

PERCEPÇÕES JURÍDICAS

DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

Álerton Emanuel Poletto
Luciane Borges
Ana Julia Oliveira Alcantara
Vitor Luís Botton
(Organizadores)

Álerton Emanuel Poletto
Luciane Borges
Ana Julia Oliveira Alcantara
Vitor Luís Botton
(Organizadores)

PERCEPÇÕES JURÍDICAS
DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2022

Copyright © Editora Metrics

Imagem da capa: Freepik

Revisão: Fábio César Junges

CATALOGAÇÃO NA FONTE

P428 Percepções jurídicas [recurso eletrônico] : direito, democracia e tecnologia / organizadores: Álerton Emanuel Poletto ... [et al.] - Santo Ângelo : Metrics, 2022.
200 p.

ISBN 978-65-5397-016-8

DOI 10.46550/978-65-5397-016-8

1. Direito. 2. Tecnologia. 3. Democracia. I. Poletto, Álerton Emanuel (org.).

CDU: 34:004

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720

2022

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora
Metrics

Todos os direitos desta edição reservados pela Editora Metrics

Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

Dr. Charley Teixeira Chaves	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dra. Cleusa Inês Ziesmann	UFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordellin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dr. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	IMED, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Vanessa Rocha Ferreira	CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva	ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
--------------------	----

Capítulo 1

A REMOÇÃO DE CONTEÚDO EM MASSA POR PLATAFORMAS PRIVADAS DE REDES SOCIAIS.....	13
--	----

Álerton Poletto

Capítulo 2

O DESENVOLVIMENTO DA BIOTECNOLOGIA E A PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS	37
---	----

Ana Julia Oliveira Alcantara

Salete Oro Boff

Capítulo 3

ANÁLISE DA PERSPECTIVA “PRÓ-PESQUISA” DA ADIN 3510 NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	53
--	----

Ana Julia Oliveira Alcantara

Capítulo 4

OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA: O PAPEL ESSENCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL.....	69
---	----

Carina Lopes de Souza

Thábata Santa Catarina de Souza

Wellinton Silva Gnoatto

Capítulo 5

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS COMPRAS PÚBLICAS E A CONDUTA DO GESTOR FACE A LEI Federal nº 13.979/2020	83
--	----

Luciane Borges

Capítulo 6

O DIREITO DE MORAR FRENTE ÀS REMOÇÕES E DESPEJOS FORÇADOS	101
---	-----

Suelen Silva de Oliveira

Aline Trindade

Jarbas Paula de Souza Junior

Capítulo 7

A RESCISÃO POR JUSTA CAUSA PELA RECUSA DE IMUNIZAÇÃO CONTRA O COVID-19, ATRAVÉS DA VACINA, E A TEORIA DO SOPESAMENTO DE ROBERT ALEXY.....	117
---	-----

Vanessa Cescon

Capítulo 8

UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA DEMOCRACIA: DAS ELEIÇÕES À VIGILÂNCIA DE GOVERNO.....	147
---	-----

Vitor Luís Botton

Capítulo 9

O DIREITO A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS E A MOROSIDADE ESTATAL NO CUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL	173
---	-----

Aline Trindade

Jarbas Paula de Souza Junior

Suelen Silva de Oliveira

Capítulo 10

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, CIDADANIA E NOVAS TECNOLOGIAS: O QUE ESPERAR DO INESPERADO	187
--	-----

Wellinton Silva Gnoatto

Luis Paulo Bressan Pasinato

APRESENTAÇÃO

As implicações jurídicas que decorrem das novas relações entre o Direito, Democracia e a Tecnologia possuem impactos sociais e acadêmicos, ante as conexões e interdependências entre o Direito e a Democracia. Contempla-se os impactos experimentados pela sociedade em razão das transformações tecnológicas e repercussões no campo da sustentabilidade, obrigatória para o agir humano responsável, inerente aos direitos e deveres fundamentais e as normas.

A presente obra busca expressar as percepções jurídicas da academia e retomada teórico-crítica das possibilidades de reconstrução das relações entre Direito e Democracia, com um olhar pela sustentabilidade das relações na era tecnológica.

