de direitos humanos garantidos universalmente, independentemente de quais sejam, se não há a defesa dos direitos individuais básicos para a subsistência. Para que haja a alteração neste cenário, é necessário alto investimento, pessoal e financeiro, porém, principalmente, a busca pela desconstrução da sociedade que perpetua padrões de estruturas de poder entre os gêneros e preserva as desigualdades.⁷⁸

É perceptível que o Estado não tem a possibilidade de solucionar todos os problemas relacionados aos transgêneros. Contudo, ao disponibilizar tratamento, hormonal ou cirúrgico, e retificação do nome e do sexo, garante a efetiva exercem da identidade de gênero de cada indivíduo.⁷⁹

Por fim, fica claro que o Estado constantemente viola os direitos dos presos, de forma aumentada para quando se trata dos transgêneros, que sofrem todas as formas de violência possíveis, por meio de ação ou omissão dos representantes estatais e dos demais apenados. O poder que o Estado possui faz com que as circunstâncias sejam ainda piores, especialmente porque quem viola os direitos dos transexuais é o responsável pela garantia deles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática em tela tem seu resultado na afirmação de que há violência estatal no momento em que o Estado age de forma violenta ou, deliberadamente, deixa de agir para impedir a violência contra as pessoas transgêneras no sistema prisional brasileiro. A responsabilidade de respeitar e garantir os direitos humanos exige do Estado. Todavia, no Brasil o próprio Estado é o principal violador de direito humanos e neste caso o que fazer? Veja-se que viola direitos ao agir impondo um padrão onipresente e exclusivamente heteronormativo, estruturando o sistema de justiça nas bases da desigualdade e do desrespeito ao gênero e à diversidade sexual e também se coloca como violador ao negar, invisibilizar e negligenciar o direito à liberdade e igualdade sexual e de gênero demonstrando o poder estatal estruturalmente agressor e multiplicador de violência.

Verifica-se a necessidade do estudo acerca do poder estatal como meio de violentar pessoas transgêneros privadas de liberdade, através da desconsideração da identidade de gênero. Isto porque a sociedade já discrimina presidiários e transgêneros por si só, a soma entre estas duas minorias aumenta a chance de ocorrerem violações, por acabarem sendo esquecidos pelo

⁷⁸ FARIA, Josiane Petry. Desigualdade de gênero, desempoderamento e violação aos direitos humanos no encarceramento feminino no Brasil. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí, ano XI, n. 21, jan.-jun., p. 75-88, 2019, p. 79.

⁷⁹ BORGES, Rosângela Mara Sartori. Os princípios constitucionais e o transexualismo. *UNOPAR Científica Ciências Jurídicas e Empresariais*, Londrina, v. 4, n. 1/2, p. 27-33, mar./set. 2003, p. 32.

restante da população, que não tem interesse em garantir o bem-estar destas pessoas.

Chegou-se a esta conclusão após a realização de estudo a respeito de como são compreendidos o sexo e o gênero perante a sociedade, que se encontra em um padrão binário no qual desconsidera todo o tipo de comportamento que fuja daquele imposto. O direito à identidade de gênero é uma premissa constitucional, visto que é necessário para o exercício de uma vida digna e o Estado, ao desrespeitá-lo, torna-se um agente da violência.

Em seguida, foi observado que a existência dos direitos humanos se deu justamente com o objetivo de evitar os excessos do Estado, sendo seu dever assegurar que sejam respeitados por todos os cidadãos e pelos representantes do próprio Estado. Da mesma forma, houveram evidências que apontam no sentido de que àqueles considerados transgressores do padrão binário são maiores vítimas de violência em razão de ação ou omissão estatal e, mais ainda, quando colocados no sistema prisional, por se tratar de local onde o Estado tem autorização para utilizar da violência diretamente.

Ainda, após analisar o sistema criminológico, ficou perceptível que o sistema penal foi feito por homens que buscavam apenas os seus interesses, tornando a mulher suscetível à violência patriarcal e androcentrica que as segue por toda a vida. Quando averiguada a situação do sistema carcerário constatou-se que este já é violento por si só em função da alta lotação e exclusão social daqueles lá inseridos, porém esta experiência ficou ainda pior ao obter acesso a relatos do contexto em que se encontram os transgêneros e travestis em cárcere.

Portanto, foi identificado que o cárcere é local de diversas e constantes violações, porém ao delimitar a análise aos indivíduos transgênero privados de sua liberdade, verificou-se a existência de dimensão imensurável. Isso porque a violência não ocorre apenas em função de ações do Estado, mas também há a omissão quando a violência se dá por parte dos demais apenas vitimando à transgeneridade. Assim, por ignorar as necessidades e atenção especial da qual estas pessoas demandam, o Estado torna-se agente direto da violência, gerando a violência estatal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADORNO, Sérgio. **O Monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea**. São Paulo: NEV/USP, 2002. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2014/08/down078.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2020.

ALVES, Jaime Amparo. Topografias da violência: necropoder e governamentalidade espacial em São Paulo. **Revista do Departamento de Geografia**, v. 22, p. 108-134, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.7154/RDG.2011.0022.0006>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina? **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 17, n. 33, p. 87-114, 1996. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741/14254>. Acesso em: 12 abril 2020.

ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. IX, n. 1, jan/jun 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BENFICA, Jessica Aguilar; ALMEIDA, Felipe de Freitas Limp de. Os discursos legitimadores da política pública de criação de alas específicas para a população carcerária LGBT. In: CONGRESSO DE DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, v. 1, 2014, Belo Horizonte. **Anais Eletrônicos [...]** Belo Horizonte: UFMG, 2014. Disponível em: <https://anaiscongressodivsex.files.wordpress.com/2015/03/54-jessica-aguilar-felipe-limp.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BEZERRA, Beatriz Caroline. **As dificuldades que os transexuais enfrentam nas prisões**. Caruaru: ASCES/UNITA, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/836>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. Os princípios constitucionais e o transexualismo. **UNOPAR Científica Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 4, n. 1/2, p. 27-33, mar./set. 2003. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/juridicas/article/view/1373/1313#:~:text=Os%20transexuais%2C%20integrantes%20de%20uma,de%20seu%20nome%20e%20sexo>. Acesso em: 03 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014**. Diário Oficial da União, edição n. 74. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2014/resolucao->

conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view. Acesso em: 10 mai. 2020.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CAPUTO, Ubirajara de None. **Geni e os direitos humanos: um retrato da violência contra pessoa trans no Brasil do século XXI**. São Paulo: USP, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-14112018-111830/pt-br.php>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CERNELA, Heidi Ann. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 61-78, 2009. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/6/5>. Acesso em: 07 jul. 2020.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 962, 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000175ce64f2ee386e5087&docguid=I00195a70c00111e59523010000000000&hitguid=I00195a70c00111e59523010000000000&spos=2&epos=2&td=30&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 set. 2020.

DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia; FARIA, Josiane Petry; DEBASTIANI, Valdemir José. A criminalidade feminina à luz das diferentes correntes criminológicas. In: VII Seminário corpo, gênero e sexualidade, III seminário internacional corpo, gênero e sexualidade, III Luso-Brasiliro Educação Em Sexualidade, Gênero, Saúde e Sustentabilidade, resistências e ocupações nos espaços de educação, 2018, Rio Grande. **Anais [...]**. Rio Grande: Universidade Federal do Rio Grande – FURG, 2018. Disponível em: <https://7seminario.furg.br/images/arquivo/243.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhIMTEtNWYwOTlmODF>

jYWQ5liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 03 nov. 2020.

DIAS, Flavia de Melo. **Gênero e os direitos de personalidade**: uma análise sobre o encarceramento de pessoas transexuais. Recife: Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/1091/868>. Acesso em: 20 mai. 2020

FACHINI, Regina. Diversidade sexual e de gênero e violência: situando reflexões e pesquisas. In: COSTA, Ana Carolina Francischette *et al.* **Gênero e diversidade sexual**: percursos e reflexões na construção de um observatório LGBT. São Paulo: Editora Pontocom, 2016 p. 27-41.

FARIA, Josiane Petry. Desigualdade de gênero, desempoderamento e violação aos direitos humanos no encarceramento feminino no Brasil. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, San Luis Potosí, ano XI, n. 21, jan.-jun., p. 75-88, 2019. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Paginas/REDHES/N%c3%bamero-21.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2020.

FERREIRA, Guilherme Gomes. Violência, interseccionalidades e seletividade penal na experiência de travestis presas. **Temporais**, Brasília, ano 14, n. 27, p. 99-117, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/index.php/temporalis/article/view/7359>. Acesso em: 13 jul. 2020.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução: Julio Assis Simões. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

LANZ, Letícia. **Dicionário Transgênero**. Curitiba: Transgente, 2016. Disponível em: <http://leticialanz.blogspot.com/2016/08/dicionario-transgenero.html>. Acesso em: 04 jan. 2020.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jan. 2020.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**. 3 rev. amp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

LUZ, Jamile Pereira da. Implicações jurídicas do reconhecimento do direito à identidade sexual: uma análise da transexualidade. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 151, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2445/1792>. Acesso em: 07 fev. 2020.

MAIA, Aline Passos; BEZERRA, Lara Pinheiro. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 3, 2017. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/1543>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MENDES, Letícia. Exibição de fotos, humilhação e choro: os detalhes da íntegra de audiência sobre acusação de estupro em boate. **Gaúcha ZH**, Porto Alegre, 06 nov. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/11/exibicao-de-fotos-humilhacoes-e-choro-os-detalhes-da-integra-de-audiencia-sobre-acusacao-de-estupro-em-boate-ckh6bmmiu003m0170gzvodc3s.html>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política: uma introdução**. São Paulo: BOITEMPO, 2014.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (MDH). **LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

NAGENGAST, Carole. Violence, terror, and the crisis of the State. **Annual Review of Anthropology**, Albuquerque (EUA), vol. 23, p. 109-136, 1994.

OLIVEIRA, Luan José Silva; AMARAL, Mateus Augusto da Silva. A violência e seus destinatários. **JurisWay**, 2012. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9073. Acesso em: 13 ago. 2020.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia**. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 17 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório mundial sobre a violência e saúde**. Genebra, 2002. Disponível em: <https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Para além do binarismo: transexualidades, homoafetividade e intersexualidades. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 224, 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5939>. Acesso em: 04 ago. 2020.

RAGAZZI, José Luiz; BUENO, Sérgio Luiz José. Homoafetividade e o direito à igualdade, à liberdade, à não discriminação e o respeito à diferença. In: FERRAZ, Carolina et al. **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100-119.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REIS, Monalisa Moraes Oliveira. A necessidade de repensar o paradigma binário de gênero. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE, v.2, 2019, Criciúma. **Anais [...]**. Criciúma: Editora Unesc, 2019. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/5821/5235>. Acesso em: 05 out. 2020.

RUBIO, David Sánchez. Derechos Humanos intituyentes, luchas sociales y acciones cotidianas. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v.6, p. 243-268, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/236/94. Acesso em: 15 out. 2020.

SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani; ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SANJURJO, Liliana; FELTRAN, Gabriel. Sobre lutos e lutas: violência de estado, humanidade e morte em dois contextos etnográficos. **Ciência e Cultura**, São Paulo, vol. 67, n. 2, p. 40-45, abril/junho 2015. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v67n2/v67n2a13.pdf> . Acesso em: 03 de mar. 2020.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 04 de fev. 2020.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. **E-cadernos CES**, v. 18, p. 106-131, 2012. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1533>. Acesso em: 05 mar. 2020.

SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.

SILVA, Glauber Weder dos Santos *et al.* Situações de violência contra travestis e transexuais em

um município do nordeste brasileiro. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, v. 37, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rgenf/v37n2/0102-6933-rgenf-1983-144720160256407.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

SILVA, Luciana Santos; SILVA, Danielle Coelho. Como o estado brasileiro atua na violação de direitos fundamentais das mulheres transexuais no cumprimento de pena. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 11, n. 01, p. 361-386, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/7304>. Acesso em: 07 ago. 2020.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Sociologia da violência e do controle social**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2010.

SOUZA, Mariana Barbosa de; VIEIRA, Otávio J. Zini. Identidade de gênero no sistema prisional brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais Eletrônicos [...]** Santa Cruz do Sul: UNISC, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/viewFile/13222/2266>. Acesso em: 12 set. 2020.

SPARGO, Tamsin. **Foucault e a teoria queer: seguido de Àgape e êxtase: orientações pós seculares**. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. **Cesumar**, Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/4101/2591>. Acesso em: 13 out. 2020.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). **Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos**. Brasília, 2013. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: MECANISMO EFETIVO PARA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS LABORAIS- DIÁLOGO BRASIL E EUA

Graziela Minas Alberti¹

Maira Angelica Dal Conte Tonial²

Andressa Bortolin Patto³

INTRODUÇÃO

Discute-se muito na contemporaneidade a aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos que possam permitir as partes solução ágil na elucidação de seus conflitos. Para tanto, a mediação surge como possibilidade concreta no meio legal. O presente artigo busca realizar um comparativo entre as formas de tratamento de demandas, com ênfase a crise que assola o Poder Judiciário atualmente. Fazendo um traçado sobre a aplicabilidade da mediação nos conflitos laborais e discorrendo um pouco a respeito da experiência norte americana.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 CRISE NO JUDICIÁRIO: A MEDIAÇÃO E OUTROS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A fim de melhor administrar as funções do Estado, optou-se por separar o poder (que emana do povo), em três linhas, distribuindo-se a concentração de poderes nas mãos de poucas pessoas. Tal partição, remonta a Antiguidade Clássica e parte das obras de Platão e Aristóteles tendo como grande inspirador Montesquieu que de firma sistemática trouxe a teoria da Tripartição do Estado de forma incisiva. Conforme aponta Alves⁴:

(...) o objetivo último da ordem política, para Montesquieu, é assegurar a moderação do poder mediante a "cooperação harmônica" entre os Poderes do Estado funcionalmente constituídos

¹ Graduada em Letras e Especialista em Língua Portuguesa pela PF, Especialista em Mídia em Educação pela UFRGS, Graduanda em Direito pela UPF. E-mail grazialberti86@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela Univali, mestre em Direito pela Unisinos, Graduada e pós-graduada em processo do Trabalho pela UPF, E-mail mairatonial@upf.br

³ Mestre pela Pepperdine, graduada pela UPF. E-mail: andressabortolin7@gmail.com

⁴ ALVES, Ricardo Luiz. Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 386, 28 jul. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5484>. Acesso em: 2 fev. 2020.

(legislativo, executivo e judiciário) com o escopo de assegurar uma eficácia mínima de governo, bem como conferir uma legitimidade e racionalidade administrativa à tais poderes estatais, eficácia e legitimidade essas que devem e podem resultar num equilíbrio dos poderes sociais.

Assim que, a tripartição deu-se nas seguintes funções: função legislativa, elaboração de leis, normas gerais e abstratas, impostas coativamente a todos; função executiva, administração do Estado, conforme as leis elaboradas pelo poder legislativo; e função judiciária, atividade jurisdicional do Estado, de distribuição da justiça e aplicação de leis, em situações de litígio, envolvendo conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida. Ao considerar-se o Poder Judiciário, mister destacar, para melhor compreensão texto, a existência de princípios fundamentais, quais sejam: inafastabilidade do controle judicial, inércia e do devido processo legal⁵, que depois serão abordados.

Neste sentido, de repartir poderes para manter o Estado mais harmônico, e a fim de evitar conflitos sociais, o Estado trouxe para si a atribuição de fornecer soluções, através do Poder Judiciário, utilizando-se da jurisdição e do processo como instrumentos de trabalho⁶, evitando assim que as partes resolvam seus conflitos de forma autônoma e mediando a aplicação de sanções. Entretanto, o Estado não tem atendido, a tempo e modo, o cidadão que coloca seu conflito à apreciação da jurisdição, resultando em diversas deficiências internas no judiciário⁷, que fazem com que a celeridade processual não consiga ser alcançada e a morosidade torna-se constante.

Prova disso são os dados do Relatório Justiça em Número 2018, que apontam que 80 (oitenta) milhões de processos tramitavam no judiciário brasileiro em 2017, sendo 94% concentrados no primeiro grau-jurisdição. Logo, o percentual de servidores na área deveria seguir a proporção dos casos novos.⁸

Menezes⁹ pressupõe que dentre os principais problemas relacionados ao judiciário, a duração dos processos parece ser o maior foco de descontentamento, principalmente pelo fato destes durarem vários anos.

⁵ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68.

⁶ OLIVEIRA, Thifani Ribeiro Vasconcelos de. Mediação no processo do trabalho: influência do novo código do processo civil. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 61, n. 92, p. 171-186, jul./dez. 2015, p. 171.

⁷ MENEZES, Marcelo Paes. Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de “ódio, amor e dor”. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000, p. 205.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados estatísticos**. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 16 maio. 2020.

⁹ MENEZES, Marcelo Paes. A “crise da justiça” e a mediação. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 23-31, jan./jun. 2001, p. 23-24.

Dentre as causas da morosidade, há um reduzido quadro de juízes, assim como há vagas existentes que não são preenchidas. Além disso, o bom funcionamento do aparelho judiciário exige investimento em recursos humanos, ou seja, cuidados de seleção, formação e aperfeiçoamento profissional. Ademais, a legislação processual e os recursos costumam ser apontados como causas ao mau funcionamento do judiciário.

A lentidão do Poder Judiciário pode ser visualizada no âmbito econômico, no descrédito perante a sociedade, uma vez que, abala a eficácia de suas decisões e leva insegurança à população. Inegavelmente, toda essa morosidade ganhou contornos de preocupação nacional, capaz de gerar crises sociais e afetar investimentos econômicos.¹⁰

A lentidão judiciária brasileira também é um dos principais fatores que necessitam ser remediados para que a Justiça do Trabalho, que busca, na grande maioria das vezes o adimplemento de verbas alimentares do trabalhador, passe a ter maior credibilidade perante a população. Convém destacar que esta lentidão não será resolvida facilmente, visto que o Congresso Nacional não vem atendendo as propostas de aumento do número de magistrados e servidores.¹¹

Frente a isso, a ocorrência de conflitos na sociedade é algo comum, e de difícil controle, necessitando a presença de um Estado forte para mediar os conflitos “O conflito decorre naturalmente das diferenças e da insatisfação das necessidades humanas”.

Por fazer parte do cotidiano das pessoas, o conflito deve ser interpretado como algo necessário ao aprimoramento das relações interpessoais e sociais. Logo, as controvérsias precisam ser resolvidas de forma adequada, gerando satisfação. É preciso avaliar os meios adequados a solução de cada tipo de conflito¹², buscando-se sempre a melhor forma, que atenda aos anseios das pessoas envolvidas.

¹⁰ GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do poder judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. **Enfam**, 2015. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019, p. 10-11.

¹¹ FARIAS, James Magno Araújo. Jurisdição e mediação: a atuação da justiça do trabalho para garantir a proteção dos direitos laborais e a possibilidade de mediação trabalhista no Brasil. **Rev. TST**, Brasília, v. 81, n. 1, jan./mar. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95931/2015_farias_james_jurisdiacao_mediacao.pdf?search-result=true&query=media%C3%A7%C3%A3o¤t-scope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc&page=2. Acesso em: 12 jul. 2019, p. 112.

¹² SALES, Lilia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, abr./jun., 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496914/RIL182.pdf?sequence=1#page=76>. Acesso em: 15 jul. 2019, p. 75.

A respeito da ocorrência de conflitos, Vasconcelos, reitera que:

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção de interesse comum.¹³

Dentre as alternativas existentes para a solução de conflitos, cabe destacar a negociação, a conciliação, a arbitragem e a mediação. A negociação é aquela percebida através de dois mecanismos, um deles abrangendo todos os meios possíveis de solução de conflitos em que o diálogo entre as partes é necessário, e a outra parte, em um sentido mais restrito, na qual a solução reincide a partir da intervenção de um terceiro. Já a conciliação consiste na resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito entre as partes envolvidas. Cabe a este conciliador aproximar as partes, controlar as negociações, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito existente.

Pertinente a arbitragem, Vasconcelos¹⁴, discorre que nesta modalidade de solução de conflitos, as pessoas podem optar pela solução das suas disputas, onde o papel de um terceiro envolvido consiste em colher provas e argumentos para decidir mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível, conferindo efeitos positivos e negativos.

Segundo Ramos¹⁵, a mediação poder ser utilizada na solução de conflitos, pois consiste em uma técnica de composição dos conflitos caracterizada pela participação de um terceiro, o mediador, cuja função é escutar as partes para formulação de propostas. Apresenta como características: rapidez e eficácia de resultados, redução do desgaste emocional e do custo financeiro, garantia de privacidade e sigilo, redução da duração e facilitação da comunicação.

“O que se valoriza na mediação é a autonomia, a vontade, os pontos positivos de cada um dos envolvidos para, ao final, compreender o verdadeiro conflito. É em outras palavras, a reconstrução do conflito, pelos próprios envolvidos [...]”¹⁶. Desta forma, Sales e Rabelo¹⁷ retratam

¹³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 19.

¹⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. p. 39.

¹⁵ RAMOS, Augusto Cesar. **Mediação e arbitragem na justiça do trabalho**. FISCOsoft, 2002, p. 1-2.

¹⁶ MENEZES, Marcelo Paes. A “crise da justiça” e a mediação. p. 27.

¹⁷ SALES, Lília de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de

que:

a mediação estimula também a prevenção da má administração dos conflitos, uma vez que incentiva a avaliação das responsabilidades de cada parte naquele momento (evitando atribuição de culpas); a conscientização da adequação das atitudes, dos direitos e deveres e da participação de cada indivíduo para a concretização desses direitos e para as mudanças desses comportamentos; a transformação da visão negativa para a positiva dos conflitos (percepção do momento do conflito como oportunidade para o crescimento pessoal e aprimoramento da relação); a convivência com as diferenças; e, finalmente, o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes, criando uma cultura do “encontro por meio da fala”, facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos.

A mediação de conflitos traz em si a potencialidade de um novo compromisso político capaz de reduzir a desigualdade e a violência. Tal mediação implica um saber, uma episteme, resultante de vários outros saberes, a fim de obter-se o instrumental necessário para uma prática que pressupõe a planificações e aplicação de uma série de passos ordenados no tempo¹⁸.

Assim que, a busca primordial é a resolução do conflito e de uma forma célere. Para tanto, passa-se então a analisar a mediação e suas características, a fim de analisar se sua aplicação na esfera trabalhista é viável, no estado brasileiro.

1.2 A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS

A mediação entra em cena no cenário jurídico com o fulcro não de substituir, mas antes de complementar a função do Judiciário, quando esta represente a ferramenta mais adequada de tratamento ao conflito em análise. Sendo este também o viés de todos demais mecanismos de resolução alternativa de conflitos.

A fim de compreender melhor tais mecanismos, vale diferenciar suas formas de abordagem, quais sejam a autocomposição e a heterocomposição de conflitos. Compreende-se por mecanismos heterocompositivos aqueles onde a solução é imposta por um terceiro; como é o exemplo da arbitragem. Já os autocompositivos, têm sua decisão oriunda do consenso entre as próprias partes envolvidas no conflito, como é o da mediação.¹⁹

Relata que, de modo geral, a mediação pode ser vista como um instrumento utilizado pelas pessoas envolvidas em algum tipo de conflito, seja ele de cunho familiar, social, trabalhista, econômico, emocional, em que se busca solucioná-lo por meio do diálogo e do restabelecimento

democracia. p. 82.

¹⁸ MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos**. 2. ed. São Paulo: Summus, 2008.

¹⁹ SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, p. 396, 2014, p. 396.

dos canais de comunicação rompidos.

A mediação ainda pode ser entendida como um processo em que se aplicam técnicas auto-compositivas, podendo ser utilizada em qualquer fase do conflito. A mediação, portanto, consiste em uma negociação orientada por um terceiro imparcial²⁰.

Conforme o artigo 3º da Lei da Mediação, “pode ser objetivo de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”²¹. Desta forma, ao optar-se pela mediação, a busca por uma solução é entregue a um terceiro, o qual pode vir a apresentar uma proposta ou recomendação, a ser analisada pelas partes. Normalmente, escolhe-se um mediador que facilitará a resolução, cujos efeitos ficarão vinculados à aceitação recíproca. Após a concordância entre as partes, tem-se um negócio jurídico, com eficácia de título executivo extrajudicial.

Um imprescindível objetivo da mediação reside na possibilidade de inclusão social conferida as partes, onde as pessoas envolvidas no conflito são percebidas como as mais importantes no processo de mediação.

Ressalte-se que ao envolver-se, o indivíduo participa ativamente, sentindo-se valorizado e incluído, tendo em vista a sua importância como ator principal e essencial para uma possível análise e solução do conflito. Logo, a mediação é vista através do objetivo de oferecer ao cidadão a participação ativa na resolução de conflitos, resultando em um aumento de responsabilidade civil, de maior cidadania²².

Não obstante, inerente a mediação, Muszkat²³ relata que:

Seu objetivo é buscar acordos ente pessoas em litígio por meio da transformação da dinâmica adversarial, comum no tratamento de conflitos, em uma dinâmica cooperativa, improvável nesse contexto. Para que o mediador saiba lidar com situações desse tipo, espera-se que ele receba uma formação que lhe forneça conhecimentos de inúmeras áreas do saber, tais como psicologia, direito, sociologia, filosofia e teoria da comunicação. Mas, mais do que isso, que esteja preparado para lidar com a descontinuidade, a complexidade e as várias realidades do seu objeto.