Embora os autores ofereçam discussões sobre problemas jurídicos específicos, comungam como base teórica as implicações jurídicas entre o Direito, Democracia e a Tecnologia, frutos de estudos ligados à pesquisa jurídica no âmbito de Pós-Graduação *Strictu Sensu*.

Desse modo, ao longo da leitura será possível evidenciar diversos olhares e percepções teóricas acerca das relações entre o Direito, Democracia e a Tecnologia, proporcionando aqui novas lentes para a compreensão de diversos problemas jurídicos atuais.

Capítulo 1

A REMOÇÃO DE CONTEÚDO EM MASSA POR PLATAFORMAS PRIVADAS DE REDES SOCIAIS

Álerton Poletto¹

1 Introdução

O presente estudo delimita-se dentro do tema da afetação da atividade de moderação do conteúdo sobre os usuários, dentro de redes sociais de plataformas privadas. Assim, tem-se como objeto de pesquisa uma análise do controle de conteúdo publicado nas redes sociais pelos usuários, a fim de compreender se as ações do Facebook, Instagram e Twitter, como bloqueio, remoção e filtro de conteúdo publicado em sua plataforma social, estão de acordo com a ordem jurídica brasileira.

Tem-se que o Estado tradicional não possui condições de promover a proteção dos usuários-cidadãos no ambiente digital, uma vez que as plataformas de redes sociais não encontram barreiras jurídicas ou limites à sua atividade, ficando a sua própria autorregulação.

Contudo, frente às tendências internacionais de regular as plataformas digitais, o Brasil discute propostas legislativas para ordenar esses entes privados e garantir direitos mínimos aos usuários, urgindo a necessidade da discussão acadêmica desses marcos legislativos da regulação da internet e das redes sociais digitais.

A verificação desse fenômeno nas plataformas sociais exige

do Direito uma resposta eficiente. Posto isso, a pesquisa se baseia no problema de como o ordenamento jurídico brasileiro regula ou busca regular a atividade de moderação de conteúdo pelas redes sociais em contraponto com a experiência internacional, se essa regulação efetivamente garante a proteção dos usuários e como se pode aperfeiçoar.

Metodologicamente, cumpre delinear como ocorre a prática da moderação de conteúdo pelas redes sociais. Posterior a isso, é imprescindível verificar o fundamento jurídico que legitima o Facebook, Instagram e Twitter em controlar suas plataformas, para, por fim, explorar as regulações internacionais sobre a moderação e as propostas e tentativas no Brasil.

Do ponto de vista procedimental, é do tipo exploratória e monográfica, partindo da exploração de obras de vários autores, os quais debatem a temática abordada, configurando-se o corpus da pesquisa realizada. No que tange à linha de abordagem e elaboração da temática refere-se ao método fenomenológico-hermenêutico, pela compreensão da moderação de conteúdo institucionalizada no ordenamento jurídico.

2 Desenvolvimento

2.1 A prática de moderação de conteúdo pelas redes sociais

Para compreender a prática de moderação de conteúdo pelas redes sociais é preciso abordar o que venha a ser a moderação, as técnicas de moderação, as suas características e os problemas decorrentes desse processo. Essas questões serão apresentadas nesta seção.

Inicialmente, cumpre explanar o que seja a moderação de conteúdo e delinear suas características. Uma plataforma totalmente “aberta” sem qualquer regulação ou moderação de conteúdo é uma utopia da ideia democrática, uma vez que todas as plataformas

moderam conteúdos e impõem regras aos usuários, até porque, seria insustentável a utilização do serviço (GILLESPIE, 2018, p. 5).

Nessa esteira, tem-se como moderação de conteúdo a atividade das plataformas digitais de triagem de todo o conteúdo publicado pelos usuários, bem como marcação desse conteúdo como o que pode ou não estar no ambiente digital, de acordo com as regras da empresa, com o intuito de proteger os usuários e prevenir abusos.

A moderação é um serviço indispensável para as plataformas, no que tange à proteção dos usuários, ocultação de conteúdo ilegal, bem como para a organização de todo o conteúdo que circula na rede. Nesta senda, a moderação torna-se um processo necessário no controle de conteúdo pornográfico, obsceno, violento, ilegal, abusivo e de ódio. Dessa forma, resta analisar seis técnicas de moderação que as plataformas exercem na organização do fluxo de conteúdo dos autores para os leitores.

A primeira forma é a exclusão do conteúdo (*deletion*) que opera removendo a publicação que esteja em desacordo com as regras impostas pela plataforma (GRIMMELMANN, 2015, p. 56). O exemplo mais polêmico representa a exclusão pelo Facebook da histórica foto da Guerra do Vietnã, na qual uma criança corre desnuda. A postagem foi marcada pela Inteligência Artificial moderadora como inapropriada em razão da nudez e excluída da página, desconsiderando o contexto histórico da imagem. Após diversas críticas, o Facebook, ao revisar a decisão da moderação, percebeu o erro e republicou a postagem.

Na sequência, tem-se a moderação de edição (*editing*), de forma autoexplicativa, é a alteração de conteúdo que varia em corrigir erros de digitação alterando a essência de um post, isto é, o moderador rejeita a verdade do autor e as substituiu pela dele próprio (GRIMMELMANN, 2015, p. 59).

Outra operação de moderação é anotação (*annotation*), a qual se traduz pela adição de informações ou por comentários no conteúdo (GRIMMELMANN, 2015, p. 59). Toma-se como

exemplo o sistema de feedback dos compradores e vendedores nas plataformas de e-commerce na qual usuários escrevem comentários e críticas, bem como os Likes e Comentários no Facebook e Instagram.

Por seguinte, a síntese (*synthesis*) é a combinação de transformação de conteúdo. O Wikipédia é o principal exemplo dessa organização de fluxo, uma vez que os usuários podem promover pequenas e heterogêneas mudanças sintetizadas em uma enciclopédia digital (GRIMMELMANN, 2015, p. 59).

A filtragem de conteúdo (*filtering*) é uma ferramenta não destrutiva como a exclusão, mas que pode resultar no mesmo efeito prático. A operacionalização desse fluxo sustenta-se como um motor de busca que filtra o conteúdo e apresenta apenas os mais relevantes aos leitores (GRIMMELMANN, 2015, p. 59). A exemplificação mais precisa acontece na linha do tempo das redes sociais do Facebook e Instagram que apresentam no início da página o conteúdo mais relevante e o menos relevante no final, resultando em uma “exclusão” deste último.

Por último, a formatação (*formatting*) é o modelo de moderação de conteúdo que apresenta uma tipografia melhorada ao exibir informações aos leitores, tornando a legibilidade ordenada e rápida (GRIMMELMANN, 2015, p. 59).

A partir desses fatores, a moderação do fluxo de conteúdo auxilia os leitores a ver apenas o conteúdo que possuem preferência e ocultar os menos interessantes ou ilegais, sob o pálio de melhorar a experiência de uso da rede. Todavia, essas ferramentas podem se tornar mecanismos de manipulação nas mãos de moderadores não engajados com as diretrizes das plataformas e a ética ou pela operação de inteligências artificiais comprometidas.

Importa ressaltar que ao passo que as plataformas de comunicação crescem o caos e a discórdia crescem paralelamente. Isso acontece em razão de que os usuários possuem a necessidade de se expressarem, seja de forma inspiradora ou repreensiva, desde que “eu possa dizer onde outros vão me ouvir” (GILLESPIE, 2018, p. 5).

A moderação de conteúdo não conseguirá prevenir todos os casos das patologias da vida online, por isso é necessário estabelecer limites toleráveis, sem, até mesmo, elevar os custos jurídicos-sociais da moderação de conteúdo a um nível inaceitável (GRIMMELMANN, 2015, p. 53).

Em escala global, diariamente bilhões de conteúdos são publicados na plataforma incorrendo na tarefa do moderador em decidir o que fica ou não online. Frente a isso, sistemas de Inteligência Artificial² (IA) são implementados para automatizar a triagem para identificar e remover conteúdo prejudicial, como spam e nudez.

Os sistemas de IA tendem a remover muito do conteúdo publicado na rede considerado spam e nudez, todavia, para outras categorias, como discurso de ódio e assédio, não respondem positivamente, uma vez que ainda requerem discernimento humano de contexto e nuance para a compreensão (BARRET, 2020, p. 3). Portanto, requer-se uma atividade conjunta entre a IA e humanos, principalmente está na função revisora para diminuir os erros da moderação de determinados conteúdos.