A fim de coordenar seu funcionamento, Finelli²⁴ assegura que é preciso primar pela

²⁰ OLIVEIRA, Thífani Ribeiro Vasconcelos de. Mediação no processo do trabalho: influência do novo código do processo civil. p. 174.

²¹ KAMEL, Antonie Youssef. **Mediação e arbitragem**. Curitiba: InterSaberes, 2017, p. 77.

²² SALES, Lília de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. p. 82.

²³ MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos**. 2. ed. São Paulo: Summus, 2008, p; 13.

²⁴ FINELLI, Lília Carvalho. Mediação judicial trabalhista: histórico legislativo da exclusão da aplicabilidade da lei nº 13.140/15 aos conflitos de trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 104-113, 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98139>. Acesso em: 15 jul. 2019.

flexibilidade do procedimento, sua consensualidade e confidencialidade. À vista disso, o novo Código do Processo Civil aborda a condução desta prática.

A mediação se apresenta de forma mais flexível e interdisciplinar, utilizando-se da técnica autocompositiva, com a participação consensual das partes, aplicando-se a lógica ganhador e ganhador, rompendo com a ideia polarizada entre derrotado e vitorioso. A mediação propõe, portanto, um maior envolvimento das partes do conflito que juntas chegam a uma conclusão satisfatória a ambas.²⁵

Segundo Kamel²⁵, os princípios da mediação encontram-se dispostos no artigo 2º da Lei da Mediação, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São eles: a) imparcialidade do mediador: quando o mediador não toma partido de qualquer das partes, privilegiando a aproximação delas, sem qualquer julgamento; b) isonomia entre as partes: ter as partes por igualmente capazes de participar de uma mediação, sem que uma tenha vantagem sobre a outra; c) oralidade: as partes podem tomar e consultar notas e apontamentos, a fim de lembrar os pontos importantes, devendo o mediador fazê-lo; d) informalidade: não existem regras fechadas na mediação em relação ao modo como se desenvolve ou o local onde acontece; e) autonomia da vontade das partes: o mediador deve ter em alto respeito e valor, a autonomia que as partes manifestam durante o ato da mediação; f) busca do consenso: quando as partes estiverem aproximadas, deve-se lembrar a razão pela qual estão ali; g) confidencialidade: tudo o que ocorrer em uma sessão de mediação precisa ser sigiloso; h) boa-fé: as partes envolvidas devem demonstrar veracidade, integridade, honradez e lealdade.

Assim que “A mediação pode ocorrer no âmbito judicial, quando já foi instaurado um processo judicial, e extrajudicialmente, quando ocorre sem que exista processo, tendo procedimentos similares”²⁶.

Calsing e Viveiros²⁷ discorrem que “[...] a adoção da mediação na resolução das adversidades seria de suma importância em casos específicos em que a manutenção de um bom convívio entre empregado e empregador é fundamental para a efetivação de um comando judicial”.

A adoção da mediação como método de solução dos conflitos individuais do trabalho deve ser encarada, inclusive, como possível mudança cultural da busca pelo Poder Judiciário e como tentativa de se manter a continuidade das relações trabalhistas. Isso porque, não raras vezes, o empregado

²⁵ KAMEL, Antonie Youssef. **Mediação e arbitragem**. p. 72-73.

²⁶ KAMEL, Antonie Youssef. **Mediação e arbitragem**. p. 72.

²⁷ CALSING, Maria de Assis; VIVEIROS, Carolina C. Salomão Leal. Mediação e conciliação: o novo CPC e os conflitos trabalhistas. **Rev. TST**, Brasília, v. 82, n. 2, abr./jun., 2016, p. 250.

busca a via judicial quando a relação empregatícia já não mais se sustenta. Criar mecanismos que estimulem o diálogo entre empregado e empregador, afastando-se a ideia de litigiosidade e as figuras de “ganhador” e “perdedor”, poderá ser um louvável caminho para a busca da manutenção do contrato de trabalho, princípio basilar desta Justiça Especializada²⁸.

Dessarte, a solução adequada, na resolução dos conflitos, se torna essencial para que as partes possam resolver as suas demandas, bem como, as Estado, se torna importante a paz social de forma célere e adequada.

1.3 O CONFLITO LABORAL E A MEDIAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

No Brasil, a mediação de conflitos começou a ganhar espaço no início dos anos 1990, um momento em que poucos tinham uma noção conceitual clara sobre o instrumento de autocomposição.

Somente em 2010, a mediação passou a ser oficialmente reconhecida como uma política pública, cujo seu principal objetivo não se restringia ao acesso a justiça, mas sim à criação de um mecanismo encorajador e enraizador da participação social do cidadão²⁹.

No Brasil, a mediação ganhou um novo impulso a partir da implantação da Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do poder judiciário, pela Lei nº 13.140/16 e Lei nº 13.105/15. Entretanto, ainda se discute a possibilidade de transacionar direitos trabalhistas em razão da desigualdade dos litigantes³⁰

Em um país onde a cultura é do acesso ao Poder Judiciário, apesar de sua pouca eficiência, com milhões de ações ajuizadas a cada ano, vemos com bons olhos a existência de mecanismos alternativos de soluções de litígios. A mediação, por sua vez, consiste em uma técnica onde um terceiro - a extrajudicial sendo a que apontamos como genuína – atua como facilitador e onde o resultado pretendido é o consenso entre os contendores e, com isso, a pacificação social, objeto de toda e qualquer civilização.³¹

A mediação judicial pode ser compreendida sob três vertentes: mediação pré-processual, mediação endoprocessual e mediação extra-processual. A mediação pré-processual é praticada

²⁸ CALSING, Maria de Assis; VIVEIROS, Carolina C. Salomão Leal. Mediação e conciliação: o novo CPC e os conflitos trabalhistas. p. 250-251.

²⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. p. 7.

³⁰ OLIVEIRA, Thifani Ribeiro Vasconcelos de. Mediação no processo do trabalho: influência do novo código do processo civil. p. 176.

³¹ DUARTE, Bento Herculano. Conflitos de interesses e vantagens da mediação. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 69-76, 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98240>. Acesso em: 11 jul. 2019, p. 75.

por mediadores judiciais, a partir das estruturas definidas na Resolução 125/10-CNJ, a fim de prevenir a instauração de uma demanda trabalhista. Já a mediação endoprocessual consiste no procedimento de mediação instaurado no curso do processo trabalhista, a qual é realizada pelo juiz ou pelas partes. Por fim, a mediação é o procedimento de mediação instaurado pelas partes por iniciativa exclusiva, no curso do processo, mas fora dele e sem interferência no seu andamento, a não ser quanto a sua extinção.³²

Na sistemática processual trabalhista, já existem previsões para a utilização da mediação tanto em conflitos individuais quanto em coletivos, tanto judicial quanto extrajudicial.

Portanto, a mediação precisa ser estimulada e efetivada constantemente, já que em certos casos, principalmente questões pessoais, como assédio e despedida discriminatória, as partes tendem a se sentirem mais à vontade para expor os fatos, as angústias e as expectativas na presença de um mediador do que na presença de um juiz³³.

Na percepção de Mello e Baptista³⁴:

Não há no Brasil – como há em outros países, a exemplo de Portugal, Argentina, Canadá e Estados Unidos – uma legislação que regule as práticas cobertas pela denominação mediação de conflitos, nem tampouco uma profissionalização de mediadores. Do mesmo modo, as definições do que sejam mediação judicial e mediação extrajudicial parecem estar mais delimitadas pelas instituições que aplicam seus princípios colocados em prática no interior das instituições judiciais, ou seja, quando partes em conflito são encaminhadas por um juiz para sessões de mediação, no contexto do processo judicial; e, por oposição, a mediação extrajudicial está ligada ao que ocorre fora dos muros dessas instituições e dos processos judiciais propriamente ditos.

Segundo Finelli³⁵, na mediação trabalhista anterior ao conflito, as demandas muitas vezes se tornam coletivas pelo objetivo, sendo necessária a atuação de representantes sindicais, a fim de tentar solucionar a questão diretamente com o empregador. Desta forma, trata-se de mediação extrajudicial, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego.

Sempre ressaltando-se que a relação de trabalho/emprego costuma ser uma relação muito próxima onde empregado e empregador muitas vezes necessitam um espaço de diálogo maior do que aquele fornecido pelo Poder Judiciário tradicional, para que os conflitos de ordem íntima sejam tratados, assim:

³² VASCONCELOS, Antônio Gomes de; GOMES, Marcella Furtado de Magalhães. Mediação judicial trabalhista. p. 20-21.

³³ OLIVEIRA, Thifani Ribeiro Vasconcelos de. Mediação no processo do trabalho: influência do novo código do processo civil. p. 177.

³⁴ MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. **DILEMAS**, v. 4, n. 1, p. 97-122, jan./mar., 2011. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7208>. Acesso em: 15 jul. 2019.

³⁵ FINELLI, Lília Carvalho. Mediação judicial trabalhista: histórico legislativo da exclusão da aplicabilidade da lei nº 13.140/15 aos conflitos de trabalho. p. 105.

No âmbito trabalhista, a solução dos conflitos comporta dupla missão: resguardar a dimensão humana e social dos direitos trabalhistas (indisponíveis e limitadamente transacionais), assegurando-lhes a efetividade e a integridade; e auxiliar as partes a solucionar o conflito na sua dimensão intersubjetiva, visando resgatar as relações interpessoais.³⁶

Em muitas situações se faz imprescindível esse espaço de fala. Assim que, passa-se abordar um pouco da experiência norte-americana, para que se possa aquilatar a possível aplicação em nosso ordenamento legal.

1.4 A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA

Para que se possa realizar esse diálogo entre diferentes países e diferentes sistemas, interessante se torna apurar a diferenciação em alguns aspectos. Primeiramente entender a conceituação de jurisdição. Nas palavras do jurista Carnelutti, jurisdição representa a justa composição da lide, entendendo a lide como o conflito de interesses entre as partes envolvidas.

Ressalta Marinoni³⁷, que:

Carnelutti, entretanto, partiu da idéia de lide - compreendida como conflito de interesses, ou mais precisamente, marcada pela idéia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade – para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição. Havendo lide, a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.

Portanto, entende-se do processo jurisdicional uma forma de heterocomposição dos conflitos entre as partes, onde a solução é imposta por um terceiro imparcial, que analisando a situação aplica a decisão a ser cumprida pelos envolvidos, qual seja, a sentença. Esta, por sua vez, torna-se regra a ser aplicada ao caso concreto.

No ordenamento jurídico pátrio a solução de conflitos que versem sobre relações laborais foi atribuído por determinação constitucional a justiça especializada, neste caso, a Justiça do Trabalho, conforme determina o artigo 114 da Constituição Federal assim: “Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar...”.

Cumprido salientar que em alteração trazida pela emenda constitucional 45, datada de dezembro de 2004, a competência da justiça especializada sofreu grande ampliação, trazendo a justiça especializada maiores poderes no que tange a resoluções e conflitos advindos do mundo laboral.

³⁶ VASCONCELOS, Antônio Gomes de; GOMES, Marcella Furtado de Magalhães. **Mediação judicial trabalhista**. p. 19.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005, p. 14.

Já nos Estados Unidos, a legislação americana determina que a competência para julgar feitos trabalhistas é conferida aos Magistrados da justiça comum. Ao contrário do Brasil, onde compete a união legislar o direito do trabalho, nos EUA atribui-se essa competência tanto para os estados, quanto para o governo federal³⁸.

Nos Estados Unidos é comum as empresas se submeterem a procedimentos mediados e preservarem suas relações comerciais durante e após a resolução do conflito. Importante mencionar que nos EUA não há uma Justiça Trabalhista especializada. Logo, muitos litígios de natureza laboral são resolvidos por meio da arbitragem ou da própria justiça comum, apreciando as causas não solucionadas por acordo entre as partes envolvidas.

O modelo norte-americano de composição de conflitos trabalhistas possui uma facilidade extra, sendo que dos 115 milhões de trabalhadores, 30 milhões tem seus contratos regidos por 150 mil convenções coletivas, entre as quais 95% contem clausulas regulando o processo de solução dos dissídios individuais. Desta forma, reduzem-se os custos do Estados ao mesmo tempo em que, eliminam-se os gastos para a manutenção de um órgão judicial especializada.

Vale ressaltar que as diferenças legislativas entre os dois sistemas aqui comparados advém desde a raiz da composição de tais modelos. Como assevera Casagrande³⁹:

É evidente que os Estados Unidos não possuem uma legislação trabalhista sob a forma de consolidação ou de código. Mas isto simplesmente se deve ao fato de que na tradição da *common law* que aquele país segue não se favorece a adoção de leis gerais codificadas e temáticas, mas sim de leis esparsas e precedentes judiciais como principal fonte de direito. Os EUA não possuem um Código ou Consolidação de Leis do Trabalho como também não possuem um Código Civil ou Código Eleitoral. Isto não significa que por lá inexistam leis civis (sobre direito e família, propriedade, contratos, etc), eleitorais (sobre a forma de organização das eleições) ou trabalhistas (sobre limitação de jornada, salário mínimo, trabalho infantil, segurança no trabalho, etc.).

Logo, a exemplo de existente legislação trabalhista americana vale citar a mais importante delas, qual seja a *Federal Labor Standards Act (FLSA)* de 1938, que dita, entre outros, os padrões básicos da rotina laboral. Mais adiante, tem-se a *Equal Pay Act* de 1963, versando sobre equiparação salarial. Em 1967 a discriminação salarial por idade foi coibida por meio da *Age Discrimination in Employment Act*. Posteriormente, foram ainda promulgadas diversas leis relevantes, como a de 1990 chamada *American with Disabilities Act*, regulando condições de

³⁸ SGAVIOLI, Ciro Fachim. Legislação e direitos trabalhistas nos Estados Unidos e o mito da jubuticaba. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://cfachim.jusbrasil.com.br/artigos/642040075/legislacao-e-direitos-trabalhistas-nos-estados-unidos-e-o-mito-da-jubuticaba>. Acesso em: 16 maio. 2019.

³⁹ CASAGRANDE, Cassio. A Reforma Trabalhista e o Sonho Americano. **Amatra13**, 2018. Disponível em: <https://www.amatra13.org.br/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

trabalho ao portador de necessidades especiais. E por fim, cita-se também a *National Labor Relations* de 1935, a qual vem a discorrer sobre a organização sindical⁴⁰.

Quando em análise de diferentes modelos jurídicos, vale ressaltar que soluções adotadas no país supracitado podem ser analisadas e observadas, mas não significa necessariamente que terão o mesmo resultado ao ser adotada pelo nosso país e nossa realidade. Adotar modelos internacionais sem levar em consideração a realidade nacional pode implicar em maior fragilização ao trabalhador na busca e na defesa de seus interesses.

Neste sentido afirma Farias⁴¹:

Por sinal, quem defende a extinção da Justiça do Trabalho no Brasil geralmente cita o êxito do modelo americano, esquecendo-se, porém, de um detalhe: ao mesmo tempo em que a Justiça Comum é modelo de eficiência (ao contrário da nossa, infelizmente), é notória a fraqueza de seus sindicatos, se comparados aos europeus ou latino-americanos, o que impede as causas pequenas ou de pouca expressão econômica de serem levadas à Justiça, pois normalmente são solucionadas no âmbito das próprias empresas, que, é certo, exercem bastante influência sobre a pessoa do empregado.

Contudo, o âmago do presente estudo concentra-se na redução de judicialização dos litígios trabalhistas nos EUA, a qual se deve ao vasto uso dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Os quais estão presente tanto em esfera estadual quanto federal, através de instituições e agências tanto públicas quanto privadas⁴²

Entitulados como *ADR's (Alternative Dispute Resolution)*, os métodos de resolução extrajudiciais de conflitos nos EUA que mais se destacam na esfera trabalhista sem dúvida são a mediação e a arbitragem.

Os EUA possui mais de 2.500 leis, de âmbito estadual e federal, versando sobre regulamentos de processos de mediação, das mais diversas espécies de conflito. Sendo que em relação aos trabalhistas, a estatística de resolução é de 85%, sendo tomada como uma das áreas de taxas mais alta de acordo⁴³.

Nas últimas duas décadas, a mediação na esfera do trabalho nos Estados Unidos têm

⁴⁰ CASAGRANDE, Cassio. A Reforma Trabalhista e o Sonho Americano.

⁴¹ FARIAS, James Magno Araújo. Jurisdição e mediação: a atuação da justiça do trabalho para garantir a proteção dos direitos laborais e a possibilidade de mediação trabalhista no Brasil. p. 115.

⁴² CASAGRANDE, Cassio. A Reforma Trabalhista e o Sonho Americano.

⁴³ ZAHORKA, Hans-Juergen. **Mediation in Labour Relations: What Can Be Learned From the North American and EU Example?** labour Legislation and Arbitration Project. EuropeAid/113649/C/SV. Annex 5. – p. 2. 2002. Disponível em: <https://www.libertas-institut.com/de/PDF/Mediation.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

avançado, não somente no que tange aos conflitos individuais, entre o empregado e a empresa, mas como também em conflitos coletivos. Em recente pesquisa, demonstrou-se que aproximadamente 90% das 1.000 empresas contatadas afirmaram fazer uso da ferramenta da mediação, seja em solução de controvérsias de cunho interno da empresa, bem como nos litígios entre a empresa e o empregado.

Os processos de mediação são oferecidos por órgãos tanto públicos quanto privados. Dentre as 3 agências privadas de maior relevância no país, está a *American Arbitration Association (AAA)*, fundada em 1926, a *International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)* fundada em 1977, e a *Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc. (JAMS)* fundada em 1979. Geralmente o custo das mediações nessas agências privadas são mais altas, em razão da alta qualidade dos serviços prestados.

Afora estas, são inúmeros os órgãos e instituições particulares de mediação que dispõem de serviço especializado em mediação trabalhista. Sendo que nos Eua, os custos financeiros de um serviço de mediação privada, costuma ser em média dez meses menos dispendioso que o litígio comum⁴⁵.

Já no que tange a esfera pública, o mais utilizado é a agência federal *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, que oferece serviço de mediação desde 1991, e é responsável pela apreciação de cerca de 100.000 denúncias a cada ano. No estado da Califórnia existe também a agência estadual *California's Department of Fair Employment and Housing (DFEH)*, a qual proporciona mediação trabalhista desde 2001. Ambas agências públicas oferecem o serviço de mediação gratuito, onerando as partes apenas nas custas de seus advogados, quando for o caso.⁴⁶

Além dos existentes '*court-annexed mediation programs*', que são núcleos internos das cortes americanas que oferecem o serviço de mediação, que pode ser tanto voluntário quanto requeridos pelos próprios magistrados, e geralmente ocorrem de forma gratuita.

O mediador americano Michael Roberts afirma que devido aos custos em termos financeiros, morais e desgaste na estrutura gerencial da empresa, procedimentos como a mediação têm se mostrado cada vez mais comum sem contratos de trabalho, bem como nos manuais internos de procedimentos das empresas. De fato, temos visto políticas laborais

⁴⁴ ZAHORKA, Hans-Juergen. **Mediation in Labour Relations: What Can Be Learned From the North American and EU Example?**. p.2.

⁴⁵ GOLANN, Dwight. **Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates**. 1. ed. Chigago, US. ABA, 2009, p. 281.

⁴⁶ VIEIRA, Claudia M. **Mediation Statistics at the EEOC and DFEH**. 2003. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5b7f2b214cde7a45a48160ca/t/5cf022f46889a7000196dfa4/1559241461161/2003+Mediation+Statistics+at+the+EEOC+and+DFEH.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2020.

sofisticadas as quais incluem mecanismos de ADR no próprio regime da empresa (tradução nossa)⁴⁷.

Portanto, além das entidades públicas e privadas que oferecerem o serviço de mediação, ainda existe um enorme uso dessa ferramenta no próprio regime interno das grandes empresas. Quando existem tais mecanismos, normalmente os próprios juízes, ao receberem uma reclamação trabalhista, sugerem ao empregado que retorne e faça uso dos mecanismos internos da empresa, antes de ingressar com a ação. Tais serviços geralmente são custeados pela própria empresa.

Dessa forma, as razões a que se atribui tal êxito da mediação trabalhista em solo americano são inúmeras. Inicia-se por citar a economia de tempo; estatísticas comprovam que o processo de mediação se resolve em até quatro vezes mais rápido que o litigioso. Outrossim, refere-se a economia financeira, neste caso não somente quando comparada ao processo litigioso mas até mesmo ao arbitral⁴⁸.

Posteriormente, vale ressaltar os enormes benefícios emocionais. É sabido que o nível de stress que a perda de um emprego causa no ser humano é o terceiro mais grave, seguido da perda de um ente querido e de um divórcio⁴⁹.

Afirma o mediador Michael Roberts que: “Tendo mediado já centenas de conflitos laborais, seguidamente observo que, ao considerar cada um dos detalhes legais de uma reclamação, fico claro que a parte reclamante jamais teria sua ofensa satisfatoriamente abordada na corte”⁵⁰.

Além disso, a mediação apresenta grande vantagem devido a seu aspecto de confidencialidade, especialmente em casos de assédio, onde é interesse das partes preservar sua reputação. Bem como em casos onde o empregador teme que a decisão possa vir a tornar-se precedente pra recorrentes reclamações, por parte dos demais empregados.

Igualmente, vale ressaltar que a mediação proporciona uma estrutura de soluções mais criativas e flexíveis do que as decisões magistras ou que até mesmo os próprios acordos realizados na corte. “As partes são encorajadas a considerar remédios criativos como

⁴⁷ Because of the cost in terms of dollars, morale and disruption of management, procedures, including mediation are becoming more common in contracts of employment, personnel manuals and employee handbooks. In fact, we are seeing sophisticated employment policies that include an elaborate dispute resolution mechanism [...]”. ROBERTS, Michael. **Resolving Disputes Through Employment Mediation**. 2002. Disponível em: <https://www.mediate.com//articles/roberts2.cfm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

⁴⁸ GOLANN, Dwight. **Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates**. p. 281.

⁴⁹ GOLANN, Dwight. **Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates**. p. 279.

⁵⁰ GOLANN, Dwight. **Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates**. p. 280.

treinamentos, alterações de função no trabalho, cartas de referência, formalização de pedidos de desculpas, ou novos canais abertos de comunicação pra que se resolvam as questões [...]” (tradução nossa)⁵¹.

Ademais, além do aspecto da privacidade das informações compartilhadas no processo de mediação, a abordagem incentivadora ao diálogo e escuta entre as partes, proporciona a manutenção, quando não a restauração do relacionamento entre os afetados pelo conflito. Dessa forma, a mediação trabalhista apresenta-se como opção de extrema vantagem em situações onde o empregador tem algum interesse em manter um empregado de alto valia para a empresa, ou até mesmo onde uma relação entre o trabalhador e um supervisor possa vir a afetar os rendimentos da instituição, ou setor⁵².

Dessarte, a esfera trabalhista tem muito a ganhar com a sua abertura aos métodos alternativos de solução de litígios. De forma que exemplos como o sucesso americano, devem ser tomados como inspiração e estímulo aos operadores do direito, bem como também aos legisladores nacionais. A fim de que não somente estimulem o uso de ferramentas como mediação, mas também estructurem seus procedimentos de forma mais adequada possível a realidade dos litígios laborais em nosso sistema judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, vale ressaltar o anteriormente afirmado, de que a mera adoção de modelos internacionais sem a análise préviada realidade do contexto nacional, jamais poderia ser interpretado como benéfico. Mister se faz reconhecer as diferenças entre os sistemas comparados, antes de se concluir o que seria vantajoso ou não adaptar ao modelo brasileiro.

Fato é que os métodos alternativos de resolução de conflitos apresentam-se tanto como fruto como consequência de uma sociedade mais democrática e humanizada. Ademais, inevitável se faz ignorar a crescente adptação dos mesmos às diversas esferas jurídicas, como é o caso da esfera laboral.

Isto posto, o intuito deste estudo não seria o de esgotar o entedimento sobre o assunto discorrido. Mas antes sim, coscientizar sobre a necessidade de se avaliarem os diversos mecanismos de tratamento adequado de conflitos, bem como suas já manifestas vantagens. A fim

⁵¹ The parties are encouraged to consider creative remedies such as training, job modification, letters of reference, letters of apology, or new open channels of communication in resolving these complaints [...]”. ROBERTS.

⁵² ETTINGOFF, Cindy Cole; POWELL, Gregory. **26 U. Mem. L. Rev. 1131**. Alternative Dispute Resolution Symposium.1996, p. 1160.

de reconhecer sua contingência em contribuir com o desenvolvimento do cenário do judiciário brasileiro, em sua busca pela satisfação dos interesses essenciais da sociedade. Tais como o acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana, entre tantos outros instrumentos essenciais na promoção da pacificação social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Ricardo Luiz. Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 386, 28 jul. 2004. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/5484>. Acesso em: 2 fev. 2020.

CALSING, Maria de Assis; VIVEIROS, Carolina C. Salomão Leal. Mediação e conciliação: o novo CPC e os conflitos trabalhistas. **Rev. TST**, Brasília, v. 82, n. 2, abr./jun., 2016.

CASAGRANDE, Cassio. A Reforma Trabalhista e o Sonho Americano. **Amatra13**, 2018. Disponível em: <https://www.amatra13.org.br/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados estatísticos**. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 16 maio. 2019.

CUNHA, Júlia Gabriela Soares; REIS, Roberta Cerqueira. Repensando o papel da mediação no Estado democrático de direito. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 77-83, 2016. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98236>. Acesso em: 11 jul. 2019.

DUARTE, Bento Herculano. Conflitos de interesses e vantagens da mediação. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 69-76, 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98240>. Acesso em: 11 jul. 2019.