Apenas um adendo, “o emprego de ferramentas de inteligência artificial que interagem por meio de mídias sociais exige que se reflita sobre os requisitos éticos que devem acompanhar o desenvolvimento desse tipo de tecnologia” (MAGRANI, 2019, p. 220). Considerando que o que é publicado nas redes sociais exerce influência tanto nas relações dentro quanto fora do ambiente digital, cumpre realizar o alerta acerca das questões éticas do implemento de ferramentas automatizadas, como enviesamento e opacidade dos algoritmos.

2 Por Inteligência Artificial, filia-se ao entendimento: A inteligência artificial (IA) é um ramo da ciência da computação que busca, com interação multidisciplinar com outras áreas do conhecimento, a reprodução de ações cognitivas tipicamente humanas. Para tanto, a IA pode valer-se de diversas técnicas como estratégia de incremento de performance ou simplesmente de delegação de funções enfadonhas, repetitivas ou consideradas delegáveis e roboticamente praticáveis. Em outras palavras, a IA está associada à reprodução artificial da capacidade de organizar informações para uma solução aceitável de um problema (HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 17).

Outro ponto a ser alertado decorre de que sistemas com inteligência artificial utilizados na moderação de conteúdo tendem a desenvolver uma postura proativa de remoção de conteúdo, necessitando, portanto, da transparência dos resultados da IA quanto à taxa de acerto da moderação de conteúdo contrário às regras das plataformas de aplicação.

A moderação de conteúdo é realizada pelas plataformas com base na detecção de marcação de conteúdo que estaria violando uma regra da rede social. Nesse ponto convém destacar que as plataformas disponibilizam de um sistema de revisão e marcação de conteúdo potencialmente lesivo ou abusivo para a utilização dos próprios usuários da rede social.

Essa marcação é realizada pelo esforço tecnológico com o auxílio humano na revisão. A tecnologia do Facebook detecta e remove proativamente a grande maioria dos conteúdos violadores antes que os usuários os denunciem. Assim, as plataformas de redes sociais utilizam de ferramentas que marcam o conteúdo como violador, classificam conforme a diretriz violada e, sendo caso, removem do ambiente digital (FACEBOOK, 2021c, online).

Não obstante, problemas legais, como arbitrariedade da decisão de moderação e exclusão de conteúdo, implicam questionamentos jurídicos quanto à possibilidade de haver contraditório ao usuário, à inferência de alguma justificação ou fundamentação da decisão da moderação e, ainda, à recorribilidade da decisão.

Em uma tentativa de promover níveis mínimos de governança nas plataformas de redes sociais foi editado uma carta de princípios para servir como ponto de partida no diálogo com empresas envolvidas com moderação de conteúdo. Os Princípios de Santa Clara (*The Santa Clara Principles*) sobre transparência e responsabilidade na moderação de conteúdo no âmbito digital, buscam delinear níveis mínimos de transparência significativa e responsabilidade pelo respeito dos direitos dos usuários, com o intuito de mitigar o impacto dos conteúdos nocivos propagados na

internet (THE SANTA CLARA PRINCIPLES, 2020).

O primeiro dos três princípios propostos, denominado *Numbers*, corresponde a publicação dos números de postagens removidas ou contas suspensas por violação às diretrizes de conteúdos da plataforma. O segundo princípio, *Notice*, traduz o dever de notificação do usuário sobre o motivo pelo qual sua conta foi suspensa ou conteúdo removido. E, por fim, o *Appeal*, estabelece que as empresas devem oportunizar mecanismos de recursos aos usuários acerca das decisões de remoção de conteúdo ou suspensão de contas (THE SANTA CLARA PRINCIPLES, 2020).

Nessa esteira, na perspectiva jurídica, as plataformas digitais acenderam como um espaço no qual direitos são exercidos, incidindo no aumento da moderação do conteúdo nas redes sociais pelo aumento do fluxo informacional. Posto isso, cumpre explicar o fundamento jurídico para essa atividade.