ETTINGOFF, Cindy Cole; POWELL, Gregory. **26 U. Mem. L. Rev. 1131**. Alternative Dispute Resolution Symposium.1996.

FARIAS, James Magno Araújo. Jurisdição e mediação: a atuação da justiça do trabalho para garantir a proteção dos direitos laborais e a possibilidade de mediação trabalhista no Brasil. **Rev. TST**, Brasília, v. 81, n. 1, jan./mar. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95931/2015_farias_james_jurisdica

o_mediacao.pdf?search-result=true&query=media%C3%A7%C3%A3o¤t-scope=&rpp=10&sort_by=score&order=desc&page=2. Acesso em: 12 jul. 2019.

INELLI, Lília Carvalho. Mediação judicial trabalhista: histórico legislativo da exclusão da aplicabilidade da lei nº 13.140/15 aos conflitos de trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 104-113, 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98139>. Acesso em: 15 jul. 2019.

GOLANN, Dwight. **Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates**. 1. ed. Chigago, US. ABA, 2009.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do poder judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. **Enfam**, 2015. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

KAMEL, Antonie Youssef. **Mediação e arbitragem**. Curitiba: InterSaberes, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. **DILEMAS**, v. 4, n. 1, p. 97-122, jan./mar., 2011.

Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7208>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MENEZES, Marcelo Paes. A “crise da justiça” e a mediação. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 23-31, jan./jun. 2001.

MENEZES, Marcelo Paes. Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de “ódio, amor e dor”. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos**. 2. ed. São Paulo: Summus, 2008.

OLIVEIRA, Thífani Ribeiro Vasconcelos de. Mediação no processo do trabalho: influência do novo código do processo civil. **Rev. Trib. Reg. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 61, n. 92, p. 171-186, jul./dez. 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Augusto Cesar. **Mediação e arbitragem na justiça do trabalho**. FISCOsoft, 2002.

ROBERTS, Michael. **Resolving Disputes Through Employment Mediation**. 2002. Disponível em: <https://www.mediate.com//articles/roberts2.cfm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

SALES, Lilia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, abr./jun., 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496914/RIL182.pdf?sequence=1#page=7>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, p. 396, 2014.

SGAVIOLI, Ciro Fachim. Legislação e direitos trabalhistas nos Estados Unidos e o mito da jubuticaba. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://cfachim.jusbrasil.com.br/artigos/642040075/legislacao-e-direitos-trabalhistas-nos-estados-unidos-e-o-mito-da-jabuticaba>. Acesso em: 16 maio. 2019.

TOLEDO, Patrícia Therezinha. Os conflitos trabalhistas e a importância dos sistemas de solução dos conflitos laborais no mundo atual. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 8, p. 29-70, 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/78815>. Acesso em: 15 jul. 2019.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; GOMES, Marcella Furtado de Magalhães. Mediação judicial trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 53, p. 7-25, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VIEIRA, Claudia M. **Mediation Statistics at the EEOC and DFEH**. 2003. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5b7f2b214cde7a45a48160ca/t/5cf022f46889a7000196dfa4/1559241461161/2003+Mediation+Statistics+at+the+EEOC+and+DFEH.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2020.

ZAHORKA, Hans-Juergen. **Mediation in Labour Relations: What Can Be Learned From the North American and EU Example?** labour Legislation and Arbitration Project. EuropeAid/113649/C/SV. Annex 5. – p. 2. 2002. Disponível em: <https://www.libertas-institut.com/de/PDF/Mediation.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

O DIREITO DE PROPRIEDADE E A DEFESA DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Francis Perondi Folle Perobelli¹

INTRODUÇÃO

No presente estudo, busca-se verificar se, efetivamente, existe uma colisão de direitos fundamentais quando se trata do direito à propriedade *versus* o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para alcançar à conclusão pretendida, inicialmente, é realizada uma breve análise da evolução histórica dos direitos fundamentais. Em seguida, parte-se para o exame de aspectos do direito fundamental à propriedade relevantes ao propósito perseguido e, após, semelhante análise é realizada em relação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por fim, é feita a ponderação acerca da eventual colisão entre tais direitos fundamentais.

1. BREVE APANHADO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para a melhor compreensão do tema em estudo, inicialmente, é necessário realizar a análise, ainda que breve, dos direitos fundamentais sob uma perspectiva histórica, com o objetivo de verificar o processo evolutivo dos direitos fundamentais em análise, assim como do sistema principiológico que permeou sua evolução até a concepção atual dos direitos constitucionalmente protegidos à propriedade e ao meio ambiente preservado.

Os direitos fundamentais são direitos históricos, ou seja, nascidos de modo gradual e contínuo, conforme a demanda de cada época, acolhida pela ordem jurídica a ela contemporânea. Nesse sentido, a doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações, ou dimensões de direitos², conforme o período de seu reconhecimento.³ A existência de três dimensões de direitos fundamentais é pacífica na doutrina, mas também há forte tendência de reconhecer a existência

¹ Mestra em Direito pela Universidade de São Paulo. Tabeliã e Oficial de Registros Públicos no Estado do Rio Grande do Sul.

² A doutrina mais moderna aponta que a utilização o termo “dimensões” de direitos fundamentais, ao invés de “gerações”, é mais adequado, pois denota o aspecto contínuo da incorporação sucessiva de novos direitos, um após o outro, como se correspondessem a camadas que vão agregando ao anterior, sem dar a conotação equivocada de superação, ou prevalência, dos direitos posteriormente reconhecidos, em relação aos de uma “geração” anterior.

³ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I – Teoria da Constituição. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 592.

de direitos fundamentais de quarta dimensão⁴, e alguns autores defendem até mesmo a existência de uma quinta dimensão de direitos.⁵

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram, sobretudo, como instrumento de limitação do poder estatal, na busca de assegurar aos indivíduos um nível satisfatório de garantia de sua autonomia e liberdade. Eles foram alicerçados no pensamento iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, em especial na doutrina de Rousseau, Kant e Locke, cujo legado foi a ideia de que, em bases teleológicas, deve o Estado incumbir-se da concretização da liberdade de cada indivíduo.⁶

Neste aspecto, o ideário liberal-burguês do século XVIII em muito colaborou com o surgimento e desenvolvimento dos direitos de primeira dimensão, no sentido de demarcar uma zona livre da intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. Assim, tem-se que tais direitos “surgiram como barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado em sua vida privada e contra o abuso de poder”.⁷

Doutrinadores apontam que o segredo para a compreender o surgimento da concepção liberal está no estudo dos pensamentos que justificavam o Estado absoluto, antecessor do Estado liberal, sobretudo do pensamento de Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel, dois grandes filósofos dos séculos XVI e XVII, exatamente pelo fato de que a ideia da existência de normas capazes de limitar o poder estatal surgiu como reação ao absolutismo, marcado pela ausência de liberdade de expressão, de liberdade política e econômica, de garantias processuais e por forte intolerância religiosa.⁸

Hobbes publicou seu famoso livro, o *Leviatã*, em 1651, com forte tom pessimista sobre a natureza humana, sintetizada na ideia central de que “o homem é o lobo do homem”.⁹ Para ele,

⁴ V.g. Norberto Bobbio e Paulo Bonavides.

⁵ BONAVIDES, P. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, n. 3, p. 82-93, 30 jun. 2008. O autor defende o direito à paz como direito fundamental de quinta dimensão. Em suas palavras: “Elevou-se, assim, a paz ao grau de direito fundamental da quinta geração ou dimensão (as gerações antecedentes compreendem direitos individuais, direitos sociais, direito ao desenvolvimento, direito à democracia). Fizemo-la, aliás, objeto de conferência em Curitiba, por ocasião do 9º Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, que teve a presença de 2.000 pessoas de 20 Estados da Federação e de outros países.”

⁶ GOULART, Leandro Henrique Simões; FERNANDES, Josiane Lívia. Direito à Propriedade e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: A Colisão De Direitos Fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva* nº 18. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2012/1. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/REVISTA-DE-DIREITO-N.18.pdf>> Acesso em 13 nov. 2020.

⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle Edition. p. 33.

⁸ Idem. *Ibidem*. p. 42.

⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. p. 34. Originalmente, a frase pertence ao dramaturgo romano Plautus (254-184 a.C.), mas ficou popularmente conhecida após ser endossada por Hobbes, que acreditava que, como tendência geral, todos os homens possuem “um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte. (...) A competição pela riqueza, a honra, o mando e outros poderes leva à luta, à inimizade e à guerra, porque o caminho seguido pelo

somente seria possível evitar uma constante guerra de todos contra todos, e se alcançaria a paz social, se existisse um pacto social que conferisse pleno poder a uma autoridade capaz de defender e organizar a sociedade, conferindo toda a força e poder ao Estado, personificado no soberano (por ele comparado ao Leviatã), que deveria punir aqueles que não obedecessem ao contrato social. Nesse sentido, o soberano deveria possuir um poder absoluto, ilimitado jurídica ou politicamente. Embora legislasse, ele não poderia ser submetido à própria legislação, e embora julgasse, não poderia ser julgado, pois seu poder era total, somente prestando contas a Deus.¹⁰

Com ideias semelhantes, Nicolau Maquiavel, em sua famosa obra “O príncipe”, escrita no ano de 1513, e publicada em 1532, defendia a centralização do poder político, aconselhando que o soberano, na condução dos negócios públicos, fizesse o possível para se manter no poder, sendo desta obra a célebre frase “os fins justificam os meios”.¹¹ Para Maquiavel, existiriam dois modos de manter o poder, um com base nas leis, outro com base na força, devendo um príncipe saber utilizar a ambos, devendo ser seu pensamento precípua e fundamental o da guerra, juntamente com as regras e a disciplina que ela requer. Nas palavras do pensador:

Assim sendo, é proveitoso saber que existem dois modos de combater: um com as leis, o outro com a força. O primeiro é próprio do homem, o segundo, dos animais; mas, como o primeiro modo muitas vezes não é suficiente, convém recorrer ao segundo. Portanto, a um príncipe torna-se necessário saber quando empregar o homem, e quando se valer do animal.¹²

A fusão entre os pensamentos de Hobbes e Maquiavel resultava em um Estado absoluto, ilimitado, inescrupuloso, em que o soberano estaria autorizado a utilizar-se de todos os meios, bárbaros ou selvagens, para alcançar a finalidade de se manter no poder. A vontade do soberano estaria acima de qualquer concepção jurídica, não havendo limites para o poder do Estado.

Representando o oposto do pensamento absolutista maquiavélico e hobbesiano, John Locke, conhecido como “o pai do liberalismo”, em 1690, na obra Segundo tratado sobre o governo

competidor para realizar seu desejo consiste em matar, subjugar, suplantar ou repelir o outro.” In Thomas Hobbes. Leviatã (p. 65-66). Kindle Edition.

¹⁰ HOBBS, Thomas. Leviatã. Tradução de Eleonora Magalhães de Gusmão. Kindle Edition. Em um trecho da obra (p. 142-146), Hobbes escreve: “Por outro lado, entendendo a liberdade no sentido de isenção das leis, **não é menos absurdo que os homens exijam, como fazem, aquela liberdade mediante a qual todos os outros homens podem tornar-se senhores de suas vidas.** Apesar do absurdo em que consiste, é isto que eles pedem, pois ignoram que as leis não têm poder algum para protegê-los, se não houver uma espada nas mãos de um homem, ou homens, encarregados de pôr as leis em execução. **Portanto a liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu:** como a liberdade de comprar e vender, ou de outro modo realizar contratos mútuos; de cada um escolher sua residência, sua alimentação, sua profissão, e instruir seus filhos conforme achar melhor, e coisas semelhantes. (...) Ninguém tem a liberdade de resistir à espada do Estado, em defesa de outrem, seja culpado ou inocente. **Porque essa liberdade priva a soberania dos meios para proteger-nos,** sendo portanto destrutiva da própria essência do Estado.”

¹¹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. p. 35.

¹² MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Textos para Reflexão. Organização: Rafael Arrais. Kindle Edition. p. 64

civil, expõe sua teoria do Estado liberal e da propriedade privada, defendendo que os homens são, por sua natureza, livres, iguais e independentes, mas que tal liberdade não significa “um estado de permissividade”, em que os homens possam afligir uns aos outros, mas ao contrário, ninguém poderia estar sujeito ao poder político de outro homem sem o seu próprio consentimento.¹³ Em suas palavras:

(...) ainda que se tratasse de um “estado de liberdade”, este não é um “estado de permissividade”: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém. Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas. Para que se possa impedir todos os homens de violar os direitos do outro e de se prejudicar entre si, e para fazer respeitar o direito natural que ordena a paz e a “conservação da humanidade”, cabe a cada um, neste estado, assegurar a “execução” da lei da natureza, o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações.¹⁴

Assim, os direitos de primeira dimensão são identificados como direitos de liberdade, ou direitos individuais, pois tem conexão direta com os ideais de liberdade, resistência e oposição aos excessos do Estado, na medida em que exigem dele uma abstenção, um não agir, possuindo caráter negativo. São identificados como direitos fundamentais de primeira dimensão os direitos à vida, à liberdade religiosa, de crença, de locomoção, de associação, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e o direito à propriedade privada.¹⁵

Contudo, o caráter excessivamente individualista que o direito à propriedade possuía no Estado liberal, à época considerado absoluto e intocável¹⁶, unido à desigualdade econômica e social, indicavam uma igualdade meramente formal. O Estado, imbuído dos ideais liberais,

¹³ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Lebooks Editora. 1ª ed. Kindle Edition. p. 16.

¹⁴ Locke, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. p. 65.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 563.

¹⁶ GOULART, Leandro Henrique Simões; FERNANDES, Josiane Livia. **Direito à Propriedade e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: A Colisão De Direitos Fundamentais**.

escondia-se sob a bandeira do *laissez-faire laissez-passar*, ignorando as desigualdades sociais que cresciam a passos largos.

No século XIX, com a Revolução Industrial e a forte industrialização da sociedade, as disparidades sociais agravaram-se. Segundo Marmelstein¹⁷, a grande maioria da população estava totalmente excluída das vantagens estatais usufruídas pela burguesia: passava fome, estava desempregada ou morria por falta de cuidados médicos. Em razão disso, as classes operárias, organizadas em grupos fortemente politizados, começavam as primeiras reivindicações visando à conquista de direitos que lhes proporcionassem melhores condições de trabalho, exigindo do Estado um papel mais ativo na correção das disparidades econômicas, ou seja, na realização da justiça social.¹⁸ É nesse contexto que nasce o Estado do bem-estar social (*Welfare State*)

Assim, surgem diversos direitos destinados a garantir a igualdade material entre os homens, identificados como os direitos fundamentais de segunda dimensão. O Estado do bem-estar social compromete-se a garantir os direitos econômicos, sociais e culturais, ligados às necessidades básicas individuais, e pretende oferecer os meios materiais imprescindíveis para a efetivação de tais direitos. Para isso, é necessária, por parte do Estado, uma atuação positiva, um efetivo fazer, com implementação de políticas públicas estatais que garantam prestações sociais como a saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social.

Os direitos de terceira dimensão são identificados com o sentimento de fraternidade, ou solidariedade mundial, que aflorou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista, e um movimento de internacionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, buscando a construção de um padrão ético global, sendo cada vez mais frequentes os tratados internacionais que proclamam a proteção de tais valores.¹⁹ Para Marmelstein:

Esses novos direitos visam à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.²⁰

Os direitos de terceira dimensão têm origem na chamada terceira revolução industrial (revolução tecnocientífica), revolução dos meios de comunicação e de transportes. Eles incluem

¹⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 46-47.

¹⁸ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm: 2019, p. 217.

¹⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 50.

²⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 50.

entre seu rol o direito ao meio ambiente preservado, são direitos que não dizem respeito à proteção de interesses individuais, mas ao contrário, visam a resguardar interesses de titularidade coletiva ou difusa, que dizem respeito ao gênero humano, “transindividuais”. São identificados como direitos fundamentais da terceira dimensão o direito ao desenvolvimento ou progresso, direito à paz, direito ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.²¹ São direitos que vão além do indivíduo. Paulo Bonavides, ao tratar dos direitos de terceira geração, refere:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.²²

Analisada de forma breve a base histórica dos direitos fundamentais, verifica-se que cada dimensão encontra sentido quando contextualizadas em seu período histórico, o que remonta à característica de historicidade dos direitos fundamentais, ou seja, *“são direitos de caráter histórico-evolutivo, que não nascem todos de uma só vez – pois são o resultado de avanços jurídico-sociais determinados pelas lutas do povo em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos ou em face das novas afeições assumidas pelo antigo poder”*.²³ Assim, são direitos de índole evolutiva, que podem modificar-se, ou até mesmo desaparecer, em épocas posteriores.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE

Como visto anteriormente, a primeira dimensão de direitos fundamentais corresponde, sobretudo, aos deveres de abstenção por parte do Estado, com objetivo de preservar as liberdades individuais. A função estatal prevalente era a de defender a segurança do cidadão e da sua propriedade, alçado ao mais significativo dentre os direitos naturais e inalienáveis da pessoa. Elucidando a ligação entre o direito de propriedade e a liberdade individual, Rosenvald e Farias esclarecem:

²¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24ª Edição. Editora Saraiva: 2020. Kindle Edition. p. 1790.

²² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 563.

²³ MASSON, Nathalia. Manual de direito constitucional. p. 219.

A relação entre propriedade e liberdade coincide com o surgimento do Estado, que protege a propriedade como um direito, da mesma forma que tutela o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Sempre que o Estado reivindica para si recursos produtivos, os indivíduos ou famílias não afirmam a sua liberdade, pois se tornam completamente dependentes do poder soberano.

(...)

Diferencia-se a propriedade privada dos privilégios – modo típico de propriedade do antigo regime. Enquanto os privilégios traduziam um estamento, dirigindo-se a um determinado grupo social por expressar uma sociedade de castas, naturalmente excludente, a propriedade em seu sentido moderno representava o homem livre, ‘capaz de entrar em posse de si mesmo’.²⁴

Após a Revolução Francesa, orientava o pensamento dominante de que o direito de propriedade era pleno e ilimitado, tendo o proprietário, inclusive, prerrogativas de destruir o bem objeto de seu domínio, se assim lhe aprouvesse. Pensava-se que, se o legislador e a administração se convertessem em juízes dos abusos perpetrados no exercício do direito de propriedade, a noção de propriedade e liberdade estaria irremediavelmente perdida.²⁵

No passado, imperava a equivocada concepção de que a única destinação que poderia dar-se à propriedade era a de exploração econômica integral da terra e de seus atributos, tratando-se com pouca importância certos limites impostos ao direito de propriedade, seja em favor de indivíduos com direitos semelhantes (vizinhos), seja em proveito da coletividade.²⁶ No Código Napoleônico, de 1804, a propriedade era o espaço de liberdade e privacidade da pessoa, proibindo-se intervenções do Poder Judiciário que viessem a restringir as faculdades de fruição e disposição pelo proprietário.²⁷

Apontando o descaso em atualizar a noção individualista da propriedade, típico da ideologia liberal, apesar da iminência de conflitos sociais, a doutrina destaca que o Código Civil alemão, o BGB, de 1900, neutralizou qualquer ruptura ideológica com a lógica anterior, trazendo, no §903, a seguinte redação: “O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão”.²⁸

Com o passar dos anos, essa noção de propriedade absoluta foi perdendo espaço, até

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 257/258.

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na constituição federal de 1988. In: Sandra Akemi Shimada Kishi et al (orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 363-398. p. 387.

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na constituição federal de 1988. p. 389.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. p. 259.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. p. 259.

chegar ao modelo contemporâneo, que encontra na função social da propriedade um elemento de forte limitação, e até eventualmente de supressão, do direito do proprietário. A função da propriedade, conjunto de requisitos mínimos estabelecidos pelo legislador para garantir o atendimento ao interesse público e social e coletivo, é, assim, fator de limitação deste direito.²⁹

Para Herman Benjamin, na perspectiva ambiental contemporânea, aceitando-se a tese que que a propriedade não possui mais o caráter absoluto e intangível de outrora, entre os direitos associados à propriedade, não está o poder de transformar o "*estado natural*" da coisa ou de destruí-la. Nenhum proprietário teria direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha, necessitando do concurso do Poder Público se desejar impor à propriedade tais alterações. Desta forma, à guisa de exemplo, não integraria o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrará-la, modificando seu estado natural e função ecológica.³⁰

A doutrina é uníssona ao relatar a evolução que o conceito de *propriedade privada* vem sofrendo ao longo dos anos, e que sua concepção clássica não é mais adequada à sociedade atual, sobretudo diante da necessidade de proteção de bens jurídicos de ordem pública, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em detrimento do interesse puramente privado.³¹ Com a evolução do sistema, a propriedade migrou de uma perspectiva limitada, entendida como *direito subjetivo do indivíduo*, intangível e sagrado, para uma perspectiva ampla, com uma função social a ser observada pelo seu detentor, que extrapola para além das fronteiras individuais, implicando, para o proprietário, a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Ou seja, o proprietário deve se utilizar de sua propriedade conjugando, ao seu interesse particular, o interesse social.

Expressando toda a evolução do conceito, a Constituição Federal dispôs, no artigo 5º, XXIII, que "a propriedade atenderá sua função social" e, ainda, no artigo 170, incisos II e III, ao tratar do título da ordem econômica e financeira, reafirmou a instituição da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica, relativizando seu significado individualista.

Para José Afonso da Silva³², ao estabelecer expressamente que *a propriedade atenderá a sua função social*, especialmente ao reputar a função social da propriedade a um princípio da

²⁹ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 1522.

³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na constituição federal de 1988. p. 391.

³¹ GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade. In *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 473.

³² SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 65-66. *apud* GOMES, 2011.

ordem econômica (art. 170, II e III, CF/88), a Constituição Federal adotou um princípio de transformação da propriedade capitalista, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas em seu exercício. A função social introduziu ao direito de propriedade um interesse que pode não coincidir com o interesse exclusivo do proprietário.

3. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Do estudo das normas constitucionais que tratam do meio ambiente, são extraídos os princípios vinculados ao meio ambiente que, por estarem inseridos no texto fundamental, norteiam e dirigem o ordenamento jurídico. Interessante referir que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Carta Magna não fazia referência expressa ao meio ambiente, mas com o advento da Constituição de 1988 a omissão foi sanada, tanto em normas constitucionais esparsas, como nos artigos 5º, LXXIII, 170, IV, 173, §5º, quanto no capítulo específico, intitulado “Do Meio Ambiente”, correspondente ao Capítulo VI, do Título VIII da Constituição, traduzido pelo artigo 225 da CF.³³

Assim, a Carta Magna de 1988, como verdadeira constituição ambiental, consagrou a tutela ao meio ambiente, incluindo em seu texto, como visto, um capítulo específico, “do meio ambiente”, consubstanciado no artigo 225, seus incisos e parágrafos. Neles, a Constituição define o meio ambiente equilibrado como direito de todos e lhe confere a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nas palavras de Luís Roberto Gomes: “Pelo princípio do direito humano fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi estatuído à categoria de direito fundamental da pessoa humana, essencial à qualidade de vida.” Assim, entende-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito essencial, fundamental, vinculado ao bem jurídico maior, que é a proteção da vida.³⁴ Para o doutrinador, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consiste em um desdobramento da proteção do direito à vida, uma vez que a garantia das condições ambientais adequadas à vida depende da proteção dos valores ambientais.

Outrossim, do texto do artigo 225, caput, da Constituição Federal, que atribui ao meio

³³ CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. Desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. *In Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 646.

³⁴ GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade. p. 478.

ambiente a qualificação jurídica de bem de uso comum do povo também decorre a titularidade da sociedade em relação ao bem público ambiental e, nessa esteira, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados. Assim, o bem ambiental é público pois está à disposição de todos os cidadãos, corresponde a uma finalidade pública. Em consequência, sua tutela tem um caráter também público e pertence não só ao Estado, mas à coletividade também.³⁵ Em razão da natureza pública do bem ambiental, que pertence à coletividade e possui finalidade pública, defende-se que **a tutela de seus interesses deve prevalecer em confronto com a dos interesses privados**, ainda que legítimos.³⁶

Já através do artigo 170, em seu inciso VI, a Constituição Federal elevou a defesa do meio ambiente ao nível de princípio da ordem econômica, com efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito ao meio ambiente, possibilitando ao Poder Público interferir, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia.³⁷

Campos³⁸, elenca como princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente os seguintes: princípio do direito humano fundamental; princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente, em relação aos interesses privados, princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção ao meio ambiente; princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, princípio da prevenção; princípio da proteção da biodiversidade; princípio da defesa do meio ambiente; princípio da responsabilização pelo dano ambiental; princípio da exigibilidade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental; princípio da educação ambiental e, finalmente, o princípio do desenvolvimento sustentável.

O princípio do desenvolvimento sustentável está expresso no caput do artigo 225 da Constituição, pelo qual “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Do princípio do desenvolvimento sustentável decorre a lógica que o desenvolvimento pode e deve se dar, contanto que seja dentro dos limites suportados pela capacidade dos ecossistemas, com uma gestão racional dos recursos naturais, de modo a não os comprometer, preservando-os

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. **Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão**, RT, 1993, p. 71. Apud Gomes, Luiz Roberto. 2011. P. 479.

³⁶ GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade. p. 480.

³⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1996, p. 71. *apud* Gomes, 2011, p. 481.