2.2 O fundamento jurídico para a moderação de conteúdo

Na presente seção será abordado o fundamento jurídico que legitima a moderação de conteúdo pelo Facebook, Instagram e Twitter, bem como evidenciado as regras da plataforma para determinar o que pode ou não ser publicado. A delimitação nessas plataformas se deu pela popularidade das redes, números de usuários e, principalmente, casos controversos com decisões de moderação.

Inicialmente, insta abordar o Facebook por ser a rede social com maior número de usuários. A relação entre o usuário e o Facebook é selada pelo aceite adesivo dos Termos de Serviço ao realizar o cadastro na plataforma. Os Termos importam em diretrizes que regem o uso do Facebook, juntamente com outros termos específicos para determinados serviços fornecidos pela plataforma, como Política de Cookies e Política de Dados.

Reconhecendo a importância do Facebook como um local de comunicação, com o intuito de eliminar dos serviços todo tipo de abuso, a empresa desenvolveu um conjunto de Padrões da

Comunidade que detalham o que é ou não permitido no Facebook, baseado nas áreas de tecnologia, segurança pública e direitos humanos (FACEBOOK, 2021, online).

Malgrado a plataforma reconhecer que a internet cria novas e maiores oportunidades de abusos, o Facebook assegura o comprometimento com a livre expressão, sendo as limitações baseadas em valores de autenticidade, segurança, privacidade e dignidade (FACEBOOK, 2021, online).

Por mais que a plataforma objetiva a promoção da comunicação online, as limitações de conteúdo possuem, muito mais, um interesse comercial. Esse interesse “é uma razão central para que empresas privadas de mídia social proíbam manifestação que não é ilegal e, portanto, limitem a liberdade de expressão muito além do exigido pela lei” (HARTMANN; SARLET, 2019, p. 96).

Vale explicar, além disso, que os Padrões da Comunidade classificam os conteúdos publicados em 24 tópicos dentro de cinco diretrizes, dentre elas: I. Comportamento violento e criminoso; II. Segurança; III. Conteúdo questionável; IV. Integridade e autenticidade; e, V. Com respeito à propriedade intelectual (FACEBOOK, 2021, online).

A primeira diretriz, deste modo, engloba todo o conteúdo de violência e incitação, organizações e indivíduos perigosos, coordenação de danos e divulgação de crime, divulgação de produtos controlados, bem como fraude e dolo. No que tange à diretriz da Segurança, os conteúdos são subdivididos em: automutilação e suicídio; exploração sexual, abuso ou nudez infantil; exploração sexual de adultos; bullying e assédio; exploração humana; e violações de privacidade e direitos de privacidade de imagem (FACEBOOK, 2021, online).

Já na diretriz dos conteúdos questionáveis se encontram as publicações marcadas por discurso de ódio, violência e conteúdo explícito, nudez adulta e atividades sexuais, abordagem sexual, como também conteúdo cruel e insensível. Outra importante diretriz diz respeito à integridade e autenticidade, a qual compreende

a integridade da conta e identidade autêntica, spam, segurança cibernética, comportamento não autêntico, notícias falsas, mídia manipulada e perfil memorial. Por fim, em atenção aos direitos autorais, marcas comerciais e outros direitos legais alheios, a última diretriz concerne aos problemas relativos à propriedade intelectual que possam decorrer do uso da rede social (FACEBOOK, 2021, online).

Por fazer parte do grupo econômico do Facebook Inc., o Instagram compartilha diretrizes de políticas de serviços com o Facebook, mas de forma independente. Dentre as Diretrizes da Comunidade do Instagram, destaca-se: direitos de propriedade intelectual; proibição de nudez; limitar a disseminação de spam; proibição de conteúdo violento e criminoso; limitação de conteúdo que contenha ameaça real, discurso de ódio ou ataques individuais (INSTAGRAM, 2021, online).

Especialmente quanto às contas de figuras públicas na plataforma, o Facebook possui regras específicas para tratamento contra violações, dentre as quais são considerados o engajamento da conta, alcance e influência da exposição da personalidade pública, tendo em vista o temor de representarem um risco maior de danos ao violar as políticas.

A definição de quem seriam as figuras públicas no Facebook traduz-se em “funcionários do governo estadual e nacional, candidatos políticos para esses cargos, pessoas com mais de um milhão de fãs ou seguidores nas redes sociais e pessoas que recebem cobertura noticiosa substancial” (Tradução livre. FACEBOOK, 2021d, online).