³⁸ CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. Desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. p. 647.

para as gerações presentes e futuras. Assim, o Estado, a sociedade e os particulares tem obrigação de promover, sempre que deseje empreender, uma avaliação dano-benefício dos recursos naturais, afastando-se a arcaica ideia de que o desenvolvimento resulta na degradação do meio ambiente.³⁹

4. A DEFESA DO MEIO AMBIENTE E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Inicialmente, ao tratarmos do direito de propriedade, cumpre reconhecer a relação existente entre a tutela ambiental e o direito de propriedade. Para Herman Benjamin⁴⁰, “vale recordar que os problemas ambientais de hoje são consequência, em grande medida, da utilização (ou má-utilização), no passado, do direito de propriedade”. Para o doutrinador, direito de propriedade e meio ambiente são institutos interligados, “como que faces de uma mesma moeda”. Com isso, conclui-se que **qualquer tutela do meio ambiente implica sempre interferência** no direito de propriedade, a qual, no sistema jurídico brasileiro, é **imposta**, e não meramente facultada ou tolerada, tanto para o Poder Público, como para o particular, considerando a inafastabilidade das obrigações ambientais.

Corretamente, o doutrinador aponta para o equívoco que cometem aqueles que mencionam a proteção do meio ambiente como uma “intervenção” no direito de propriedade privada, como se a propriedade privada, como dispositivo constitucional, fosse temporalmente anterior à necessidade da tutela ambiental, e essa lhe fosse inferior, reconhecida por força de mandamentos infraconstitucionais, e não com apoio no próprio texto fundamental. Como esclarece, “no regime constitucional brasileiro vigente, a tutela do meio ambiente, quando confrontada com o direito de propriedade, lhe é **logicamente antecedente** (inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental) e **historicamente contemporânea** (ambos direitos são reconhecidos num mesmo momento legislativo e texto normativo).” Assim, não se poderia falar em “intervenção”, como ato de fora para dentro, para caracterizar um direito que, por determinação constitucional, só é plenamente garantido quando respeitados valores e objetivos que lhe são antecedentes, como os da função social da propriedade e a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica (artigos 5º, XXIII e 170, VI da CF).

Em suma, a proteção do meio ambiente não está em conflito com o direito de propriedade, no plano formal da Constituição, posto que é parte da mesma relação sociedade-indivíduo que dá

³⁹ CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. Desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. p. 648.

⁴⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente.

à propriedade o seu significado e amparo jurídico.⁴¹

Ao tratar da função social da propriedade, a doutrina aponta que esse seria um princípio genérico do direito de propriedade, enquanto a função socioambiental da propriedade seria um princípio específico, que dispõe acerca da utilização adequada dos recursos naturais e da preservação ambiental, traduzido no inciso II do artigo 186, da CF: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;”.⁴² Logo, o exercício da propriedade deve operar em favor do interesse coletivo, incluindo-se, aí, a preservação ambiental.

Segundo ensina Luis Roberto Gomes:

Ao atribuir ao bem ambiental natureza pública, dizendo-o pertencentes à coletividade e voltado a uma finalidade pública, a tutela de seus interesses, conseqüentemente, passou a prevalecer quando em confronto com a dos interesses privados, entre estes e o direito de propriedade, até porque indispensável à própria existência da vida em sociedade.⁴³

Para o doutrinador, o princípio da defesa do meio ambiente condiciona a atividade produtiva e o atendimento à função social da propriedade ao respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a única utilização de propriedade válida, que cumpriria sua função social, seria “aquela que tem suporte no desenvolvimento sustentável, com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.”⁴⁴

Para Benjamin⁴⁵, salvo nos casos em que impede por completo o uso da integralidade da propriedade, a proteção do meio ambiente nada tira do proprietário privado, “pois não se pode ofender aquilo que nunca existiu. (...). O autor aponta para o fato de que, no Brasil, não há um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios constitucionais, entre os quais está o da proteção ao meio ambiente. Por essa razão, por princípio, o Estado pode (e deve) restringir a utilização da propriedade, “determinando a interdição das atividades e destruição ou demolição de obras que estejam em desconformidade com a regulamentação ambiental, inexistindo qualquer dever de compensar o proprietário-

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente.

⁴² CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. Desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. p. 649.

⁴³ GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade. p. 472

⁴⁴ GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade. p. 473.

⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 1, n. 4, p. 41-60, out./dez. 1996.

infrator.”

Considerando o que se estudou acerca dos direitos fundamentais da propriedade e ao meio ambiente equilibrado, conclui-se que a legitimação do exercício do direito de propriedade depende, necessariamente, do atendimento aos interesses sociais e de ordem pública, sobretudo diante da proteção do bem jurídico ambiental, bem de natureza e finalidade pública, cuja tutela deve sobrepor-se à do interesse puramente privado⁴⁶. O Direito Ambiental, e os instrumentos destinados a viabilizar o desenvolvimento sustentável, não acarretam no esvaziamento ou enfraquecimento do direito de propriedade. A contrário senso, a nova disciplina, no plano constitucional, condiciona e constitui elemento do direito de propriedade. A função social da propriedade é, assim, mais uma faceta do princípio do desenvolvimento sustentável.⁴⁷

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BENJAMIN, Antônio Herman. **O meio ambiente na constituição federal de 1988**. In: Sandra Akemi Shimada Kishi et al (orgs.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 363-398.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente**. *Revista de Direito Ambiental*, v. 1, n. 4, p. 41-60, out./dez. 1996.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I – Teoria da Constituição**. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, n. 3, p. 82-93, 30 jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. **Desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica**. In *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 12ª ed.

⁴⁶ Gomes, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade. p. 481.

CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. Desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. p. 649.

Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Luís Roberto. **O princípio da função social da propriedade**. In Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

GOULART, Leandro Henrique Simões; FERNANDES, Josiane Lívia. **Direito à Propriedade e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: A Colisão De Direitos Fundamentais**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva nº 18. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2012/1. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/REVISTA-DE-DIREITO-N.18.pdf>> Acesso em 13 nov. 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Eleonora Magalhães de Gusmão. Kindle Edition.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24ª Edição. Editora Saraiva: 2020.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Lebooks Editora. 1ª ed. Kindle Edition.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Textos para Reflexão. Organização: Rafael Arrais. Kindle Edition.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle Edition.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm: 2019.

AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO E O COMBATE À DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO TEMPO DO DIREITO

Patrícia da Luz Chiarello¹

Letícia Abati Zanotto²

INTRODUÇÃO

Estamos vivenciando a emergência de um novo paradigma tecnológico organizado em torno das novas tecnologias de informação³. Em razão disso, a sociedade contemporânea é marcada pelo predomínio da forma organizacional em rede em todos os campos da vida social e individual⁴. É nesse contexto de domínio das novas tecnologias da informação que surgem as chamadas *fake news*, cuja regulamentação torna-se necessária e desafiadora.

Ao mesmo tempo em que urge a necessidade de regulamentação e combate às *fake news* no Brasil, trata-se sobre a imprescindibilidade de uma discussão mais aprofundada sobre o tema pelos diversos setores da sociedade, especialmente tendo em vista a possível afetação da privacidade dos usuários e os impactos sobre a liberdade de expressão na internet. Diante disso, pretende-se analisar o paradoxo entre a urgente necessidade de regulamentação e combate à divulgação e propagação de notícias falsas na internet sob a perspectiva do tempo do Direito.

Para tanto, em um primeiro momento, apresenta-se um panorama geral sobre as tecnologias da informação e a emergência das denominadas *fake news*. Em seguida, apresenta-se uma análise sobre o Projeto de Lei nº. 2630/2020, em tramitação no Congresso Nacional, abordando as discussões relacionadas à privacidade e à liberdade de expressão. Por fim, trata-se sobre o tempo do Direito na sociedade globalizada, partindo da análise da obra “O tempo do Direito”, de François Ost.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Bolsista CAPES. E-mail: dl.patricia@live.com.

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Bolsista UPF. E-mail: 152562@upf.br.

³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 119.

⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 108.

1. AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E A EMERGÊNCIA DAS *FAKE NEWS*

Segundo Castells⁵, as novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade, de modo que a comunicação mediada por computadores acaba produzindo uma vasta gama de comunidades virtuais. Citando Harvey Brooks e Daniel Bell, o autor afirma que por tecnologia entende o “uso de conhecimentos científicos para justificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira reproduzível”. Nesse sentido, entre as tecnologias Castells inclui “o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (software e hardware), telecomunicações/rádiodifusão, e optoeletrônica”, bem como os “domínios da tecnologia da informação a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimentos e aplicações”.⁶

Para Castells:

[...] Ao redor deste núcleo de tecnologias da informação, definido em um sentido mais amplo, houve uma constelação de grandes avanços tecnológicos, nas duas últimas décadas do século XX, no que se refere a materiais avançados, fontes de energia, aplicações na medicina, técnicas de produção (já existentes ou potenciais, tais como a nanotecnologia) e tecnologia de transportes, entre outros. Além disso, o processo atual de transformação tecnológica expande-se exponencialmente em razão de sua capacidade de criar uma interface entre campos tecnológicos mediante uma linguagem digital comum na qual a informação é gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida. Vivemos em um mundo que, segundo Nicholas Negroponte, se tomou digital.⁷

Percebe-se, portanto, que a revolução tecnológica da era contemporânea se caracteriza pela aplicação dos conhecimentos e da informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, “em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso”.⁸

De acordo com Castells⁹, são cinco os aspectos centrais da tecnologia da informação, cujo conjunto representa a base material da sociedade da informação: I - a informação é sua matéria-prima, ou seja, são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia (como ocorreu no caso das revoluções tecnológicas anteriores); II - a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias - considerando que a informação é parte integral de toda atividade humana, todos os processos da vida, individual e coletiva, são diretamente moldados pelo novo meio tecnológico; III – a lógica de redes em qualquer sistema ou

⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 57.

⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 67

⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 67

⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 69.

⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 107-109.

conjunto de relações, usando essas novas tecnologias da informação, de modo que a morfologia da rede se adaptada à crescente complexidade de interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessa interação; IV - referente ao sistema de redes, o paradigma da tecnologia da informação é baseado na flexibilidade, de modo que “o que distingue a configuração do novo paradigma tecnológico é sua capacidade de reconfiguração, um aspecto decisivo em uma sociedade caracterizada por constante mudança e fluidez organizacional”¹⁰; V – por fim, a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado.

Diante da intensificação da interatividade e das possibilidades advindas do desenvolvimento das novas tecnologias da informação e de comunicação (TIC's), emergiu um problema relacionado à divulgação de conteúdos falsos na internet, as chamadas *fake news*.

A edição do editorial inglês *The Economist*, publicada em dia 10 de setembro de 2016, trazia em sua capa a chamada intitulada “*Art of the lie: Post truth politics in the age of social media*” (Arte da mentira: A política da pós-verdade na era das redes sociais), destacando a disseminação de notícias falsas (*fake news*, em inglês) na campanha de Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos e a propaganda enganosa que levou à saída do Reino Unido da União Europeia. Dois meses depois da publicação do *The Economist*, o Dicionário Oxford elegeu como a palavra do ano o termo “*post-truth*”, em português pós-verdade, usado para qualificar “um ambiente em que os fatos objetivos têm menos peso do que apelos emocionais ou crenças pessoais em formar a opinião pública”, constatando o uso crescente da expressão no contexto do referendo britânico sobre a União Europeia e nas eleições presidenciais dos Estados Unidos.¹¹

Conforme Shu, Sliva, Wang e Liu¹², uma definição restrita de *fake news* parte do pressuposto de que são artigos de notícias intencionalmente e verificadamente falsos, que podem enganar os leitores. Há nessa definição, portanto, duas características chave: autenticidade (notícia comprovadamente falsa) e intenção (de enganar). Nesse sentido, os autores destacam a dificuldade em detectar as notícias falsas com conteúdo intencional para enganar os leitores/consumidores da informação. As mídias sociais, nesse contexto, acabam propagando a disseminação das *fake news* através do compartilhamento instantâneo das notícias falsas.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 108.

¹¹ BUCCI, Eugenio. Pós-política e corrosão da verdade. **Revista USP**, Dossiê Pós-Verdade e Jornalismo, n. 116, p. 19-30, jan/fev/mar. 2018. p. 21-22.

¹² SHU, K.; SLIVA, A.; WANG, S.; TANG, J.; LIU, H. **Fake news detection on social media: a data mining perspective**. ArXiv: Cornell University, 2017. Disponível em: <<https://arxiv.org/pdf/1708.01967.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020. p. 02-03

Não obstante, a disseminação de *fake news* pode impactar diretamente os processos eleitorais¹³, a exemplo do que ocorreu nas eleições para a presidência dos Estados Unidos em 2016, com a vitória a Donald Trump, e no Brasil em 2018¹⁴, com a eleição de Jair Bolsonaro, configurando um grave ataque à democracia e aos processos democráticos na medida em que os eleitores são levados a erro a partir da divulgação de notícias com conteúdos enganosos, que são amplamente divulgadas através das mídias sociais como *Facebook*, *Twitter* e *WhatsApp*.

Em contexto de pandemia da Covid-19, também pôde-se verificar a divulgação e propagação de notícias falsas relacionadas ao novo coronavírus, tanto quanto à origem, contágio, sintomas e tratamentos quanto sobre a veracidade do vírus. Considerando as altas taxas de contaminação e mortalidade provocadas pelo vírus, a divulgação e disseminação de notícias falsas através das plataformas digitais acabam influenciando de maneira negativa o comportamento da população, colocando em risco a vida de muitas pessoas e comprometendo ainda mais os sistemas de saúde.¹⁵

2. O COMBATE À DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NO BRASIL: NOTAS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº. 2630/2020

A fim de regulamentar o combate às chamadas *fake news* no Brasil, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 2630/2020¹⁶, já aprovado pelo Senado Federal, de iniciativa do Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), que ficou conhecido como “PL das *fake news*”. De acordo com a explicação da ementa, o projeto visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, buscando estabelecer normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, especialmente no que diz respeito à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, estabelecendo, ainda, sanções para os casos de descumprimento da Lei.

No seu Capítulo II, o texto do Projeto dispõe sobre a responsabilidade dos provedores de aplicação no combate à desinformação e aumento da transparência na internet. De acordo com o

¹³ CALDAS, Camilo O.; CALDAS, Pedro N. Estado, democracia e tecnologia: conflitos políticos e vulnerabilidade no contexto do *big-data*, das *fake news* e das *shitstorms*. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v.24, n.2, p. 196-220, abr./jun. 2019.

¹⁴ DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. *Fake News na eleição presidencial de 2018 no Brasil*. Tese (Doutorado em Comunicação e Cultura Contemporâneas). Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2020.

¹⁵ GALHARDI, C. P.; FREIRE, N. P.; MINAYO, M. C. S.; Fagundes, M. C. M. Fato ou Fake? Uma análise da desinformação frente à pandemia da Covid-19 no Brasil. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol.25, supl.2, p. 4201-4210. Out. 2020.

¹⁶ CONGRESSO NACIONAL. *Projeto de Lei nº. 2630/2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110630&ts=1600365763740&disposition=inline>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Art. 4º, inciso II, por desinformação deve-se compreender o “conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia”. O inciso IV define conta inautêntica como a “conta criada ou usada com o propósito de disseminar desinformação ou assumir identidade de terceira pessoa para enganar o público”. O inciso V define disseminadores artificiais como “qualquer programa de computador ou tecnologia empregada para simular, substituir ou facilitar atividades de humanos na disseminação de conteúdo em aplicações de internet”. Já o inciso VI define rede de disseminação artificial como o “conjunto de disseminadores artificiais cuja atividade é coordenada e articulada por pessoa ou grupo de pessoas, conta individual, governo ou empresa com fim de impactar de forma artificial a distribuição de conteúdo como objetivo de obter ganhos financeiros e ou políticos”.

Ao tratar sobre o dever de transparência dos provedores de aplicação, o artigo 5º do Projeto dispõe sobre a vedação nas aplicações de internet das I – contas inautênticas; II - dos disseminadores artificiais não rotulados, entendidos como aqueles cujos o não é comunicado ao provedor de aplicação e ao usuário bem como aqueles utilizados para disseminação de desinformação; III – das redes de disseminação artificial que disseminem desinformação; IV – dos conteúdos patrocinados não rotulados, entendidos como aqueles conteúdos patrocinados cuja comunicação não é realizada ao provedor e tampouco informada ao usuário.

Ainda, o Projeto de Lei trata sobre as medidas contra a desinformação (arts. 9 ao 12), os serviços de mensageria privada (arts. 13 ao 18), a transparência em relação aos conteúdos patrocinados (arts. 19 ao 23), a atuação do poder público (arts. 24 ao 27), estabelecendo as sanções aplicáveis aos provedores de aplicações (art. 28).

Referido Projeto de Lei têm sido alvo de críticas devido à indefinição e abrangência de muitos conceitos, como os elencados acima, tendo em vista a possibilidade de abertura de uma brecha para possíveis violações à privacidade e à liberdade de expressão dos usuários na internet. Além disso, pode entrar em contradição com a legislação já existente sobre a proteção de dados.

Com efeito, a Constituição Federal¹⁷ estabelece em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Já o Código Civil¹⁸, em seu artigo 21, dispõe que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, estabelecendo no artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e no artigo 927, que aquele que “por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado à repará-lo”.

Não obstante, no ano de 2014 entrou em vigor no Brasil a Lei de nº 12.965/14¹⁹, conhecida como o Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país. Em seu artigo 19, a Lei dispõe trata sobre a responsabilidade dos provedores de internet, segundo o qual:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário²⁰.

Ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº. 13.709²¹, de 14 de agosto de 2018, que entrou em vigor em agosto de 2020, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, objetivando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1), tendo como fundamentos (art. 2º) o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Diante do exposto, observa-se que apesar da necessária regulamentação para o combate à divulgação e propagação de notícias falsas no Brasil, ainda há muitos pressupostos que precisam ser observados, o que exige uma análise mais profunda sobre o tema a partir de uma ampla

¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁹ BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

²⁰ BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de Abril de 2014.

²¹ BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

discussão interdisciplinar.

3. A REGULAMENTAÇÃO DO COMBATE ÀS *FAKE NEWS* E O TEMPO DO DIREITO

Na medida em que os processos de globalização proporcionam a interação entre indivíduos em escala global e o desenvolvimento das tecnologias da informação e de comunicação, surgem novas demandas que desafiam a capacidade regulatória do Direito, especialmente em razão da complexidade e constância das modificações nas relações sociais e da velocidade com que a sociedade se desenvolve. Afinal, como o direito pode acompanhar e regulamentar as constantes mudanças de uma sociedade?

A compreensão do tempo já foi objeto de estudo de filósofos como Hegel, Heidegger e outros. Santo Agostinho já questionava “o que é, pois, o tempo?”, e seguia afirmando: “se ninguém me pergunta, sei o que é; mas se quero explicá-lo a quem me pergunta, não sei”²². O tempo, pois, não permanece exterior à esfera do direito²³. Na dogmática jurídica dominante, a concepção de tempo é originária da filosofia de Kant e da física de Newton e, portanto, das estruturas tradicionais de regulação social.²⁴ Segundo Rocha²⁵, o tempo determina o tipo de estruturação temporal do direito, enquanto o direito, auto-reproduzindo-se nesta lógica, contribui com a manutenção da temporalidade instituída.

Ao tratar sobre a relação entre tempo e direito, François Ost afirma que o tempo é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica, sendo que a principal função do direito é contribuir para a instituição do corpo social: “mais do que interditos e sanções, como outrora se pensava, ou cálculo e gestão, como frequentemente se acredita hoje, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido o valor da vida em sociedade”.²⁶ Para o autor, o direito temporaliza e o tempo institui, estabelecendo um elo entre temporalização do tempo e instituição jurídica da sociedade.

Ost estabelece quatro momentos ou tempos normativos distintos que se relacionam (ligar e desligar o tempo): do lado do passado, a memória e o perdão; do lado do futuro, a promessa e o questionamento. O primeiro momento do tempo jurídico é o da memória (ligar o passado), que pressupõe a projeção da promessa no passado, assegurando-lhe um registro, uma fundação e uma

²² SANTO AGOSTINHO. *Confissões* (Os Pensadores). Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrosio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1980, p. 218.

²³ OST, François. *O tempo do direito*. p. 14.

²⁴ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 177-200. p. 178.

²⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Tempo e constituição*. p. 178.

²⁶ OST, François. *O tempo do direito*. p. 12-15.

transmissão. Nessa perspectiva, Ost²⁷ ressalta o papel do direito como guardião da memória social, no sentido de que este reúne e protege as informações relativas a atos e fatos contra os riscos do esquecimento, permitindo à vida social que desenrole-se na continuidade de uma memória comum, cujos dados estão permanentemente acessíveis a todos. Já o segundo momento é o do perdão (desligar o passado), considerado simultaneamente como um ato de memória e de remissão²⁸. Sob esse viés, o autor salienta que perdão não significa esquecimento, mas é entendido como a capacidade da sociedade de ‘saldar o passado’, ou seja, “ultrapassá-lo ao estabelecê-lo, libertá-lo destruindo o ciclo sem fim da vingança e do ressentimento”²⁹. O tempo da promessa, por sua vez, diz respeito às tentativas da sociedade de construir o futuro (ligar o futuro) através de compromissos normativos (Constituição, Lei, tratados, contratos). Nessa tentativa de construção de um futuro comum, a Constituição torna-se o receptáculo de todas as promessas feitas pelo corpo social, constituindo o instrumento jurídico de ligação do futuro³⁰. Por fim, tem-se o tempo do questionamento, no qual o futuro é desligado para que seja possível efetuar as revisões necessárias para a sobrevivência das promessas feitas pelo próprio corpo social³¹.

De acordo com o autor, caso cada um dos quatro momentos jurídicos sejam tratados isoladamente e separado da dialética que os liga aos demais, não será possível a produção de um tempo portador de sentido:

Sem memória, uma sociedade não conseguiria ter uma identidade nem aspirar a qualquer espécie de perenidade; mas sem perdão, expor-se-ia ao risco da repetição compulsiva dos seus dogmas e dos seus fantasmas. Em compensação, como vimos, o perdão sem memória remete-nos ao caos inicial dos cálculos interesseiros ou reconduz-nos ao confuso abismo do esquecimento. Sem promessa, a sociedade vai errando por aí, como se dizia outrora dos vagabundos, gente ‘vadia’, ‘sem fé nem lei’; mas sem questionamento, lá virá o dia em que a lei oprimirá e o contrato explorará. Radical, o questionamento mergulhar-nos-á, contudo, num tempo indeterminado que, decididamente, não passará da figura inversa, igualmente pouco portadora de sentido, do tempo canónico da memória obsessiva.³²

Nesse sentido, Rocha³³ assevera que uma das características fundantes da nova forma de sociedade que surgiu no início do século XXI, chamada de globalizada, pós-moderna, modernidade-reflexiva ou modernidade líquida, é a dissolução da noção de tempo/espço tradicional. De acordo com o autor, “o Direito contemporâneo para influenciar de forma decisiva o

²⁷ OST, François. **O tempo do direito**. p. 88.

²⁸ OST, François. **O tempo do direito**. p. 174.

²⁹ OST, François. **O tempo do direito**. p. 42.

³⁰ OST, François. **O tempo do direito**. p. 265.

³¹ OST, François. **O tempo do direito**. p. 18.

³² OST, François. **O tempo do direito**. p. 45.

³³ ROCHA, Leonel Severo. **Tempo e constituição**. p. 178.

tempo social tem que procurar manter essas quatro propostas, inserindo-as numa velocidade maior, como está exigindo hoje a globalização”³⁴.

Em sua análise sobre os quatro tempos jurídicos propostos por Ost e o tempo do direito na era globalizada, Rocha segue afirmando que:

Deste modo, na globalização, as decisões, geralmente, têm que ser tomadas de maneira urgente, mais rápidas, dificultando a idéia do questionamento, que tem que ligar o passado e, ao mesmo tempo, desligar o passado, ligar o futuro e, ao mesmo tempo, desligar o futuro, tentando com que o Direito ainda ocupe esse papel. A função do temporal do Direito é reduzir a complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento. Se o Direito não conseguir estruturar-se, as dificuldades temporais serão cada vez maiores.³⁵

Conforme explica Ost, hoje tudo se passa como se as coisas tivessem se invertido - a duração desapareceu e o direito se põe em movimento -, de modo que “o transitório é doravante o seu estado normal [...], o nosso direito está ‘em trânsito’”, e a urgência se tornou o registro temporal corrente de toda a produção jurídica contemporânea³⁶.

A urgência da produção do direito e a dificuldade de regulação em um espaço curto de tempo pode ser observada a partir do debate em torno da necessária regulamentação e combate à divulgação e propagação de notícias falsas no Brasil. De um lado, é imprescindível que se estabeleça critérios e definições para o urgente combate à disseminação de *fake news* por intermédio das mídias sociais. De outro, exige-se a observação de garantias como a privacidade e a liberdade de expressão dos usuários na internet, o que prescinde de um amplo debate e análise entre diversos setores da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação e a emergência das *fake news* vêm pautando as discussões nos diversos setores da sociedade e as pesquisas acadêmicas, sobretudo diante da necessidade de regulamentação e combate à disseminação de notícias falsas na internet, ao mesmo tempo em que se busca assegurar a privacidade e a liberdade de expressão dos usuários das mídias sociais.

³⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Tempo e constituição**. p. 193.

³⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Tempo e constituição**. p. 194.

³⁶ OST, François. **O tempo do direito**. p. 359-361.

No decorrer do presente trabalho foi possível verificar como os processos de globalização possibilitaram o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, intensificando a interação entre indivíduos em escala global. Também foi possível analisar a emergência das *fake news*, a tentativa de regulamentação no Brasil através do Projeto de Lei nº. 2630/2020, e o desafio que é para o direito acompanhar e regular as constantes transformação da sociedade.

Diante da velocidade demasiada com que tudo acontece na sociedade globalizada, e em vista do surgimento constante de novas demandas sociais impostas pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e de comunicação e pela intensificação das relações sociais em escala global, é necessário que o direito avance dando respostas à sociedade e mantenha sua função instituinte no compasso de quatro tempos - ligando e desligando o passado, ligando e desligando o futuro -, em um tempo considerado cada vez menor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 12.965, de 23 de Abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BUCCI, Eugenio. Pós-política e corrosão da verdade. **Revista USP**, Dossiê Pós-Verdade e Jornalismo, n. 116, p. 19-30. jan/fev/mar/2018.

CALDAS, Camilo O.; CALDAS, Pedro N. Estado, democracia e tecnologia: conflitos políticos e vulnerabilidade no contexto do *big-data*, das *fake news* e das *shitstorms*. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v.24, n.2, p. 196-220, abr./jun. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº. 2630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110630&ts=1600365763740&disposition=inline>. Acesso em: 20 nov. 2020.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. **Fake News na eleição presidencial de 2018 no Brasil**. Tese (Doutorado em Comunicação e Cultura Contemporâneas). Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2020.

GALHARDI, C. P.; FREIRE, N. P.; MINAYO, M. C. S.; Fagundes, M. C. M. Fato ou Fake? Uma análise da desinformação frente à pandemia da Covid-19 no Brasil. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, vol.25, supl.2, p. 4201-4210. Out. 2020.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 177-200.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões** (Os Pensadores). Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrosio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1980.

SHU, K.; SLIVA, A.; WANG, S.; TANG, J.; LIU, H. **Fake news detection on social media: a data mining perspective**. ArXiv: Cornell University, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1708.01967.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

IMPLICAÇÕES DA PANDEMIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO ADEQUADAS

Joana Silvia Mattia Debastiani¹

Cleide Calgaro²

Liton Lanes Pilau Sobrinho³

INTRODUÇÃO

A temática central do trabalho parte da ideia que o direito humano à alimentação e nutrição adequadas é potência para o rompimento do modelo hegemônico de agricultura reconhecido como produtivo pelo mercado.

Parte-se da ideia de que o deslocamento do mercado para o centro do espaço democrático possibilitou que empresas transnacionais passassem a definir a destinação de grãos, ou seja, o avanço da Revolução Verde, sob o discurso do combate à fome, não se concretizou.

A fome, ainda tão presente em inúmeros países do mundo, é agudizada no período da COVID-19. Para analisar, mesmo que de forma incipiente as implicações da pandemia no reconhecimento do direito humano à alimentação e nutrição adequadas o trabalho faz uso do método dedutivo e da abordagem bibliográfica.

¹ Doutoranda em Direito na UCS. Bolsista CNPq. Integrante do grupo de pesquisa *Metamorfose Jurídica* e do grupo de pesquisa *Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade*. Mestre em Direito pela UPF, com bolsa PROSUP-CAPEs, em dupla titulação com o programa de *Tecnologías y políticas públicas sobre la gestión ambiental* da Universidade de Alicante, Espanha. Bolsista voluntária do programa de Extensão Universitária PROJUR Mulher e Diversidade da UPF. E-mail: joanamattia@gmail.com

² Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

³ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). E-mail. litonlanes@gmail.com

O trabalho é dividido em duas partes: a primeira, busca-se abordar juridicamente a temática. A segunda, coloca luzes na política austera do governo brasileiro que, nos últimos anos, garantiu a redução de orçamento às políticas públicas sociais. Nesse contexto, a pandemia da COVID-19 atinge diretamente a população mais vulnerável.

1. ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO ADEQUADAS ENQUANTO DIREITO HUMANO

A noção de direitos humanos se converteu no desafio do Século XXI. Não se nega o esforço internacional realizado para se formular juridicamente uma base mínima de direitos que alcance todos os indivíduos e formas de vida. Tradicional e hegemonicamente, os Direitos Humanos são associados às condições de vida a que todos os seres humanos devem ter asseguradas para viverem a vida com dignidade. Nesta perspectiva, os direitos humanos devem ser contemplados de forma universal, indivisível, inalienável, interdependentes e inter-relacionados. Contudo, o trabalho parte de uma análise crítica aos direitos humanos, onde não se trata *de um universalismo mas de um pluralismo de confluência, aberto a partir de suas distintas origens a um permanente diálogo e a um contínuo processo de construção sem imposições etnocêntricas e homogêneas*.⁴

Reconhecido pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, Sociais, Econômicos e Culturais, no seu artigo 11, ratificado por 153 países, no Comentário Geral nº 12 da ONU e contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o direito à alimentação adequada deve ser garantido tanto em quantidade como de qualidade, alicerçado pela Segurança Alimentar e Nutricional (SAN). Através da SAN pleiteia-se que todos tenham o acesso regular e permanente à alimentação adequada, promotoras da saúde, com respeito à diversidade cultural e sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

O conceito de soberania alimentar relaciona-se ao direito dos povos de decidir sobre quais alimentos produzir e consumir, e como. Dessa forma, importam a autonomia e as condições de vida e de trabalho dos agricultores familiares e camponeses, o que se reflete na produção de alimentos de qualidade, seguros, diversos, ambientalmente sustentáveis e adequados à cultura local. Esse conceito é também relevante no que diz respeito à soberania das nações e sua autossuficiência com relação aos alimentos para consumo interno. Remete, ainda, à preservação de sementes tradicionais (crioulas) e da biodiversidade agrícola, além da valorização de cultura e

⁴ SANCHÉZ RÚBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014, p. 55.

hábitos alimentares de diversas populações.⁵

Segundo Ramose

O discurso sobre o direito à vida pressupõe sempre e está intimamente relacionado com o direito à alimentação. [...]. O direito à alimentação é um direito humano fundamental. Todos os outros direitos humanos fundamentais 'tradicionais' e todas as outras liberdades básicas gravitam em torno do direito à alimentação, derivando deste a sua relevância⁶.

O direito à alimentação no Brasil é um direito social, fixado no artigo 6º da Constituição Federal⁷. Ao assumir o direito humano enquanto preceito fundamental, o Brasil reconheceu a sua importância e, adotou posicionamento que o poder público deve implementar políticas públicas que viabilizem esse direito.

No âmbito do sistema regional de direitos humanos, embora o direito à alimentação não esteja expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, a interpretação sistemática da Convenção permite afirmar que existe uma série de dispositivos que garantem a sua promoção e proteção.⁸

No Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa⁹, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) considerou que o direito à vida implicava o acesso às condições que possibilitassem à comunidade uma existência digna. Com base nesta consideração, a Corte entendeu que seria importante avaliar se o Estado do Paraguai havia cumprido ou não as suas obrigações em relação ao direito à vida. Ao analisar os fatos, a CorteIDH considerou que as condições de miséria em que se encontrava a comunidade e os efeitos sobre a saúde e alimentação de seus membros afetavam sua existência digna.

O direito à alimentação está previsto no artigo 12 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como "Protocolo de San Salvador". Considerando a estreita relação entre o direito humano à alimentação e a nutrição adequadas a e o direito humano à vida, pois não há vida sem alimentos.

Como toda a produção humana, os direitos humanos podem trazer uma ideia de dignidade emancipadora, como também pode ser objeto de dominação, que legitima a exploração e a

⁵ LEÃO, Marília M.; RECINE, Elisabetta. O direito humano à alimentação adequada. In: TADDEI, José A. et al. **Nutrição em saúde pública**. São Paulo: Rubio, 2011.

⁶ RAMOSE, Mogobe B. Globalização e Ubuntu. In.: SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula (ORG). **Epistemologias do Sul**. Edições Almedina: Coimbra, 2009, p. 149-151.

⁷ BRASIL. Constituição Federal (1998). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

⁸ CorteIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

⁹ CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai**. Sentença, de 17 de junho de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020.

exclusão:

A dimensão encantadora se une com o potencial emancipador e o horizonte de esperança que possibilita a existência de condições de autoestima, responsabilidade e autonomia diferenciadas e plurais. A dimensão que desencanta pode aparecer no instante em que os Direitos Humanos se fixam sobre discursos e teorias, instituições e sistemas estruturais que sociocultural e sociomaterialmente não permitem que estes sejam factíveis e nem possíveis, devido às assimetrias e hierarquias desiguais sobre as quais se mantêm. Além disso, através de diversos mecanismos de ocultação, pode-se construir um imaginário aparentemente emancipador e, por isso, com um encanto sedutor, falsamente universal.¹⁰

Sem falsos encantamentos, é preciso assumir um pensamento complexo, relacional e interdisciplinar frente a um pensamento simples e estreito, que reduz e abstrai a diversidade do real, há que se cultivar um pensamento que saiba distinguir relacionalmente, porém sem separar, os elementos que constituem a realidade jurídica, sem isso, permanecerá profundo o abismo existente entre a teoria e a práxis em direitos humanos. Isso porque, a prática e a teoria da visão ocidental moderna e hegemônica foi construída com base em três estruturas fundamentais: o poder, a dominação e a subjetivação que impregnam as nossas crenças mais antigas e profundas. Delas apresenta-se uma sociedade antropocêntrica, etnocêntrica e androcêntrica.

Em um novo discursos universalista, a Organização das Nações Unidas – ONU apresentou em 2015 o que chamou de “uma oportunidade histórica e sem precedentes para reunir os países e a população global e decidir sobre novos caminhos, melhorando a vida das pessoas em todos os lugares”¹¹. Segundo os envolvidos, as decisões têm por finalidade determinar o curso global de ação para acabar com a pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar para todos, proteger o meio ambiente e enfrentar as mudanças climáticas através dos 8 Objetivos para o Milênio e dos 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável.

Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável é o objetivo 2 da chamada Agenda 2030. Porém, colocar fim à fome implica em afiançar a satisfação efetiva das necessidades básicas da população mundial. Partindo da atualidade temos capacidade para gerar alimentos suficientes para garantir a alimentação adequada com segurança para a população mundial, contudo

el problema del hambre no está relacionado con la provisión de alimentos sino con su distribución. Dicha distribución se realiza a través del mercado, en el cual las grandes empresas transnacionales dedicadas a la comercialización de alimentos, con un gran poder de mercado, mantienen un oligopolio colusivo, que impone a los alimentos unos precios que los hacen inaccesibles para gran

¹⁰ SANCHÉZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. p. 18.

¹¹ ONU. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso e: 04 dez. 2020.

parte de la población mundial. Y no es posible ponerle fin al hambre sin limitar el poder de mercado de dichas empresas (...).¹²

Os objetivos do desenvolvimento sustentável não fazem referência a regulação dos mercados a fim de possibilitar a redistribuição de alimentos. Aludem ser necessário a promoção de uma agricultura sustentável, baseada no fomento ao mercado, com o aumento da produção. Como consequência dessa aposta, demonstram não considerar a intensificação da exploração da terra e, ainda a expansão da fronteira agrícola¹³.

lo que se pretende es producir más alimentos para tratar de reducir el hambre sin tener que distribuir mejor los alimentos, depositando sobre la capacidad de producción de la naturaleza la solución del problema del hambre. Pero, en realidad, la lógica de producir más es una lógica de agricultura insostenible, pues los aumentos de productividad suelen descansar en el uso de agroquímicos (que contaminan los ecosistemas), en la producción de transgénicos (que amenazan la biodiversidad genética y la bioseguridad) y en la expansión de la frontera agrícola (que destruyen la biodiversidad de ecosistemas y de especies).¹⁴

É necessário esclarecer, para evitar falsos encantamentos, que apenas 4 corporações ocidentais dominam o mercado de produtos agrícolas - *Archer Daniels Midland (ADM)*, *Bunge*, *Cargill* e *Louis Dreyfus Company*. Juntas elas são conhecidas como o “grupo ABCD” ou simplesmente “ABCD”¹⁵ elas comercializam, transportam e processam diversas *commodities*, possuem navios oceânicos, portos, ferrovias, refinarias, silos, moinhos e fábricas. Representam 70% do mercado mundial de *commodities* agrícolas. São essas grandes empresas transnacionais, que mantêm hegemonicamente poder para a depender da situação do mercado, [d] a qualidade e [d]o preço determinam se essas *commodities* são vendidas como alimentos, agrocombustíveis ou

¹² HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis; GARCÍA-ÁLVAREZ Santiago; CUBILLO-GUEVARA, Ana Patricia; MEDINA-CARRANCO, Nancy. **Los objetivos del buen vivir a escala global**: una crítica de los objetivos de desarrollo sostenible y una propuesta alternativa transmoderna. Ediciones Bonanza. Huelva, 2018, p. 26.

¹³ São exemplos: **2.3** Até 2030, **dobrar a produtividade agrícola** e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente das mulheres, povos indígenas, agricultores familiares, pastores e pescadores, inclusive por meio de acesso seguro e igual à terra, outros recursos produtivos e insumos, conhecimento, serviços financeiros, mercados e oportunidades de agregação de valor e de emprego não agrícola. **2.4** Até 2030, garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e **implementar práticas agrícolas resilientes, que aumentem a produtividade e a produção**, que ajudem a manter os ecossistemas, que fortaleçam a capacidade de adaptação às mudanças climáticas, às condições meteorológicas extremas, secas, inundações e outros desastres, e que melhorem progressivamente a qualidade da terra e do solo. (...) **2.a Aumentar o investimento**, inclusive via o reforço da cooperação internacional, em infraestrutura rural, pesquisa e extensão de serviços agrícolas, **desenvolvimento de tecnologia**, e os bancos de genes de plantas e animais, **para aumentar a capacidade de produção agrícola nos países em desenvolvimento, em particular nos países menos desenvolvidos**. **2.b Corrigir e prevenir as restrições ao comércio e distorções nos mercados agrícolas mundiais**, incluindo a eliminação paralela de todas as formas de subsídios à exportação e todas as medidas de exportação com efeito equivalente, de acordo com o mandato da Rodada de Desenvolvimento de Doha. **2.c** Adotar medidas para garantir o funcionamento adequado dos **mercados de commodities de alimentos e seus derivados**, e facilitar o acesso oportuno à informação de mercado, inclusive sobre as reservas de alimentos, a fim de ajudar a limitar a volatilidade extrema dos preços dos alimentos. Grifos dos autores.

¹⁴ GUDYNAS, Eduardo. **Extractivismos**: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza. Cochabamba: CEDIB/CLAES, 2015, p. 26.

¹⁵ **Altas do agronegócio**: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. – Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. p. 28.

ração para animais¹⁶.

*Los inexorables procesos de la agricultura —la industrialización y la internacionalización— son probablemente responsables del hambre de un mayor número de personas que la crueldad de las guerras y de los caprichos de la naturaleza combinados. Son varios los motivos por los que el modelo de cultivo de alta tecnología para la exportación hace que aumente el hambre. Tierras, créditos, agua y tecnología escasas de per sí son reservadas para el mercado exterior. La mayoría de personas hambrientas no sufren siquiera la influencia directa del mercado. [...] Los beneficios van a parar a grandes compañías a las que no interesa en absoluto alimentar a población hambrienta y sin dinero.*¹⁷

Criticamente, o modelo apresentado pela ONU como produto do sistema internacional, não põem em causa elementos fundamentais das sociedades ocidentais, como são a modernidade, o capitalismo e o antropocentrismo. Por isso o resultado da sua eventual realização não pode contribuir para a melhoria do bem-estar da humanidade, ou pelo menos daquela parte da humanidade que questiona esses elementos: decolonialistas, pós-capitalistas e os biocentristas.

Para Santos¹⁸, a associação entre a tirania do dinheiro e da informação conduz e acelera para processos hegemônicos. Esse modelo de agricultura apela para a superexploração de recursos naturais, concentração fundiária e o descarte da população campesina, responsável pela produção de mais de 70% dos alimentos¹⁹ no Brasil. Não sem razão, a expansão das monoculturas no Brasil em resposta à oportunidade criada com o aumento da demanda externa por *commodities* agrícolas fez com que o país assumisse o posto de maior consumidor de agrotóxicos do mundo.

Em 2007, durante o Fórum Mundial pela Soberania Alimentar, ficou definido que soberania alimentar é um direito dos povos a alimentos saudáveis e culturalmente adequados, produzidos por métodos ecologicamente seguros e sustentáveis, e abrange o direito dos povos a decidir sobre

¹⁶ **Altas do agronegócio:** fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. – Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. p. 28.

¹⁷ Os inexoráveis processos da agricultura —a industrialização e a internacionalização— são provavelmente responsáveis pela fome de um maior número de pessoas que a crueldade das guerras e dos caprichos da natureza combinados. São várias as razões pelas quais o modelo de cultivo de alta tecnologia para a exportação faz aumentar a fome. Terras, créditos, água e tecnologia escassas são reservadas para o mercado externo. A maioria das pessoas famintas nem sequer sofre a influência direta do mercado. [...] Os lucros vão para grandes empresas que não têm qualquer interesse em alimentar a população faminta e sem dinheiro. Tradução livre dos Autores. SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una democracia de la tierra.** Justicia, sostenibilidad y paz. Barcelona: Paidós, 2006, p. 45

¹⁸ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

¹⁹ Segundo informações do site da Secretaria de Agricultura Familiar e Cooperativismo, a agricultura familiar produz 70% do feijão nacional, 34% do arroz, 87% da mandioca, 46% do milho, 38% do café e 21% do trigo. O setor também é responsável por 60% da produção de leite e por 59% do rebanho suíno, 50% das aves e 30% dos bovinos. **Se o Brasil só tivesse a produção familiar, ainda assim estaria no top 10 do agronegócio mundial, entre os maiores produtores de alimentos.** Grifo das Autoras. Disponível em <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/agricultura-familiar-do-brasil-%C3%A9-8%C2%AA-maior-produtora-de-alimentos-do-mundo>. Acesso em 12 ago 2020.

os próprios sistemas alimentares e agrícolas. Ela coloca as aspirações e necessidades daqueles e daquelas que produzem, distribuem e consomem alimentos no coração de políticas e sistemas de alimentos, em vez das demandas de mercados e corporações. Ela defende os interesses e a inclusão da próxima geração.

A soberania alimentar oferece uma estratégia para resistir a e dismantelar o atual regime corporativo de comércio e alimentos, e aponta para sistemas alimentares, agrícolas, pesqueiros e pastorais determinados por produtores e usuários locais. Ela prioriza as economias e mercados locais e nacionais e empodera camponeses e a agricultura familiar, a pesca artesanal, o pastoreio tradicional e a produção, distribuição e consumo de alimentos baseados na sustentabilidade ambiental, social e econômica. A soberania alimentar promove o comércio transparente que garante rendas justas para todas as pessoas, assim como os direitos de consumidores de controlar sua alimentação e nutrição. Ela assegura que os direitos ao uso e manejo da terra, territórios, águas, sementes, animais de criação e da biodiversidade estejam nas mãos daqueles e daquelas de nós que produzem alimentos. A soberania alimentar implica em novas relações sociais livres da opressão e da desigualdade entre mulheres e homens, povos, grupos sociais, classes sociais e econômicas e gerações. Nesse sentido, a soberania alimentar está no centro da sustentabilidade e é pilar garantidor de direitos humanos.²⁰

O paradoxo está em reconhecer que são as grandes corporações que determinam o destino dos alimentos no mundo, bem como, que a alimentação adequada só é possível com segurança alimentar, ou seja, diferentes povos, em qualquer lugar do mundo, com a capacidade para decidir acerca de seu modelo de agricultura e de alimentação de forma a garantir o abastecimento de alimentos em termos nutritivos, ambientais, culturais e sociais, aponta em adotar posicionamento que não é possível garantir o acesso à alimentação adequada através do modelo hegemônico de agricultura.

2. DESMONTE DE PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL, PANDEMIA DO COVID-19 E INSEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL

Os números da fome e desnutrição são um problema que acompanham há décadas os governantes. Com o deslocamento do mercado para o centro do espaço democrático, transnacionais passaram a decidir, desde a concepção da Revolução Verde, se as *commodities* devem ser destinadas à alimentação humana, agrocombustíveis ou alimentação animal.

²⁰ SANTARELLI, Mariana; *et. al.* **Informe Dhana 2019**: autoritarismo, negação de direitos e fome. Brasília: FIAN Brasil, 2019.

Associados a esse fato, também é preciso considerar que para se alimentar é preciso produzir e/ou comprar alimentos e, em casos específicos, receber alimentos, que deveriam ser nutritivos, saudáveis e adequados.

Não poucas vezes, por falta de acesso à renda que as pessoas passam fome ou comem menos ou pior do que deveriam. Dados da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), pelo Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA), pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pelo Programa Mundial de Alimentos (WFP), e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), apontam, partir de uma estimativa do número de pessoas que não consomem calorias suficientes para viver uma vida ativa e saudável, afetará quase 67 milhões de pessoas em 2030, ou seja, cerca de 20 milhões a mais do que em 2019.²¹ Essas projeções não consideram o impacto da COVID-19, estima-se, portanto, que o problema da fome será ainda mais urgente quando contabilizados.

Nesse sentido, é preciso frisar que a pandemia não poderá ser responsabilizada isoladamente pela severidade que se anuncia na situação de fome, desnutrição e insegurança alimentar e nutricional. Desigualdades não superadas, o avanço de políticas neoliberais e o desmonte do sistema que contemplava políticas sociais inclusivas e promotoras da SAN vem se somando para a situação atual, que tende ao agravamento dado os impactos da pandemia.²²

É possível reconhecer que 1/3 da população residente na América Latina e no Caribe vivam em condições de insegurança alimentar moderada, ou seja, àquela em que as pessoas enfrentam incertezas na capacidade de obtenção de alimentação a tal ponto que são forçadas a reduzir a quantidade de alimentos que consomem. Veja-se:

Embora a África seja a região onde os níveis mais altos de insegurança alimentar total são observados, é na América Latina e no Caribe que a insegurança alimentar está aumentando mais rapidamente: cresceu de 22,9% em 2014 para 31,7% em 2019, devido a um aumento acentuado na América do Sul. Estima-se que 9% da população regional sofre de grave insegurança alimentar, o que significa que as pessoas ficam sem comida e, na pior das hipóteses, passam um dia ou vários dias sem comer.

²¹ FAO BRASIL. ONU: Fome na América Latina e no Caribe pode afetar quase 67 milhões de pessoas em 2030. Disponível em: <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1297922/>. Acesso em: 04 dez. 2020.

²² RIBEIRO-SILVA, Rita de Cássia *et al.* Implicações da pandemia COVID-19 para a segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, p. 3421-3430, set. 2020. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000903421&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 04 dez. 2020.

A injustiça social, econômica, étnica, racial e de gênero é a maior razão de, num mundo que produz o dobro de alimentos necessários para alimentar toda população, ainda existir fome e outras formas de insegurança alimentar e nutricional²³. Nesse contexto, a insegurança alimentar nos domicílios brasileiros, seja nos gradientes leve, moderada ou grave, deve tender à maior magnitude, com o advento da pandemia da COVID-19.

A criação de políticas públicas votadas para a saída do Brasil do mapa da fome, a exemplo do Bolsa Família que, por meio de transferência de renda, estima-se ter retirado cerca de 25% de pessoas da extrema pobreza e 15% dos níveis de pobreza²⁴. Com essa política, a prevalência de subnutrição reduziu de 11,9% no período 1999-2001 para menos de 2,5% no período 2008-2010.

No mesmo período, outras políticas, programas e ações, foram ao encontro da promoção da redução da pobreza, fome e da insegurança alimentar e nutricional. A desaceleração do crescimento econômico no país em adição às políticas econômicas de austeridade fiscal adotadas pelo governo tem contribuído, ainda mais, para o desmonte das políticas sociais no Brasil. O congelamento por 20 anos nos orçamentos direcionados a inúmeras políticas públicas que viabilizam a fruição de direitos sociais constitucionalmente garantidos, atingiu diretamente a manutenção das mesmas.

Permite-se, nesse sentir, o retorno de políticas sociais focalizadas, precárias e insuficientes. Segundo Carvalho²⁵, o Brasil vivencia “momento de crise econômica, de crise política sistêmica, de democracia capturada pelo capital, com poder político submetido ao poder econômico.”. Esse processo afetou o Sistema Único de Saúde e o Sistema Único de Assistência Social, e, também o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN).

Esse contexto viabilizou o aprofundamento da situação de pobreza e de vulnerabilidade social vivenciado por muitas famílias brasileiras, indo na contramão do processo da redução da desigualdade social e redistribuição de renda, experimentado no país entre os anos de 2003 e 2014.²⁶

²³ RIBEIRO-SILVA, Rita de Cássia *et al.*. Implicações da pandemia COVID-19 para a segurança alimentar e nutricional no Brasil.

²⁴ Souza LEPEF, Barros RD, Barreto ML, Katikireddi SV, Hone TV, Sousa RP, Leyland A, Rasella D, Millett CJ, Pescarini J. The potential impact of austerity on attainment of the Sustainable Development Goals in Brazil. **BMJ Global Health** 2019; 4:e001661.

²⁵ CARVALHO, Alba Maria Pinho de. Brasil no Tempo Presente: Regressão, desmonte de direitos, democracia em risco. **Revista Transformare**, [S. l.], v. 1, n. 1, outubro, 2017. Disponível em: <<http://www.fametro.com.br/revistatransformare/index.php/transformare/article/view/6>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

²⁶ SANTARELLI, Mariana; *et. al.* **Informe Dhana 2019**: autoritarismo, negação de direitos e fome.