Outrossim, destaca-se uma nova medida de restrição de contas de figuras públicas durante distúrbios civis, quando o perfil público atuar na rede social de modo a incitar ou promover eventos violentos ou agitação civil. De tal modo, a duração da restrição imposta pelo Facebook pode variar de um mês a 2 anos a critérios da empresa, conforme o grau de violação (FACEBOOK, 2021d, online).

Nessa senda, o Facebook e Instagram são serviços de redes sociais diferentes, mas compartilham da mesma ideologia da política de padrões da comunidade, ressalvada as peculiaridades de cada rede social.

No Twitter, as regras de moderação de conteúdo são diferentes. Por ser uma plataforma de rede social que permite aos usuários compartilharem publicamente mensagens curtas, há uma maior liberdade quanto aos conteúdos, sendo vedados somente os que estejam em desacordo com as Regras do Twitter (TWITTER, 2021, online).

Dentre as regras de conteúdo do Twitter, no que tange à diretriz da segurança, são proibidos os conteúdos: violentos; terroristas; de exploração sexual de menores; abuso ou assédio; discurso de ódio; suicídio e automutilação; mídia sensível; e finalidade ilegal. Em relação à privacidade, é proibido publicar informações pessoais privadas, bem como nudez não consensual. Por sua vez, as regras de autenticidade impõem proibição contra: spam e manipulação da plataforma, seja para propagar mais informações ou interferência na integridade cívica; identidade falsa; compartilhamento de mídias sintéticas e manipuladas; direitos autorais (TWITTER, 2021, online).

Não obstante, o Twitter possui um sistema de distinção e marcação com etiquetas em contas de mídia governamental e afiliada ao Estado, da qual consta a informação “sobre o país ao qual a conta está afiliada e se é utilizada por um representante do governo ou por uma entidade de mídia afiliada ao Estado” (TWITTER, 2021, online).

É mister evidenciar que as redes sociais possuem três funções públicas chaves para o bom funcionamento do ambiente digital. Primeiramente, as redes sociais facilitam a participação pública na arte, política e cultura; em segundo lugar, a mídia social organiza conversas públicas para que as pessoas possam se encontrar e se comunicar facilmente; por fim, as mídias sociais moderam a opinião pública (BALKIN, 2020, p. 6)

Com efeito, havendo a verificação da violação dos Padrões da Comunidade, podem decorrer consequências que variam conforme a gravidade e com o histórico do usuário na plataforma, das quais “podemos notificar alguém por uma primeira violação, mas se a pessoa persistir na violação de nossas políticas, podemos restringir sua possibilidade de publicar no Facebook ou mesmo desativar seu perfil” (FACEBOOK, 2021, online).

Frente a uma violação da política de conteúdo do Twitter, como primeiro ato, a plataforma irá notificar o usuário para que remova o conteúdo, podendo, ainda, temporariamente impedir o acesso à conta. Caso a violação aconteça novamente, a conta fica permanentemente suspensa. Sobreleva notar que a plataforma dispõe de mecanismos de marcação de mídia sensível ao publicar, a fim de minimizar o contato dos usuários com esse tipo de conteúdo, além da função de denunciar a conta ou tweet (TWITTER, 2019, online).

No que tange ao Instagram, a rede social vem desenvolvendo diversas ferramentas de segurança, privacidade e denúncia de abusos. Assim, cumpre referenciar a indicação de conteúdo sensível, bem como a possibilidade de denúncia, bloqueio e controle de publicação, conta, comentário ou mensagem (INSTAGRAM, 2021a, online).

Essas medidas podem ser verificadas no exemplo do presidente americano Donald Trump e do presidente Jair Bolsonaro. No decorrer do ano de 2020 ambos presidentes tiveram publicações removidas das principais redes sociais com a justificativa de que causavam desinformação acerca da COVID-19, podendo gerar prejuízos sanitários ao combate da pandemia (SENRA, 2020, online).

Destacado o histórico do presidente norte-americano em violar as diretrizes em diversas oportunidades, a última decisão de bloquear a conta de Trump por tempo indeterminado foi a mais dura punição imposta pelo Facebook, relacionada com a moderação dos perfis do presidente americano, devido ao ataque no capitólio

por parte de seus apoiadores extremistas (G1, 2021, online).