Tabela 1: Despesa por ações orçamentárias com maior redução de valores pagos mais restos a pagar pagos, 2014 a 2018 (em R\$)

Ação	Descrição	2014	2015	2016	2017	2018	Var.
4470	Assistência Técnica e Capacitação de Assentados	34.565.638,41	4.212.982,84	7.855.586,51	135.830,52	16.245,80	-99,95
1510	Ampliação e Melhoria da Capacidade Armazenadora da CONAB	10.660.063,58	16.962.203,44	9.369.147,54	1.233.728,20	81.100,84	-99,24
8695	Dessalinização de Água - Água Doce - Plano Brasil sem Miséria	90.436.358,56	5.916.400,63	38.457.467,45	14.936.646,92	3.170.093,20	-96,49
4260	Fomento à Assistência Técnica e Extensão Rural para Agricultores Familiares	103.989.617,56	79.421.283,15	39.496.959,98	10.823.713,16	4.085.143,39	-96,07
210W	Apoio à Organização Econômica e Promoção da Cidadania de Mulheres Rurais	18.285.066,93	10.806.549,93	11.051.328,51	2.242.985,14	729.486,18	-96,01
8929	Equipamentos e Serviços Públicos de Apoio a Produção, Abastecimento de Alimentos	25.763.053,96	29.795.544,52	25.161.187,92	34.070.212,80	1.237.387,25	-95,20
7H17	Apoio a Projetos de Desenvolvimento do Setor Agropecuário	16.881.758,24	4.737.884,88	3.754.173,42	780.766,29	967.882,86	-94,27
210X	Apoio ao Desenvolvimento Sustentável de Territórios Rurais	1.198.638.642,42	176.122.476,23	133.246.723,00	85.146.811,66	74.422.602,21	-93,79
4390	Delimitação, Demarcação e Regularização de Terras Indígenas	1.456.649,80	55.878,30	0,00	0,00	91.278,49	-93,73
8611	Apoio ao Pequeno e Médio Produtor Agropecuário	128.466.360,08	14.970.214,29	13.518.231,07	3.153.072,30	8.701.545,00	-93,23
210Z	Reconhecimento e Indenização de Territórios Quilombolas	44.363.419,50	15.065.362,38	20.488.221,02	4.448.757,88	3.311.901,64	-92,53
211B	Desapropriação de Imóveis Rurais para Criação de Assentamento da Reforma Agrária	583.563.204,77	191.963.802,90	258.856.777,74	76.854.456,18	60.232.407,51	-89,68
2B81	Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar - PAA	32.428.762,80	21.105.334,58	4.928.305,95	5.078.875,95	4.296.120,27	-86,75
2784	Educação Alimentar e Nutricional	5.474.171,09	3.067.954,07	1.742.134,05	1.373.113,97	1.094.187,77	-80,01

20GD	Fomento à Produção e à Estruturação Produtiva dos Povos Indígenas, Tradicionais e Familiares	222.719.024,74	165.154.158,00	61.265.880,18	58.019.472,43	46.720.692,34	-79,02
210Q	Estruturação e Consolidação de Unidades Produtivas - Crédito Fundiário	25.670.246,95	19.573.324,58	36.049.013,31	19.055.241,46	5.649.205,20	-77,99
359	Contribuição ao Fundo Garantia-Safra (Lei nº 10.420, de 2002)	859.000.000,00	437.872.259,89	778.184.340,11	402.799.000,00	219.652.000,00	-74,43
8396	Implantação e Recuperação de Infra-estrutura Básica em Projetos de Assentamento	46.832.680,85	7.007.187,04	7.408.118,13	4.610.956,08	17.500.000,00	-62,63
211C	Regularização da Estrutura Fundiária na Área de Abrangência da Lei 11.952, de 2009	31.808.072,07	23.577.894,09	19.135.248,58	11.209.636,75	12.193.563,02	-61,67
2802	Operacionalização de Estoques Estratégicos de Segurança Alimentar	32.999,37	3.206,37	0,00	3.884,07	13.631,28	-58,69
20IY	Promoção Internacional de Políticas e Ações de Desenvolvimento Social e Combate à Fome	4.146.272,13	2.302.388,24	1.019.223,45	664.333,91	1.716.588,82	-58,60
210S	Assistência Técnica e Extensão Rural para Reforma Agrária	177.387.978,49	267.429.076,10	271.149.287,83	124.410.646,38	85.745.753,49	-51,66
2798	Aquisição de Alimentos Provenientes da Agricultura Familiar	589.653.846,93	562.172.323,93	428.304.922,82	433.949.555,25	300.770.367,85	-48,99
2792	Distribuição de Alimentos a Grupos Populacionais Específicos	54.807.158,68	51.808.941,10	11.548.874,17	31.283.710,01	29.444.905,91	-46,28
210V	Promoção e Fortalecimento da Agricultura Familiar	29.517.299,75	26.287.411,14	19.588.349,97	19.795.068,94	19.572.449,62	-33,69

Fonte: Siop

Como é possível observar²⁷, o informe sobre direito humano à alimentação nutricional adequada, aponta que a população mais afetada com os congelamento/cortes orçamentários foram, justamente, àquelas mais vulneráveis. Àquela população atingida diretamente pelas desigualdades sociais e que necessita, para a sua sobrevivência, de ações positivas e prestacionais do Estado.

Para além da sinergia de três pandemias: obesidade, desnutrição e mudanças climáticas, apontadas pela *Lancet* como intimamente relacionadas aos sistemas alimentares²⁸, o ano de 2020

²⁷ SANTARELLI, Mariana; *et. al.* Informe Dhana 2019: autoritarismo, negação de direitos e fome. p.44-45.

²⁸ SWINBURN, B.; KRAAK, V.; ALLENDER, S.; ATKINS, V.; BAKER, P.; BOGARD, J. *et al.* The global syndemic of obesity, undernutrition, and climate change: The Lancet Commission report. *EAT-Lancet*, EAT-Lancet Commission, 2019.

foi acometido pela pandemia da Covid-19. Para reduzir a propagação do vírus e o caos nos sistemas de saúde, medidas de distanciamento social foram tomadas pelos governos do mundo inteiro. O problema, em países com desigualdades sociais como o Brasil, é que a grande maioria da população vulnerável ainda desempenha atividades informais ou, ainda, subempregos e, no contexto pandêmico, ficaram sem acesso a sua renda. Para Elaine Nascimento, da Fiocruz/Piauí, a pandemia no Brasil, tem cor e tem gênero:

Muitas são empregadas domésticas, sem relação formal, não têm carteira de trabalho assinada. Pergunta que quero deixar para nós todas: será que estou pagando a minha diarista que não pode ir à minha casa trabalhar, quando ela depende exclusivamente dessa renda? Se ela não tem renda, como pode se proteger e cuidar dela própria e do restante da família?²⁹

A fim de garantir dignidade à população, fundamento previsto na Constituição brasileira, é que as políticas de inclusão social se fazem tão necessárias. São elas que garantem a segurança e a defesa dos direitos, que estão em risco, ao não serem garantidos para toda a população. No contexto de quarentena, é necessário assegurar que todos os cidadãos tenham a mínima condição de fazê-la. A Renda Emergencial³⁰ aprovada no Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente, depois de muita mobilização e pressão dos movimentos sociais. Foi aprovado o pagamento de um auxílio de R\$ 600,00 por três meses, podendo ser prorrogado por mais três meses, a depender do avanço da pandemia no país. Para mulheres chefes de família, essa renda poderá chegar até R\$ 1.200,00.³¹

Para mitigar os efeitos da COVID-19 a FAO orientou que os países satisfaçam as necessidades imediatas das populações vulneráveis, impulsionem programas de proteção social, dentre outras. Particularmente em questões relacionadas à nutrição, é o momento de compartilhar preocupações, alertar e, quem sabe, ampliar o campo de ideias e de práticas para reorientar as pessoas no rumo da boa nutrição.

Além das preocupações acerca das consequências da pandemia na esfera alimentar e nutricional, entende-se que há espaço para reconhecer a potência do conceito que está,

²⁹ NASCIMENTO, Eliana. A pandemia tem cor e gênero. [Entrevista cedida a] Ana Cláudia Peres. Radis. Disponível em: <https://radis.ensp.fiocruz.br/index.php/home/entrevista/a-pandemia-tem-cor-e-genero>. Acesso em: 04 dez. 2020.

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

³¹ Essa renda também será destinada a desempregados, aos MEIs (microempreendedores individuais), a quem têm a renda per capita por família de até meio salário mínimo, além dos trabalhadores informais que possuem inscrição no Cadastro Único. Os que recebem Bolsa Família também poderão receber o auxílio, mas será necessário escolher o mais vantajoso. Importante destacar que esse valor, embora tenha sido fruto de muita luta, pois no início o governo previa liberar apenas R\$ 200,00, não será suficiente para garantir a sobrevivência da população mais pobre.

exatamente, na centralidade dada à dimensão do poder, evidenciando a questão de fundo que define a realização ou violação do direito humano à alimentação e nutrição adequadas: quem tem o poder de definir que alimentos e de que forma são produzidos, processados, distribuídos, acessados e consumidos.

Deslocar o mercado da centralidade das decisões democráticas é imperativo. São as pessoas, àquelas que os produzem e consomem, que devem estar no centro das decisões sobre o sistema alimentar. A soberania alimentar demarca que o poder deve ser do povo para que este sistema alimente vida, saúde, cultura e formas de viver e se alimentar compatíveis com a realização dos direitos humanos e da sustentabilidade: vida digna no planeta Terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em questão apresentou como objetivo geral verificar a efetivação do direito humano à alimentação e nutrição adequadas no contexto da pandemia COVID-19. Para tanto, analisou-se o reconhecimento do direito à alimentação na Constituição brasileira e, também a sua inserção no sistema regional de direitos humanos.

Percebe-se que o modelo do capitalismo invadiu o campo e transformou a agricultura no agronegócio, sob o argumento de levar alimentos à quem tem fome, acabar com a miséria, a Revolução Verde, alavancou produção de *commodities*, afiançou latifúndios. Esse novo arranjo proporcionou à agricultura atuar em um processo de dominação, onde a concentração do mercado de produção e distribuição de alimentos se mantém na mão de um número cada vez menor de conglomerados transnacionais, fator que não garante a efetivação do direito humano à alimentação e nutrição adequadas.

A pandemia colocou luzes em amplos aspectos das desigualdades existentes no país. Não foi diferente com os fatores relacionados ao acesso à alimentação. As medidas de afastamento social e a austeridade governamental no que tange às políticas públicas sociais, atingiram diretamente parcela da população que exerce atividades informais ou que estão alocadas em subempregos. Sem acesso à renda, os índices de pessoas retornaram à faixa de extrema pobreza, ascendeu um alerta à comunidade internacional.

Entende-se que o *locus* pandêmico é espaço para novas discussões jurídico-normativas, dentre elas, a de reconhecer que sustentabilidade e direitos humanos são fatores inerentes para uma vida digna. Nesse sentir, são as pessoas que precisam, imperiosamente, retornar ao centro das decisões do espaço democrático. Assim, será possível caminha para um mudança urgente na

forma como são produzidos e consumidos os alimentos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Altas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. – Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018.

BRASIL. (1998). **Constituição Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 04 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org). **Dossiê ABRASCO:** um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.

CARVALHO, Alba Maria Pinho de. Brasil no Tempo Presente: Regressão, desmonte de direitos, democracia em risco. **Revista Transformare**, [S. l.], v. 1, n. 1, outubro, 2017. Disponível em: <http://www.fametro.com.br/revistatransformare/index.php/transformare/article/view/6>. Acesso em: 04 dez. 2020.

CorteIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José, 22 nov. 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

CorteIDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai.** Sentença, de 17 de junho de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020.

GUDYNAS, Eduardo. **Extractivismos:** Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza. Cochabamba: CEDIB/CLAES, 2015.

HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis; GARCÍA-ÁLVAREZ Santiago; CUBILLO-GUEVARA, Ana Patricia; MEDINA-CARRANCO, Nancy. **Los objetivos del buen vivir a escala global**: una crítica de los objetivos de desarrollo sostenible y una propuesta alternativa transmoderna. Ediciones Bonanza. Huelva, 2018.

LEÃO, Marília M.; RECINE, Elisabetta. O direito humano à alimentação adequada. In: TADDEI, José A. et al. **Nutrição em saúde pública**. São Paulo: Rubio, 2011.

NASCIMENTO, Eliana. A pandemia tem cor e gênero. [Entrevista cedida a] Ana Cláudia Peres. Radis. Disponível em: <https://radis.ensp.fiocruz.br/index.php/home/entrevista/a-pandemia-tem-cor-e-genero>. Acesso em: 04 dez. 2020.

ONU. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 04 DEZ. 2020. .

ONU. FAO BRASIL. ONU: Fome na América Latina e no Caribe pode afetar quase 67 milhões de pessoas em 2030. Disponível em: <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1297922/>. Acesso em: 04 dez. 2020.

RAMOSE, Mogobe B. Globalização e Ubuntu. In.: SOUZA SANTOS. Boaventura; MENESES, Maria Paula (ORG). **Epistemologias do Sul**. Edições Almedina: Coimbra, 2009.

SANCHÉZ RÚBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014.

SANTARELLI, Mariana; *et. al.* **Informe Dhana 2019**: autoritarismo, negação de direitos e fome. Brasília: FIAN Brasil, 2019.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una democracia de la tierra**. Justicia, sostenibilidad y paz. Barcelona: Paidós, 2006.

RIBEIRO-SILVA, Rita de Cássia *et al* . Implicações da pandemia COVID-19 para a segurança alimentar e nutricional no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, p. 3421-3430, set. 2020 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000903421&lng=pt&nrm=iso. acessos em 04 dez. 2020.

Souza LEPF, Barros RD, Barreto ML, Katikireddi SV, Hone TV, Sousa RP, Leyland A, Rasella D, Millett CJ, Pescarini J. The potential impact of austerity on attainment of the Sustainable Development

Goals in Brazil. **BMJ Global Health** 2019; 4:e001661.

SWINBURN, B.; KRAAK, V.; ALLENDER, S.; ATKINS, V.; BAKER, P.; BOGARD, J. *et al.* The global syndemic of obesity, undernutrition, and climate change: The Lancet Commission report. **EAT-Lancet**, EAT–Lancet Commission, 2019.

O ENFRENTAMENTO DAS PRÁTICAS ABUSIVAS DE CONSUMO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 A PARTIR DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Rogério da Silva¹

Jovana de Cezaro²

INTRODUÇÃO

O início de 2020 surpreendeu a comunidade mundial com o surgimento da pandemia do Covid-19, que rapidamente, superou as fronteiras da China e se propagou pelos diversos continentes, espalhando medo e causando muitas mortes.

As autoridades sanitárias precisaram emitir uma série de normas buscando controlar a expansão do vírus, tendo que montar estruturas capazes de receber os milhares de casos de contaminação registrados diariamente.

A pandemia mudou a rotina dos governos, das empresas e dos cidadãos que passaram a ter que observar regras de higienização e de distanciamento social para se protegerem.

Com o surgimento da pandemia, não muda somente a vida das pessoas, ela também altera o comportamento dos mercados e pode dar margem para o surgimento de práticas abusivas de preços diante do aumento de consumo de itens de prevenção ao vírus.

O presente artigo busca analisar a partir da proteção constitucional da defesa do consumidor, materializada pelo Código do Consumidor e pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, as normas adotadas para combater o aumento desproporcional, que caracterizam as práticas abusivas em tempos de pandemia.

Este é também, um período que reforça a necessidade de uma relação de boa-fé, transparência e solidariedade entre fornecedores e consumidores para o enfrentamento de uma crise sanitária de proporções mundiais.

¹Vice-Reitor da Universidade de Passo Fundo – UPF. Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil – UPF. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Endereço de e-mail: rogerio@upf.br.

² Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Pós-Graduada em Direito do Trabalho. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Endereço de e-mail: giovanadc@hotmail.com.

1. DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: A TUTELA CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

No Estado Democrático de Direito as leis são criadas pelo povo e para o povo, mediante representantes eleitos diretamente, os quais devem retratar os interesses, ideias e desejos de seus eleitores. As democracias contemporâneas são formadas por cidadãos-consumidores, ou seja, as sociedades capitalistas são formadas basicamente por consumidores.

Uma parte importante das reivindicações das pessoas nas ruas envolve direitos dos consumidores. Essas manifestações apontam que os consumidores exigem que lhes sejam entregues produtos e serviços de qualidade e por preços justos. Os cidadãos têm direitos, interesses e desejos e necessitam que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, defendam as conquistas que foram garantidas pela Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor. Esta defesa também é efetivada pela sociedade através das associações civis que cumprem o papel de pressionar os poderes constituídos para que não ocorram retrocessos. Esses movimentos são um alento para o fortalecimento da democracia e da cidadania e precisam estar permanentemente vigiados.

Os direitos dos cidadãos são exercidos em grande parte pela atuação enquanto consumidores, pois, no cotidiano, as ações são “vividas” pelo e para o consumo³. Com a globalização⁴ emanou-se o fortalecimento dos fornecedores devido a ampliação da produção e da oferta. Mas isso eleva a vulnerabilidade do consumidor e aumenta a dificuldade de protegê-lo. A globalização afeta diretamente o mercado de consumo e o papel do Estado na Defesa do Consumidor⁵.

Com a expansão da globalização e o fim das fronteiras, a relação entre consumidores e fornecedores amplia a vulnerabilidade dos primeiros. O desequilíbrio faz com que a necessidade de proteção ocorra para além das fronteiras, o que requer uma preparação ainda mais sólida por parte dos órgãos de proteção ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, descreve o consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza

³ ABC do CDC. **A sociedade de consumidores, a democracia e os canais de comunicação**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/181371/a-sociedade-de-consumidores-a-democracia-e-os-canais-de-comunicacao>>. Acesso em: 21 out. 2020.

⁴ Globalização “significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil [...] a globalização significa o assassinato da distância, o estar lançado a formas de vida transnacionais [...]” (BECK, 1999, p. 46-47).

⁵ NETO, MARIO Furlaneto; BEZEN, Gabriela Cristina. **O direito fundamental de proteção ao consumidor em tempos de globalização e o fenômeno do superendividamento**. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 10, 2017, nº. 04, p. 2824-2843, 2017. p. 2828.

produto ou serviço como destinatário final”.⁶

O parágrafo único do citado artigo equipara a consumidor a “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Os artigos 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor preveem mais uma forma de consumidor, ou seja, por equiparação^{7 8}.

Assim, para que alguém possa ser considerado consumidor e fazer valer seus direitos, deverá ser o destinatário final físico e econômico do produto ou serviço colocado no mercado de consumo, ou seja, considera-se consumidor o sujeito que retira do mercado comercial de consumo, um bem ou serviço, com o intuito de satisfazer alguma vontade particular⁹.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a garantir, de forma concreta, a necessidade de o Estado proteger os consumidores individualmente ou coletivamente, estabelecendo, inclusive, um prazo para elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, que foi consolidado em 1990¹⁰.

O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias determinou que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”¹¹, ou seja, estabeleceu-se um prazo para a aprovação da lei de defesa do consumidor e, ainda, deu-lhe a denominação de Código de Defesa do Consumidor.

A defesa do consumidor entrou na Constituição Federal 1988 como um dever do Estado, sendo elevado ao *status* de direito fundamental. Louzada afirma que “a defesa do consumidor é um direito fundamental e um princípio de ordem econômica, do que se deflui que sua tutela deva ser a mais ampla possível¹²”.

Conhecer os direitos do cidadão faz parte da construção da cidadania. Ainda, “o conhecimento dos direitos do consumidor permite que o cidadão os exerça em sua plenitude na sociedade”. Os direitos básicos do consumidor são valores e preceitos que tem caráter de direito

⁶ BRASIL. **Lei Federal número 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

⁷ O consumidor por equiparação é protegido pela legislação consumerista. Conforme pontua Theodoro Junior, os consumidores equiparados são aqueles que “mesmo sem participar diretamente da relação de consumo, venham a ser vítimas de evento danoso decorrentes dessa relação” (2017, p. 13).

⁸ BRASIL. **Lei Federal número 8.078, de 11 de setembro de 1990**.

⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. Brasília: Escola Nacional de Defesa do consumidor, 2008. p. 37.

¹⁰ SILVA, Rogerio da; REIS, Jorge Renato dos. **O desafio da aplicação do princípio da solidariedade na sociedade hiperconsumista que cultua o descartável**. *Justiça do Direito*, Passo Fundo. v. 32, 2018, n. 3, p. 583 – 607, set./dez. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>. Acesso em: 20 out. 2020. p. 585.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹² LOUZADA, Vanessa Vilarino. **A tutela constitucional do consumidor**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 33/2014, p. 161-190, jan./jun. 2014. p. 11.

fundamental, que não podem ser alterados e nem mesmo suprimidos¹³.

Os direitos fundamentais configuram-se como um mínimo necessário para a existência digna das pessoas, tendo a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos no Estado Democrático de Direito e se encontra positivada no artigo 1º, inciso III da Carta Maior. Tal “princípio constitui o alicerce e embasamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro, fundado na ideia de que a pessoa humana é a razão de ser do Direito e do Estado”¹⁴.

Os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos condições para que se conviva de forma harmoniosa em sociedade. Sarlet aponta os direitos fundamentais “como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos” tornando-se necessários e indispensáveis¹⁵.

O direito fundamental de proteção ao consumidor encontra-se elencado no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal e é dever do Estado, um imperativo constitucional. Essa proteção reflete um direito de mais alta carga axiológica. A defesa do consumidor, além de direito fundamental é também, princípio geral de toda a atividade econômica, elencado no artigo 170, inciso V da Carta Maior¹⁶.

Ao ocupar a posição de direito fundamental no art. 5º, Inc. XXXII e conseqüentemente cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte determinou ao Estado, “seja o Estado-Juiz (a magistratura em todas as suas instâncias), seja o Estado-executivo (administração, Ministério Públicos, Defensorias Públicas, Advocacia Pública, Procons estaduais e municipais, agências regulatórias) e o Estado-legislador (Senado Federal, Câmara de Deputados e demais órgãos dos legislativos estaduais e municipais), o dever de promover a defesa do consumidor”¹⁷. Resta claro que a tarefa não é um ato isolado, envolve os entes públicos, entidades civis e privadas.

Ainda, a defesa do consumidor encontra embasamento em outros dispositivos constitucionais. O artigo 24, inciso VIII atribui a União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor. O artigo 150 ao

¹³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 33-34.

¹⁴ NETO, MARIO Furlaneto; BEZEN, Gabriela Cristina. **O direito fundamental de proteção ao consumidor em tempos de globalização e o fenômeno do superendividamento**. p. 2829.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 61.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima, **Revista do Direito do Consumidor**. **25 Anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização**. v.103, ano 25. p. 55-100. São Paulo: Ed. RT, jan.fev.2016.

tratar sobre as limitações ao poder de tributar do Poder Público em seu parágrafo 5º estabelece que os consumidores devem ser esclarecidos acerca dos impostos sobre mercadorias e serviços¹⁸.

O artigo 175, parágrafo único, inciso II, determinando a lei dispor sobre direitos dos usuários dos serviços públicos. O artigo 220, parágrafo 4º, que dispõe sobre a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos meios de comunicação. Por fim, o artigo 221 discorre sobre as diretrizes a serem observadas quanto à produção e à difusão de programas de rádio e televisão¹⁹.

Pode-se afirmar, que a dimensão humana do consumidor é resgata pela Constituição Federal de 1988 e isto ficou evidente em vários momentos do seu texto, quando o legislador fez esta opção.

Este olhar decorre do fato do consumo fazer parte da rotina do ser humano e ao se tornar massificado, é necessário que o Estado esteja presente para regular e estabelecer normas que evitem abusos por parte dos fornecedores. “[...] Independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a necessidade e da sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo.”²⁰ Uma das formas de garantir essa presença do Estado é a sociedade participar da elaboração de políticas públicas, voltadas a proteção do consumidor.

A construção da política pública de defesa do consumidor, requer o diálogo permanente entre o Estado, representado pelos seus órgãos, a sociedade civil e as entidades empresariais que vão estabelecer as prioridades a serem enfrentadas para garantir os direitos dos consumidores e, conseqüentemente, a harmonização das relações de consumo. Essa elaboração de políticas públicas, precisa ser transparente, comprometida entre os atores e constantemente avaliada para que os rumos possam ser corrigidos. [...] Assim, poderíamos interpretar políticas públicas como sendo a arte de lidar com um público que é público. Quando, porém, se fala em políticas públicas, está se fazendo uma distinção entre aquilo que é público, do ponto de vista orçamentário, e aquilo que é privado, considerando-se que quando se menciona em políticas públicas fala-se em recursos públicos, advindos do Estado. Pensando assim, o significado da expressão toma sentido, sendo uma ação destinada a um público e que envolve recursos públicos. Seria de se considerar, também, que medidas de intervenção meramente administrativas, por parte do Estado, sem

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1

mesmo envolver o orçamento público, são consideradas políticas públicas²¹.

No espaço público, para elaboração das políticas públicas de defesa do consumidor se encontram: o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que congrega vários órgãos especializados na proteção do consumidor, dentre os quais o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), PROCON, Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacia de Defesa do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis, Entidade Cíveis de Defesa do Consumidor, Agências Reguladoras, dentre outros. Este elenco de entidades precisam desenvolver ações, seja no âmbito federal estadual ou municipal. A complexidade das relações de consumo exigem planejamento e articulação entre esses atores para que a agenda de proteção ao consumidor possa ser efetivada.

2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM DECORRÊNCIA DAS PRÁTICAS ABUSIVAS NA PANDEMIA DO COVID-19

No ano em que comemora-se 30 anos da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, uma pandemia assusta a população mundial com a contaminação e a morte de milhares de pessoas. Em 8 meses o Brasil atingiu a marca de 176.941 vítimas e 6.603.540 milhões de contaminados.²² O vírus do Covid-19 exigiu que os cidadãos passassem a adotar uma série de medidas higiênicas na tentativa de evitar a sua propagação.

As regras de higienização impostas, fizeram que dezenas de produtos, sejam de alimentação ou de proteção tivessem reajustes que exigiram atuação efetiva por parte dos órgãos de proteção ao consumidor. O aumento exacerbado e de forma infundada dos produtos e serviços de consumo, determinou por parte do legislador dispositivos explícitos no CDC, que vedam esta prática abusiva, encontrados nos arts.39, incisos IV, V, X e XIII²³ e também no art. 51, inciso IV e § 1º²⁴. O reajuste excessivo também é coibido pela Lei nº 12.525, de 30 de novembro de 2011, em

²¹ BONETI, Lindomar Wesller. **Políticas públicas por dentro**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.p. 9

²² GZH Especiais. **Evolução de casos do coronavírus no RS**. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/especiais/painel-coronavirus/index.html>. Acesso em: 06 dez.2020.

²³ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº8.884, 11 de junho de 1994)

IV- prevalear-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V- exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

X - elevar sem justa causa o preço do produto ou serviços; (Inciso acrescentado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

XIII- aplicar fórmula ou [índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (inciso acrescentado pela Lei nº 9.870, de 23 de novembro 1999).

²⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

seu artigo 36, inciso III.²⁵

As consideradas práticas abusivas foram reguladas de forma específica pelo Código de Defesa do Consumidor nos artigos 39, 40 e 41, embora também possam ser encontradas em outros artigos do próprio CDC, 42, 43 e 51 entre outros.

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, apresenta um elenco de práticas abusivas de forma exemplificativas, isto significa que não está se falando de um tipo fechado, mas que comporta outras praticadas a serem desenvolvidas pelos fornecedores diante da dinâmica constante do mercado.

Benjamin, esclarece: “ Não poderia o legislador, de fato, listar, à exaustão, as práticas abusivas. O mercado de consumo é de extremada velocidade e as mutações ocorrem da noite para o dia. Por isso mesmo é que buscamos, no seio da comissão, deixar bem claro que a lista do art. 39 é meramente exemplificativa, uma simples orientação ao intérprete.”

Neste trabalho irá se fixar naquelas que entendem-se estar diretamente relacionadas com o período da pandemia e que portanto, uma vez utilizadas podem garantir os direitos dos consumidores em período de crise sanitária.

O inciso IV, caracteriza como abusiva a prática “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.” Para Marques, Benjamin e Miragem, “há que se aceitar que o grupo dos idosos possuiu uma vulnerabilidade especial, seja pela sua vulnerabilidade técnica exagerada em relação as novas tecnologias [...] sua vulnerabilidade fática quanto à rapidez das contratações [...] sem falar na sua vulnerabilidade econômica e jurídica [...]”²⁶ Mesmo que o CDC, não tenha expressado de forma clara a proteção ao idoso, é perfeitamente possível aplicar o inciso IV na segurança das pessoas que possuem mais de 60 anos, cuja vulnerabilidade é ainda mais acentuada em tempos de pandemia e portanto merecem ser protegidas de forma ampliada.

Na mesma linha de proteção as práticas abusivas, o inciso V proíbe “ exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. A preocupação do legislador foi evitar que os fornecedores possam utilizar-se do seu poderio econômico e suas técnicas profissionais para estabelecer condições que sejam desfavoráveis aos consumidores. Se a relação entre consumidores e

²⁵ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

²⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: 5ª ed. RT, 2026. p. 1048

fornecedores já é habitualmente desequilibrada, com a pandemia ficou ainda mais acentuada.

O art. 39 também considerou como prática abusiva, a elevação de preço sem justa causa, que está disposta no inciso X. Benjamin sugeriu a inclusão do dispositivo no CDC com o objetivo de “assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle do chamado preço abusivo.” Em continuidade o jurista alerta que “ não se trata de tabelamento ou controle prévio de preços (art.41), mas de análise casuística que o juiz e autoridade administrativa fazem, diante do fato concreto.

A rápida disseminação do vírus responsável pela transmissão do COVID-19, determinou uma corrida para aquisição de itens considerados essenciais para prevenir o contágio, como máscaras, luvas, álcool em gel entre outros.

Conforme o site JáCotei, que faz a comparação de preços em sites brasileiros “um frasco de álcool em gel de marca popular subiu de R\$ 16,06 em 27 de fevereiro para R\$ 41,99, em 4 de março deste ano. Um aumento de 161% em menos de uma semana.”²⁷

Outra pesquisa realizada pelo Instituto de Ciências, Tecnologia e Qualidade, comprovou que o aumento em itens de prevenção ao coronavírus, ultrapassaram os 7.000%. “No caso do álcool em gel, a variação entre o mais barato e o mais caro chegou a 876%; já na caixa com 50 unidades da máscara de proteção, a diferença foi de 7.61%”²⁸ A pesquisa foi realizada nos dias 18 a 20 de março de 2020, em 540 farmácias de 18 capitais brasileiras.

Tais constatação voltaram a atenção para os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que passaram a receber denúncias dos consumidores em todas as regiões do Brasil, clamando por ações que pudessem coibir práticas abusivas em um momento de forte aumento da demanda destes produtos, em função da indicação para serem usados como forma de prevenir a acelerada propagação do vírus, que coloca em risco a vida dos consumidores, não de forma individual, mas coletiva de toda a sociedade.

Para Mucelin e D’ Aquino “[...] proteger o consumidor contra esses aumentos de preços (aspecto patrimonial), então oportunizando o acesso ao consumo desses itens de primeira necessidade e de uso inadiável (aspecto existencial), vai além da proteção do interesse econômico [...]”. A Política Nacional das Relações de Consumo, atribuída no CDC, deixa evidente a sua

²⁷Economia UOL. **Preço do álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar?** 2020. Disponível em: [https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controle-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus] Acesso em 08 mar. 2020.

²⁸G1. **Preço de máscaras de proteção e álcool em gel chegam a variar mais de 7.0000%, aponta levantamento.** 2020. Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/31/precos-de-mascaras-de-protecao-e-alcool-em-gel-chegam-a-variarmais-de-7000percent-aponta-levantamento.ghtml]. Acesso em: 08 dez. 2020

preocupação com a saúde dos consumidores, e isto passa pelo aumento injustificado de produtos que possam colocar em risco a vida, neste momento de extrema necessidade, onde a utilização de álcool em gel e máscara passa a fazer parte do cotidiano das pessoas como forma de precaução da contaminação de toda a sociedade.”²⁹

Mesmo que consumidores e fornecedores ocupem posições antagônicas nas relações de consumo, é fundamental considerar que um depende de outro. O fornecedor para ter sucesso em sua atividade, dependendo consumidor, sem o qual não haveria razão de existir. Já o consumidor necessita de um fornecedor que lhe ofereça produtos e serviços de qualidade e preços compatíveis com o mercado. A relação entre ambos deve ser baseada nos princípios da boa-fé, da transparência e da solidariedade. Em um momento onde o mundo passa pela mais grave crise sanitária do século, a solidariedade precisa estar presente em todas as relações, como forma de amenizar o sofrimento e as incertezas decorrentes da pandemia.

Ao tratar da solidariedade, Perez Luño afirma: “[...] Es certo que el concepto de solidariedade no es unívoco, ni pacífico; responde a una pluralidade de tradiciones históricas, que han engendrado una diversidad de acepciones [...]. Se alud, y una solidariedade de los modernos, como valor fundamentador de los derechos, que contribuye a forjar unas sociedades basadas en la cooperación y hace efectivo el disfrute de las libertades.”³⁰

A solidariedade aproxima-se da justiça pelo fato de estabelecer um laço de auxílio recíproco entre os participantes dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais. A solidariedade é um princípio que deve ser utilizado em todas as relações, sejam elas no campo jurídico ou comerciais, assim como no direito público ou privado. Bagatini e Reis, compreendem que; “[...] Trata-se de um a nova maneira de se enxergar as relações humanas jurídicas, à luz da ética e da moral, visando à igualdade substancial, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a cooperação nas relações jurídicas. Com a solidariedade busca-se uma responsabilidade social, visando o bem estar-social e, como consequência, o bem estar de cada um”.³¹ (2014, p. 382-383).

O momento de pandemia do Coronavírus, sugere que a sociedade passe a se comportar de forma mais solidaria, buscando as melhores praticas para toda a coletividade. Se aproveitar de momentos de incerteza e medo para exercer práticas abusivas, fragilizam ainda mais os

²⁹ MUCELIN, Guilherme; D’AQUINO, Lúcia Souza. **O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de Covid-19**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 29. Vol. 129. mai-jun/2020. p.17-46.

³⁰ LUÑO, Perez. **Teoría del derecho**: una Concepción de la experiencia jurídica. Madrid: Tecnos, 2014.

³¹ BAGATINI, Julia. REIS, Jorge Renato dos. **O direito fundamental da solidariedade à luz da constitucionalização do direito privado**. Revista Jurídica Cesumar. Vol. 14. n 2. Disponível em: <https://blook.pt/publications/fulltext/39309b404202/> Acesso em: 08 dez. 2020.

consumidores que necessitam da atuação efetiva do poder público através dos órgãos que compõem o sistema de defesa do consumidor. A tolerância e a flexibilidade, precisam estar no cotidiano deste momento pandêmico que desafia a sociedade global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O início de 2020 surpreendeu o mundo com o surgimento do coronavírus e a sua rápida expansão em toda a comunidade global. A pandemia exigiu novas regras de controle sanitário e a mudança de comportamento por parte dos cidadãos

Mesmo em um período de fragilidade, foram constatados muitos casos de aumento de preços de produtos recomendados para impedir a propagação do vírus e a consequente contaminação das pessoas.

A elevação de preços de forma desproporcional, mostrou a necessidade dos órgãos de defesa do consumidor estarem suficientemente qualificados para enfrentar as demandas que chegaram aos Procons de todo o país.

Embora o Código de Defesa do Consumidor possua um elenco de normas em favor dos vulneráveis, a garantia dos seus direitos somente vai ocorrer, a partir da mobilização da sociedade. É tarefa de cada cidadão cobrar os agentes públicos para que os direitos dos consumidores, consagrados como fundamentais na Constituição Federal de 1988, sejam garantidos, dessa forma, reduzindo as desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABC do CDC. **A sociedade de consumidores, a democracia e os canais de comunicação**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/181371/a-sociedade-de-consumidores-a-democracia-e-os-canais-de-comunicacao>>. Acesso em: 21 out. 2020.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAGATINI, Julia. REIS, Jorge Renato dos. **O direito fundamental da solidariedade à luz da constitucionalização do direito privado**. Revista Jurídica Cesumar. Vol. 14. n 2. Disponível em: <https://blook.pt/publications/fulltext/39309b404202/> Acesso em: 08 dez. 2020.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. Brasília: Escola Nacional de Defesa do consumidor, 2008.

BONETI, Lindomar Wesller. **Políticas públicas por dentro**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. **Lei Federal número 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

ECONOMIA UOL. **Preço do álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar? 2020**. Disponível em: [<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controla-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus>] Acesso em: 08 mar. 2020.

G1. **Preço de máscaras de proteção e álcool em gel chegam a variar mais de 7.0000%, aponta levantamento. 2020**. Disponível em: [<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/31/precos-de-mascaras-de-protecao-e-alcool-em-gel-chegam-a-variacao-mais-de-7000percent-aponta-levantamento.ghtml>]. Acesso em: 08 dez. 2020.

GZH Especiais. **Evolução de casos do coronavírus no RS**. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/especiais/painel-coronavirus/index.html>>. Acesso em: 06 dez.2020.

LOUZADA, Vanessa Vilarino. **A tutela constitucional do consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 33/2014, p. 161-190, jan./jun. 2014.

LUÑO, Perez. **Teoría del derecho: una Concepción de la experiência jurídica**. Madrid: Tecnos, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Revista do Direito do Consumidor. **25 Anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização**. v.103, ano 25. p. 55-100. São Paulo: Ed. RT, jan.fev.2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: 5ª ed. RT, 2026.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia Souza. **O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de Covid-19**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 29. Vol. 129. mai-jun/2020.

NETO, MARIO Furlaneto; BEZEN, Gabriela Cristina. **O direito fundamental de proteção ao consumidor em tempos de globalização e o fenômeno do superendividamento.** Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 10, 2017, nº. 04, p. 2824-2843, 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Rogerio da; REIS, Jorge Renato dos. O desafio da aplicação do princípio da solidariedade na sociedade hiperconsumista que cultua o descartável. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 32, 2018, n. 3, p. 583 – 607, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>>. Acesso em: 20 out. 2020.

OS DESAFIOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR FACE AS PRÁTICAS ABUSIVAS DESENCADEADAS PELO COVID-19

Leticia Spagnollo¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

Cleide Calgato³

INTRODUÇÃO

O ano de 2020 restou marcado no mundo todo pela alarmante expansão de um novo vírus, cientificamente denominado COVID-19 e popularmente conhecido como coronavírus, que deu origem a uma pandemia global. O mundo se uniu para a combater o cenário catastrófico que se originou. A fim de minimizar o ciclo de transmissão os abraços e apertos de mãos passaram a ser armas, os seres humanos convocados a serem humanos e orientados a permanecerem cada um em suas casas.

A grave situação desencadeada afetou a saúde dos consumidores e, concomitantemente, o mercado consumerista. Como resultado imediato, a economia parou. O bem-estar da população mundial foi impactado diretamente, através do enfraquecimento da demanda por bens de consumo e de produção, aliado ao aumento de preços, principalmente de itens de higiene básica e limpeza.

¹ Universidade de Passo Fundo. Brasil. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo – Campus Casca. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Aluna extensionista do programa do Balcão do Consumidor de Casca. Membro do projeto de pesquisa da Faculdade de Direito denominado “Balcão do Consumidor: instrumento de transformação da realidade social”. Endereço eletrônico: leticiaspagnollo.s@gmail.com.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço Eletrônico: liton@upf.br.

³ Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara e no CEDEUAM UNISALENTO - Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali na Università del Salento-Itália. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgato1@hotmail.com.

Logo, diante deste cenário caótico, imprescindível se faz que os consumidores tenham seus direitos resguardados a fim de minimizar os prejuízos a estes causados no âmbito das relações de consumo, visto que são considerados, presumidamente, a parte mais vulnerável. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo compreender os desafios na proteção aos direitos dos consumidores face a realidade do mercado de consumo que se desencadeou perante surgimento e expansão da doença COVID-19 no território nacional. Para tanto, busca-se apresentar os principais dados e aspectos relacionados a doença até então revelados, visando compreender sua gravidade e necessidade de extrema precaução. Posteriormente, faz-se uma breve análise acerca dos direitos dos consumidores à luz do Código de Defesa do Consumidor aliados aos impactos ocasionados pela referida doença face o mercado e as relações de consumo. Por fim, analisam-se os desafios enfrentados pela legislação consumerista em busca da efetiva proteção aos consumidores, a fim de minimizar os prejuízos enfrentados pela parte mais vulnerável da relação de consumo.

1. COVID-19: SITUAÇÃO CATASTRÓFICA QUE DEU ORIGEM A PANDEMIA MUNDIAL

Foi, especificamente, em 31 de dezembro de 2019 que a Organização Mundial da Saúde⁴ da China noticiou o surgimento de uma pneumonia originada por causas desconhecidas na cidade de Wuhan, província de Hubei, na região central do referido país. Três dias após esta informação, um total de 44 (quarenta e quatro) casos desta pneumonia etiológica foram relatados pelo país, o qual ainda desconhecia seu agente causal. Em meados do mês de janeiro de 2020 a China compôs a sequência genética do vírus responsável pelas infecções e identificou que se tratava do SARS-Cov-2, variante do coronavírus, o qual dá origem a doença nomeada COVID-19, conhecida popularmente por Coronavírus⁵.

Em 11 de março de 2020 a OMS caracterizou o vírus COVID-19 como uma pandemia⁶. Logo, em meados do mês de março de 2020, o diretor-geral da OMS Tedros Ghebreyesus relatou em nota que o número de casos de COVID-19 fora da China aumentou 13 (treze) vezes, ao mesmo passo que a quantidade de países infectados triplicou, totalizando assim mais de 118 (cento e dezoito) mil pacientes com infecção confirmada em 114 (cento e quatorze) nações, destas, 4.291

⁴ OMS. **Novel Coronavirus** (2019-nCoV) SITUATION REPORT - 1 21 JANUARY 2020. World Health Organization. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situationreports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em: 04 maio 2020.

⁵ OMS. **Novel Coronavirus** (2019-nCoV) SITUATION REPORT - 1 21 JANUARY 2020. World Health Organization. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situationreports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em: 04 maio 2020.

⁶ OPAS. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 04 maio 2020

mortas⁷. Só no Brasil, em 30 de março do mesmo ano o Ministério da Saúde divulgou o total de 4.579 (quatro mil quinhentos e setenta e nove) casos confirmados de coronavírus no Brasil, sendo que destes, 159 (cento e cinquenta e nove) registraram óbito^{8,9}.

O mês de abril teve início e junto a ele a proliferação assustadora do vírus pelo mundo permaneceu. Embora muitos sejam os estudos desenvolvidos com esse propósito, até o presente momento não existe vacina disponível para o combate do vírus 2019-nCoV. Como forma de prevenção ao contágio, foram reforçadas ações rotineiras como: lavar às mãos com água e sabão frequentemente, usar assiduamente de álcool em gel, cobrir a boca e o nariz com o antebraço ou utilizar lenço descartável e logo em seguida colocá-lo no lixo, evitar contato físico com pessoas que apresentem sintomas de gripe, limpar e desinfetar superfícies das quais muitas pessoas tocam com frequência, bem como evitar o compartilhamento de objetos de uso pessoal e ambientes.¹⁰

Também foi necessária a imposição de medidas drásticas¹¹ de precaução, as quais consistem na proibição de circulação e aglomeração de pessoas, a partir do fechamento de locais públicos e privados, somado a determinação de quarentena ou isolamento de pessoas, visto que a principal forma de transmissão da doença é através do contato pessoal entre pessoas infectadas.¹²

⁷ OMS. **Novel Coronavirus** (2019-nCoV) SITUATION REPORT - 1 21 JANUARY 2020. World Health Organization. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situationreports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em: 04 maio 2020.

⁸ “Os milhares de mortes ocasionadas pela Covid-19 estão patentes em todo o mundo e, por isso, não se pode duvidar da verdade notória, clara, constatável e informada minuto a minuto em todo o globo, bem como faltar com o dever de precaução necessário em momentos tais dadas as incertezas científicas que ainda permeiam a pandemia em causa. Hoje – abril de 2020 – o mundo não sabe como a pandemia se comportará nos próximos dias e meses, mas já se tem o exemplo de vários países que se arrependem de não tomar medidas em tempo oportuno.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Responsabilidade internacional dos estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da covid-19** provinda da república popular da china. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 23/2020. Abr/Jun 2020, p. 12.

⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil registra 4.579 casos confirmados de coronavírus e 159 mortes**. 30 mar 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46622-brasil-registra-4-579-casosconfirmados-de-coronavirus-e-159-mortes>. Acesso em: 04 maio 2020.

¹⁰ OBSERVIUM. **Observatório de vigilância e uso de medicamentos** FF/UFRJ. Disponível em: <https://observiumufrj.wixsite.com/observium/single-post/2020/01/31/Novo-coronav%C3%ADrus2019-nCoV-emerg%C3%Aancia-global>. Acesso em: 04/05/2020.

¹¹ “Destaque-se que todas as recomendações de higiene (p. ex.: limpeza das mãos com sabão ou álcool em gel 70%) e distanciamento de pessoas (p. ex.: período de isolamento e quarentena em casa) são importantes para evitar maiores contágios da pandemia em curso, sem o que, o número de infecções crescerá em progressão geométrica, como têm experimentado países como a Itália, Espanha, os Estados Unidos e a própria China” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Responsabilidade internacional dos estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da covid-19** provinda da república popular da china. p. 11-12.

¹² GREGORI, Maria Stella. **O direito do consumidor e o coronavírus no Brasil**. Revista dos Tribunais. Vol. 1016/2020. Jun/2020. DTR\2020\4001, p. 02.

Diante de todo esse cenário, o Brasil, por sua vez, declarou emergência nacional¹³ ainda no início do mês de fevereiro do corrente ano, e, posteriormente, calamidade pública¹⁴, além de editar normas visando o enfrentamento de emergências de saúde pública¹⁵.¹⁶

A pandemia do COVID-19 mostrou a ineficiência dos Estados, principalmente do Brasil, sendo que inúmeras pessoas morreram e irão morrer pela falta de gestão e de infraestrutura de saúde, social e educacional. A saúde sofre um impacto forte, pois o Sistema Único de Saúde – SUS não conseguirá suportar as demandas provenientes do COVID-19, além disso o consumo é outro fator que sofrerá choques com o que está ocorrendo. No momento seguinte se discute o direito a saúde no mercado de consumo frente a atual pandemia que se estabeleceu nas relações.

2. A SAÚDE E O MERCADO DE CONSUMO FRENTE A PANDEMIA DO COVID-19

O direito a saúde é um direito social inserido na Constituição Federal de 1988¹⁷ que nasce após um período de democratização do Direito e é posterior a longos anos de ditadura militar, uma história de usurpação e denegação de direitos fundamentais ao cidadão. Deste modo, a CF/88 apresenta atributos que justificam este intuito de proteção e garantias de direitos, apresentando-se como uma constituição dirigente e econômica. Portanto afirma-se que constituição dirigente é aquela que indica programas, fins e ações governamentais a serem seguidos pelos governos, objetivando uma mudança social e concretização de direitos. É um plano, uma meta tanto do Estado como da sociedade a sua realização, nas conformidades do que ela dispõe. No entanto, a Constituição é dirigente, por ser uma Constituição econômica, que é voltada a implementação de uma nova ordem econômica e social devendo contemplar um sistema econômico que anime e, conseqüentemente, um regime econômico que a

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 188/20. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)**. Disponível em: [¹⁴ BRASIL. **Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm\). Acesso em: 04 dez. 2020.](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388#:~:text=Declara%20Emerg%C3%Aancia%20em%20Sa%C3%BAde%20P%C3%ABlica,Coronav%C3%ADrus%20(2019%2DnCoV).&text=Considerando%20que%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20demanda,Art. Acesso Em: 04 dez. 2020.</p></div><div data-bbox=)

¹⁵ BRASIL. **Lei 13.979, 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹⁶ GREGORI, Maria Stella. **O direito do consumidor e o coronavírus no Brasil**. Revista dos Tribunais. Vol. 1016/2020. Jun/2020. DTR\2020\4001, p. 02.

¹⁷ A constituição de um aparato estatal na área da saúde iniciou-se efetivamente nos anos de 1920, ganhando caráter nacional e acelerando na década seguinte, ao mesmo tempo que se diferenciaram dois setores: a saúde pública e a medicina previdenciária. A década de 1930 representou um momento decisivo tanto pelo estabelecimento da proteção social, com base de um conceito de cidadania regulado pelo mundo das profissões, quanto pela reforma no âmbito das ações de saúde. A reforma administrativa no Ministério da Educação e Saúde, em 1941, implicou a verticalização, centralização e ampliação da base territorial de efetiva ação do governo federal, cuja característica anterior era o excessivo peso no Distrito Federal.

instrumentalize¹⁸. Portanto Miranda avulta que:

Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização constitucional esteja orientada para a sua garantia e sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular, em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro¹⁹.

Deste modo, o direito a saúde está inserido no art. 6º²⁰ da CF/88 sendo um direito fundamental social, complementado pelo art. 196, nos diz que ele será “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Desta maneira, a saúde vem a ser um direito fundamental constitucionalmente convencionado como um direito público subjetivo²¹ que estaria sob a responsabilidade dos Poderes Públicos, os quais necessitam desenvolver políticas públicas e sociais a fim de garantir aos cidadãos o pleno acesso a esse preceito. Canotilho denota que:

Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdades, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos²².

¹⁸ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A constituição dirigente e o direito regulatório do estado social: o direito sanitário. In: BRASIL. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 22-25. v. I.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. v. IV, p. 77.

²⁰ Com a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²¹ Os direitos subjetivos situados ao nível da legislação são categorias jurídicas instituídas pelo legislador e por estes endereçadas, por um lado às pessoas que possam nas relações jurídicas as quais incidirá um direito legal, e, por outro, aos juízes que devam decidir casos judiciais nos quais estejam em jogo esses direitos subjetivos legais. MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 285.

Com isso, observar-se que a norma de direito fundamental, tem uma dimensão objetiva²³ (a saúde como direito do cidadão e objeto de proteção do Estado), devendo sempre a saúde estar protegida de qualquer ação ou omissão por parte do poder público.

Diante disso, os direitos sociais prestacionais exigem do poder público o sustento material para atender as demandas geradas por eles. Com isso, o Estado acaba encontrando alguns obstáculos reais à efetivação, o que é um argumento utilizado contra a eficácia dos direitos, que são prestações positivas do Estado frente a seu caráter programático²⁴. Existe a alegação de que suas normas, somente podem ser exigíveis a partir do momento em que os poderes instituírem programas e regulamentações, sendo que é somente depois da concretização legislativa que as normas se tornam diretamente aplicáveis pelo poder judiciário. Para de encontro a essa fundamentação Sarlet afirma que:

Independentemente- ainda- da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestação com base em normas de cunho iminentemente *programático*, (para nos mantermos fiéis a terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que *todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da constituição e independentemente de intermediação legislativa*. Em verdade, [...] todas as normas de direitos fundamentais são diretas (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia²⁵.

Continua o autor afirmando que o princípio, tratando-se de eficácia dos Direitos Fundamentais há que se ter em mente sempre a necessidade de potencializarmos sob o prisma da norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, inclusive com o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, o que de regra, pressupõem a análise do caso concreto. Contudo, em se tratando do direito à saúde, os argumentos pesam no sentido que, para além da sua positivação no art. 6º da Constituição, encontra-se também, no disposto do art. 196, integrando também o título da ordem social. E salienta o fato das normas de direitos sociais

²³ Acerca da dimensão objetiva, para maiores esclarecimentos v. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.155 (...)a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma pelo seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também, que de certa forma contribui para limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo destes.

²⁴ Quando se fala em norma programática se refere aqueles conteúdos constitucionais que são disposições indicativas de tarefas a serem realizadas, ou seja, fins a serem atingidos pelos Poderes Públicos face as prerrogativas constitucionais. Segundo alguns doutrinadores seriam normas com certa vagueza de conteúdo, com baixa efetividade jurídica e social. O respeitável doutrinador português J.J. Canotilho em uma das suas mais conhecidas obras, declarou “a morte das normas programáticas”, no sentido que não seria motivo para o não cumprimento de seus dispositivos.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 289.

estarem diretamente vinculados a direitos como a vida e a dignidade da pessoa humana, sendo por isso que qualquer argumento contra a sua aplicabilidade imediata, torna-se precário e infundado²⁶. De tal modo, a OMS entende que:

Partindo do conceito de saúde aceito pela própria OMS, que chamei de conceito oficial, não é difícil demonstrar o quanto nossa Constituição Federal buscou preservar esse importante interesse, que é de cada um dos indivíduos, e indivisivelmente, de todos. A partir da peculiar forma de tutela constitucional da saúde, conforme destaco logo abaixo, obviamente o legislador infraconstitucional seguiria pelo único caminho possível, o de dar complemento a essa tutela – reforçando- na maioria das vezes – aspectos que tratam das formas de preservar a saúde pública de atividades que venham a afrontá-la²⁷.

Com isso, surge um paradigma na forma de normatização do Direito à saúde na CF/1988, que apresenta a estrita vinculação com a dignidade da pessoa humana e sua concretização na existência em coletividade, isso quer dizer, busca-se a proteção da qualidade de vida do sujeito de direitos, bem como do ambiente em que o mesmo está inserido. Para Weichert:

Assim, aconteceu com diversos direitos fundamentais, esse conteúdo de saúde acaba por demonstrar parcial e insuficiente para satisfazer as necessidades da pessoa humana e a construção de uma sociedade com reduzida desigualdade social (objetivos do Estado social). O individualismo do enfoque não atende os anseios de promoção da saúde e, nem mesmo de garantia de permanência sadia. Ambos dependem de forma marcante da qualidade de vida comunidade. Com efeito, ainda que premiado a visão individual, o cidadão não poderá continuar saudável sem o meio em que vive – e as pessoas que o rodeiam – também estejam ou possuam condições de salubridade, especialmente diante de contágio e da contaminação pelos agentes diretamente provocadores de doença. [...] Logo, a saúde deve ser examinada – e tutelada – no contexto do ambiente circundante – O mundo exterior e as influências sobre a vida humana adquirem relevância, especialmente dos trabalhadores. A preocupação é antes de tudo com a prevenção dos males, mediante a garantia de condições de vida digna a população, sob uma visão social e coletiva²⁸.

O direito à saúde, é discutido por vários segmentos, especialmente no tocante a eficácia do argumento jurídico com relação aos direitos sociais e suas dificuldades de aplicabilidade que

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 307-309.

²⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Saúde pública e improbidade administrativa. In: BRASIL. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 130. v. 1.

²⁸ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 120.

podem ser internalizadas na avaliação da saúde enquanto bem econômico. Deste modo, o cuidado que se deve possuir é a não mercantilização da saúde no Brasil. A mesma deve ser implementada como direito e não como um objeto da relação de consumo. Poucos lucram quando a saúde é tratada como bem de consumo, por isso deve haver o cuidado com essa questão, o que será demonstrando na seção abaixo. Deste modo, a seguir se analisa as questões atinentes ao mercado de consumo e os efeitos que ele tem com a pandemia.

3. OS IMPACTOS DA PANDEMIA FACE O MERCADO DE CONSUMO

Toda essa situação desencadeada pelo vírus 2019-nCoV não afetou apenas a saúde das pessoas, como também a saúde dos mercados, uma vez que impactou diretamente no cenário econômico nacional.

As medidas restritivas de isolamento aliadas ao fato de permanecerem em funcionamento apenas os serviços considerados essenciais (farmácias e supermercados) geraram impactos instantâneos no mercado de consumo, fazendo com que a população, automaticamente, passasse a comprar e consumir mais produtos do gênero alimentício e de higiene e limpeza.

O aumento da demanda, por sua vez, incidiu fortemente sobre a elevação dos preços principalmente dos itens de higiene e limpeza mais procurados, como é o caso das máscaras – descartáveis ou não – e do álcool em gel. Isso porque, diante da alarmante situação vivenciada, as pessoas nem se detinham mais em avaliar os preços, muito menos o tamanho dos produtos adquiridos, dando, assim, azo a muitos fornecedores aproveitarem-se da situação para ganhar dinheiro²⁹.

A fim de cumprir com seu papel, o Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (IDEC) recomendou aos consumidores cautela e consciência no momento da efetivação de suas compras, frisando que a cadeia de abastecimento dos serviços essenciais funcionará normalmente. Alertou quanto ao desperdício face as compras em excesso, bem como a possibilidade de falta de determinados produtos para a população mais vulnerável.³⁰

Todavia, mesmo assim a cadeia de circulação de venda e procura desses dois itens aumentou de forma exorbitante em todo o território nacional. Mucelin e d’Aquino, fazem uma

²⁹ ZANIN, Camila Andrade. Correio do Estado. **Procura por máscaras, álcool e vitamina deixa farmácias sem estoques**. 2020. Disponível em: www.correiodoestado.com.br/cidades/procura-por-mascarasalcohol-e-vitamina-deixa-farmacias-sem-estoques/368859. Acesso em: 15 mar. 2020

³⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Vai ao mercado?** Veja o que e quanto comprar em tempos de pandemia. Disponível em: <https://idec.org.br/dicas-e-direitos/vai-ao-mercado-veja-o-que-e-quanto-comprar-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 04 maio 2020.

simples comparação face os valores de produtos disponíveis na internet e os do comércio físico, identificando que:

[...]o preço de uma máscara modelo N95 apresentou variação para maior, do dia 11 de março até o dia 13 do mesmo mês, equivalente a R\$ 20,00 (vinte reais), o mesmo acontecendo com as máscaras cirúrgicas. A depender da marca e do tipo de produto, a elevação do preço chega, no mesmo dia e para o mesmo produto, de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais) para R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais) – o que representa um aumento médio de 258% no dia 13 de março de 2020; já no dia 15, o mesmo produto encontra-se pelo valor de R\$ 599,90 (quinhentos e noventa e nove reais e noventa centavos)¹⁴. Em alguns lugares, o preço das máscaras aumentou em 2.700%. O álcool em gel, por sua vez, a depender das especificações do produto, representa significativas altas nos preços, como um kit de 12 frascos cujo preço era aproximadamente R\$ 90,00 (noventa reais) e passou a custar R\$ 130,00 (cento e trinta reais) e outro, de outra marca, de R\$ 6,90 (seis reais e noventa centavos) para R\$ 99,00 (noventa e nove reais), representando um incrível acréscimo de 1.434% no valor do bem. O mesmo aconteceu na Europa, onde o frasco do produto chegou a custar € 25 (vinte e cinco euros), equivalendo a um aumento no preço de 700% [...].

Na cidade de Caxias do Sul, por exemplo, após a confirmação do primeiro caso de coronavírus, alguns comércios aplicaram acréscimo sobre a venda dos frascos de álcool em gel em quase 50% (cinquenta por cento). As máscaras descartáveis, por sua vez, considerando que envolvem menor valor unitário, obtiveram aumento de quase 2000% (dois mil por cento) em farmácias e outros pontos de venda. Em entrevista à rádio local, ainda foi informado que a máscara que anteriormente podia ser encontrada pelo valor de R\$ 3,00 (três reais), passou a ser comercializada por R\$ 60,00 (sessenta reais) e que no período correspondente há três semanas, foram vendidas mais de 10000 (dez mil) destes itens³¹.

Tal fato elucidada, com clareza, a tese de que o mercado de consumo³² ganha vida em razão de uma interdependência necessária, ou seja, o consumidor só existe porque o mercado existe, do mesmo modo que o mercado só existe se houver consumidores. Logo, denota-se que mesmo com valores absurdos, os referidos produtos acabam sendo assim comercializados pelo fato de existirem consumidores que pagam por esse preço sem sequer questionar seu aumento³³.

³¹ RÁDIO CAXIAS. **Coronavírus faz preço de caixa de máscaras descartáveis passar de R\$ 3 para R\$ 60 em Caxias do Sul**. Disponível em: <https://radiocaxias.com.br/portal/noticias/coronavirus-faz-preco-de-caixa-de-mascaras-descartaveis-passar-de-r-3-para-r-60-em-caxias-do-sul-112659>. Acesso em: 05 maio 2020.

³² “Consumir é uma necessidade existencial, ninguém vive sem consumir. Logo, resguardar a integridade de cada pessoa é fazê-lo também na sua tutela como consumidora. Eis uma dimensão ética da disciplina. Porém, consumir é um ato eminentemente econômico. Consumir é tomar para si e exaurir as potencialidades e o valor da coisa pelo uso”. MIRAGEM, Bruno. **Como o Direito do Consumidor contribui para o aperfeiçoamento do mercado**. Garantias do consumo. 28 fev 2018, p. 121-122. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-fev28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado\).8/garantias-consumodireito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado](https://www.conjur.com.br/2018-fev28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado).8/garantias-consumodireito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado). Acesso em: 05 maio 2020.

³³ MIRAGEM, Bruno. **Como o Direito do Consumidor contribui para o aperfeiçoamento do mercado**. Garantias do consumo. 28 fev 2018, p. 121-122. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-fev28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado\).8/garantias-consumodireito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado](https://www.conjur.com.br/2018-fev28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado).8/garantias-consumodireito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado). Acesso em: 05 maio 2020.

A realidade apresentada demonstra a prática abusiva por parte de alguns fornecedores e comerciantes, os quais aproveitam-se do momento de crise, pânico e consternação, a fim de obter vantagens lucrativas abusivas face a escassez de oferta, com o aumento injustificado das mercadorias³⁴. Logo, o consumidor, assume com maior proporção, seu papel de vulnerabilidade³⁵ diante da relação de consumo.

A vulnerabilidade é reconhecida pelo legislador e está inserida no CDC³⁶ em seu artigo 4, I, sendo que proporciona aos consumidores os meios capazes de efetivar seus direitos, além de mecanismos de defesa contra os fornecedores e prestadores de serviços no mercado que cometam abuso na relação de consumo³⁷. Essa vulnerabilidade pode ser caracterizada como: uma vulnerabilidade técnica, a qual existe um desconhecimento técnico por parte do consumidor na relação de consumo; a vulnerabilidade jurídica, que é a ausência de conhecimento jurídicos permite ao consumidor compreender as questões das relações que o mesmo estabelece no mercado e que podem ser abusivas; a vulnerabilidade fática, também conhecida como socioeconômica, que se estabelece na relação de superioridade, de poder econômico que o fornecedor possui no mercado de consumo em relação ao consumidor; vulnerabilidade informacional, a qual demonstra a ausência ou mesmo a insuficiência informacional do consumidor. Essa vulnerabilidade está atrelada ao direito de informação, que deve ser prestado ao consumidor e que é uma garantia estabelecida no CDC. Isso denota que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo e que precisa da proteção jurídica no mercado de consumo, como demonstra-se abaixo.

³⁴ “O Procon-SP verificou um aumento de 726% nas denúncias de consumidores durante a pandemia do novo coronavírus no estado. A maioria das queixas está relacionado ao avanço da Covid-19. Em 19 de março — quando os relatos começaram a ser recebidos — o número de denúncias era de 394. Na última quarta-feira (9/4) o órgão somava 3.254 reclamações. Das 3.254 denúncias em geral recebidas até 9/4, a maior parte — 1.889, ou 58% do total — refere-se a preços abusivos de álcool em gel e outros itens”. CONJUR. **Procon de SP recebe volume 726% maior de denúncias durante pandemia**. Práticas abusivas. Revista Consultor Jurídico. 13 abr 2020.

³⁵ Filomeno explica que “diante do fornecedor, aquele que oferece produtos e serviços no mercado, ele é considerado a personagem menos informada, ao contrário do fornecedor, que detém todas as informações a respeito de seu produto ou do serviço que presta. Além disso, tem pouco ou quase nenhum poder diante de um conflito que possa surgir entre eles. Por outro lado, é obrigado, em última análise, a submeter-se às práticas de mercado [...]. FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3. São Paulo Atlas 1 recurso online ISBN 9788522490653, 2014, p. 03.

³⁶ Efig denota que: “A edição do Código de Defesa do Consumidor pode ser considerada como divisor de águas para a sociedade brasileira em geral, entre os problemas decorrentes da evolução industrial irrefreada e conseqüente massificação do consumo, e a possibilidade de solução dos mesmos”. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 1. ed. Curitiba: Júrua, 2003, p. 25).

³⁷ Almeida afirma que: “As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços no atendimento de suas necessidades de consumo”. ALMEIDA, João Batista. **Manual de Direito do Consumidor**. p.17).

4. OS DESAFIOS NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Diante do contexto mundial vivenciado atualmente faz-se de extrema necessidade de que os direitos dos consumidores se mantenham resguardados, principalmente por serem considerados a parte mais vulnerável no âmbito das relações de consumo. Por assim ser, sua proteção deve manter-se real e efetiva mesmo em tempos de pandemia, momento em que toda economia mundial foi afetada.

Contudo, por ser presumidamente a parte mais fraca (técnica, jurídica e economicamente)³⁸ da relação de consumo e necessitar um tratamento de proteção diferenciado, a Constituição Federal instituiu a defesa do consumidor como um direito fundamental, elencando-a no seu artigo 5º, inciso XXXII³⁹. Tal perspectiva consolidou-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que se constitui em um microsistema jurídico criado com o intuito de regulamentar as relações de consumo.

Além disso, a codificação consumerista estabelece normas de ordem pública e interesse social que visam proteger e assegurar os direitos dos consumidores, reconhecendo sua vulnerabilidade, a boa-fé e a harmonia nas relações de consumo (art. 4º, I e III. do CDC)⁴⁰.

Em seu artigo 39, a codificação consumerista elenca um rol de cláusulas consideradas abusivas⁴¹, considerando em seu inciso X o aumento dos preços de produtos e/ou serviços sem justa causa. Logo, denota-se que o aumento abusivo e injustificado nos preços dos produtos de

³⁸ José Brito Filomeno divide a vulnerabilidade do consumidor em três tipos: “(1) técnica: decorrente da dificuldade na interpretação, da parte do consumidor, dos termos específicos da atividade financeira e creditícia, e que refletem diretamente sobre os critérios para a fixação de encargos, assinatura de documentos e outras obrigações; (2) jurídica: consistente na dificuldade de acesso aos meios para a solução de conflitos nascidos das relações de consumo; o que se observa é que existe um desestímulo em decorrência da insuficiência de órgãos jurisdicionais para a solução de conflitos de pequeno valor; (3) socioeconômica: decorrente das próprias condições do consumidor, sobretudo quando se defronta com infaustos da vida, tais como doença grave ou morte em família, desemprego, diminuição de renda, aposentadoria irrisória etc. [...]”. FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. p. 187).

³⁹ Artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal: “[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor [...]”. BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

⁴⁰ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores [...]”. BRASIL, **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

⁴¹ O Juiz de Direito, José Eduardo da Costa define como práticas abusivas todas as atividades efetuadas pelos fornecedores face os consumidores, que divergem o permitido pelo no âmbito das relações de consumo. Afirma também que “as práticas abusivas violam o equilíbrio e boa-fé objetiva que devem prevalecer nas relações de consumo”. COSTA, José Eduardo da. **O artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor**: “não estamos mais no Kansas”. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cdc7.pdf?d=63668053376340669> 6. Acesso em: 04/05/2020. 2013, p. 170-176).

higiene e limpeza em época de pandemia, embora de imediato gerem lucros exorbitantes aos fornecedores, acarreta num prejuízo imensurável a coletividade de pessoas, fator que caracteriza a prática como abusiva.⁴²

Os consumidores brasileiros ainda contam com a Lei nº 12.529/11, popularmente conhecida como Lei do Antitruste⁴³, a qual tem por objetivo principal a defesa da concorrência, prezando pela prática justa de mercado e pela tutela dos direitos de consumo. A referida legislação ainda fiscaliza as práticas de formação de cartéis, visando minimizar a grande concentração de poder econômico. Todo esse procedimento, por sua vez, é realizado através do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), “o qual tem competência para fiscalizar e julgar tais práticas anticompetitivas”.⁴⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões aqui expostas representam os desafios a serem enfrentados a fim de tutelar a coletividade de consumidores, os quais se encontram em especial vulnerabilidade em razão da pandemia.

Deve-se tomar cuidado para não comercializar a saúde, a qual é um direito social de todos e, como é uma norma programática precisa de políticas públicas do Estado, o qual tem o dever prestacional. Ao mercantilizar a saúde, vendo produtos acima do preço estabelecido, acaba-se limitando o acesso das pessoas, o que vem a ferir a dignidade humana e o respeito com o cidadão brasileiro. É preciso refletir se o consumo é mais valioso que a saúde em tempos de pandemia.

Atualmente o Brasil conta com Código de Defesa do Consumidor (CDC), que se constitui de um microsistema jurídico composto de normas que garantem a proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social. Além disso, os brasileiros podem contar com o CADE, o qual tem competência de fiscalizar e julgar práticas anticompetitivas. Entretanto, não apenas soluções jurídicas se fazem necessárias no atual momento. A existência de muita empatia e bom-senso entre todos revelam-se como mecanismos de extrema importância, tendo em vista que diariamente o número de infectados aumenta e não se vislumbram perspectivas de que a

⁴²BRASIL. **Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.**

⁴³ “Pode-se citar como exemplo de conduta antitruste a adoção uniforme de preços, produção, comercialização e frequência de bens e serviços; divisão de mercados; limitação do acesso de novas empresas ao mercado; criação de dificuldade ao desenvolvimento de concorrente; combinação de preços; política comercial discriminatória, recusa de venda, dentre outras”. CARVALHO, Érick Leonardo Freire. **A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade.** RDC, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, p. 76.

⁴⁴ DIAS, Laudénir Santos; GOMES, Jire Silva; MARASSATI, Daniel Carlos, MEDEIROS, Erick Felipe. **Lei Antitruste: aspectos positivos e negativos da Lei 12.529/11. Quais os benefícios e malefícios da Lei de Defesa da Concorrência?** Jan 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63831/lei-antitrusteaspectos-positivos-e-negativos-da-lei-12-529-11>. Acesso em: 05 maio 2020.

situação se retroceda em breve.

A situação vivenciada demonstra com clareza que, mesmo estando em lados opostos – quando trata-se de relações de consumo – tanto consumidor quanto fornecedor estão expostos e vulneráveis ao vírus, devendo ambos protegerem-se igualmente, a fim de evitar que o número de contaminações se eleve. Resta a prova que o desafio vivenciado hoje pela humanidade não vai, nem será solucionado de forma individual.

Por fim, frisa-se que antes, após e principalmente durante a pandemia, todos somos humanos e consumidores, expostos e vulneráveis ao vírus e às práticas abusivas, sem distinções econômicas ou sociais. Neste momento, portanto, acima das soluções jurídicas apresentadas, faz-se necessário e imprescindível que as pessoas se deem conta de que agir juntos, com um propósito coletivo e fraterno é a melhor saída para o enfrentamento da doença. Isso porque, a infecção é altamente contagiosa, não escolhe classe/condição social e desconhece limites e fronteiras.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, João Batista. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 188/20. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)**. Disponível em: [https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388#:~:text=Declara%20Emerg%C3%Aancia%20em%20Sa%C3%BAde%20P%C3%ABlica,Coronav%C3%ADrus%20\(2019%2DnCoV\).&text=Considerando%20que%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20demanda,Art](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388#:~:text=Declara%20Emerg%C3%Aancia%20em%20Sa%C3%BAde%20P%C3%ABlica,Coronav%C3%ADrus%20(2019%2DnCoV).&text=Considerando%20que%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20demanda,Art). Acesso Em: 04 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de

18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. **Lei 13.979, 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almeida, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, Érick Leonardo Freire. **A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade**. RDC, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, pp. 74-91.

CONJUR. **Procon de SP recebe volume 726% maior de denúncias durante pandemia**. Práticas abusivas. Revista Consultor Jurídico. 13 abr 2020.

Coronavírus e o aumento abusivo de preços de produtos e serviços ao consumidor. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/03/20/coronavirus-e-o-aumento-abusivo-de-precosde-produtos-e-servicos-ao-consumidor>. Acesso em: 05 maio 2020.

COSTA, José Eduardo da. **O artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor: “não estamos mais no Kansas”**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cdc7.pdf?d=636680533763406696>. Acesso em: 05 maio 2020.

DIAS, Laudénir Santos; GOMES, Jire Silva; MARASSATI, Daniel Carlos, MEDEIROS, Erick Felipe. **Lei Antitruste: aspectos positivos e negativos da Lei 12.529/11**. Quais os benefícios e malefícios da Lei de Defesa da Concorrência? Jan 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63831/lei-antitrusteaspectos-positivos-e-negativos-da-lei-12-529-11>. Acesso em 05 maio 2020.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. 1. ed. Curitiba: Júrua, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3. São Paulo Atlas 1 recurso online ISBN 9788522490653.

GREGORI, Maria Stella. **O direito do consumidor e o coronavírus no Brasil**. Revista dos Tribunais.

Vol. 1016/2020. Jun/2020. DTR\2020\4001.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Vai ao mercado?** Veja o que e quanto comprar em tempos de pandemia. Disponível em: <https://idec.org.br/dicas-e-direitos/vai-ao-mercado-veja-oque-e-quanto-comprar-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 05 maio 2020.

MAZZUOLI, Valerio De Oliveira. **Responsabilidade internacional dos estados por epidemias e pandemias transnacionais:** o caso da covid-19 provinda da república popular da china. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 23/2020. Abr/Jun 2020 DTR\2020\7115.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil registra 4.579 casos confirmados de coronavírus e 159 mortes.** 30 mar 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46622-brasil-registra-4-579-casosconfirmados-de-coronavirus-e-159-mortes>. Acesso em: 05 maio 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Como o Direito do Consumidor contribui para o aperfeiçoamento do mercado.** Garantias do consumo. 28 fev 2018. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-fev28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado\).8/garantias-consumodireito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado](https://www.conjur.com.br/2018-fev28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado).8/garantias-consumodireito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado)). Acesso em: 05 maio 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. v. IV.

OBSERVIUM. **Observatório de vigilância e uso de medicamentos** FF/UFRJ. Disponível em: <https://observiumufrj.wixsite.com/observium/single-post/2020/01/31/Novo-coronav%C3%ADrus2019-nCoV-emerg%C3%AAncia-global>. Acesso em: 05 maio 2020.

OMS. **Novel Coronavirus (2019-nCoV) SITUATION REPORT - 1 21 JANUARY 2020.** World Health Organization. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situationreports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em: 05 maio 2020.

OPAS. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 05 maio 2020.

RÁDIO CAXIAS. **Coronavírus faz preço de caixa de máscaras descartáveis passar de R\$ 3 para R\$ 60 em Caxias do Sul.** Disponível em: <https://radiocaxias.com.br/portal/noticias/coronavirus-faz-precode-caixa-de-mascaras-descartaveis-passar-de-r-3-para-r-60-em-caxias-do-sul-112659>. Acesso

em: 05 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **A constituição dirigente e o direito regulatório do estado social: o direito sanitário**. In: BRASIL. Direito sanitário e saúde pública. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 21-37. v. I.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Saúde pública e improbidade administrativa**. In: BRASIL. Direito sanitário e saúde pública. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 125-142. v. 1.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ZANIN, Camila Andrade. Correio do Estado. **Procura por máscaras, álcool e vitamina deixa farmácias sem estoques**. 2020. Disponível em: [www.correiodoestado.com.br/cidades/procura-por-mascarasalcool-e-vitamina-deixa-farmacias-sem-estoques/368859]. Acesso em: 05 maio 2020.

REGISTRO DE APOIO E FOMENTO

Este livro recebeu apoio financeiro advindo da FAPERGS, edital nº 02/2017 – PQG, sob a outorga nº 17/2551-0001178-3, a qual agradeço a concessão. É advindo, também, da articulação acadêmica de grupos de pesquisa de diversas Universidades brasileiras e estrangeiras, tendo como objetivo principal a difusão de conhecimento científico entre os programas de Pós-graduação do Brasil devido às problemáticas advindas da pandemia da COVID-19, possui ainda fomento decorrente da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX.