Em suma, as regras de utilização de cada rede social importam em diretrizes para orientar a moderação de conteúdo do que estaria violando ou não as regras de uso da plataforma, devendo, portanto, essas regras estarem de acordo com o ordenamento jurídico do Estado o qual o usuário é jurisdicionado.

2.3 Regulação da moderação de conteúdo

Da moderação de conteúdo decorrem diversas implicações negativas aos usuários e seus direitos exercidos no ambiente digital. Posto isso, cumpre apresentar, nesta seção, os pontos nocivos da moderação de conteúdo, problematizando quanto à legitimidade das plataformas em julgar os conteúdos.

Ainda, a fim de cumprir com objetivo de verificar o marco legal da moderação de conteúdo no Brasil, é relevante expor as propostas de regulação da moderação de conteúdo na experiência internacional, para, posteriormente, contrapor com as propostas legislativas brasileiras e as discussões jurisprudenciais acerca da temática.

A partir da atividade de moderação de conteúdo decorrem implicações como limitação da liberdade de expressão, exposição à conteúdos sensíveis, discricionariedade do moderador, controle do discurso público, remoção de conteúdo em massa. Desta feita, perfaz necessário questionar como se afere a legitimidade do conteúdo, de modo a indagar se cabe à plataforma julgar o conteúdo e até que ponto é legítimo a plataforma filtrar o conteúdo e julgar o conteúdo, bem como ter como padrão a remoção do conteúdo.

Em síntese, as regras de conteúdo permitido nas redes sociais importam em diretrizes para orientar a moderação de conteúdo do que estaria violando ou não as regras de uso da plataforma, contudo, os termos propostos pelas plataformas são padrões mínimos para a moderação de conteúdo ilegal, necessitando de uma regulação nacional, de acordo com ordenamento jurídico.

Apenas fazendo um adendo, é importante ressaltar que os termos de serviço do Facebook seguem as práticas de moderação de conteúdo dos Estados Unidos da América, uma vez ser o país sede da plataforma de aplicação online.

Nessa esteira, em uma primeira linha de orientação, resta imperioso realizar uma investigação dos modelos e regulamentações das redes sociais no âmbito internacional, a fim de analisar as respostas jurídicas para a proteção de direitos fundamentais relacionado a publicação online de conteúdo ilegal e moderação pelas plataformas online.

Metodologicamente, cumpre delimitar a investigação do quadro regulatório e estruturas de políticas relacionado com conteúdo ilegal online na Europa e nos Estados Unidos da América, uma vez que essas nações são matrizes orientativas para as discussões jurídicas no Brasil.

No ordenamento norte-americano, as discussões jurídicas acerca dos conflitos online recaem sobre a seção 230, do *United States Code*, denominada de Proteção para bloqueio privado e triagem de material ofensivo. Em suma, a seção preceitua uma proteção dos sites de ações judiciais caso um usuário postar algo ilegal, salvo exceções contra violações de direitos autorais, conteúdo relacionado a trabalho sexual e violações da lei criminal (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2021, online).

Malgrado a Primeira Emenda da constituição americana proíba a qualquer restrição estatal nos discursos, alargando a liberdade de expressão, a emenda protege e legitima as regras de moderação de conteúdo do Facebook que restringem publicações que contenham discurso de ódio, mesmo que seja legalmente permitido nos Estados Unidos.

Na experiência europeia, a Alemanha, a França, o Reino Unido e Portugal editaram respectivas leis e políticas nacionais sobre moderação de conteúdo ilegal e prejudicial online. A Lei alemã de Fiscalização da Rede (NetzDG) foi decretada em junho de 2017 para melhorar a fiscalização das disposições penais existentes

na Internet e, mais especificamente, nas redes sociais, cominando penas e multas às empresas de tecnologia (ALEMANHA, 2017).

O Parlamento francês, em maio de 2020, aprovou a lei de combate ao discurso de ódio na Internet, a chamada Lei de Avia, cujo escopo é regulamentar a moderação de conteúdo ilegal para as empresas de plataformas online. Não obstante, o Conselho Constitucional Francês, tribunal constitucional da França, declarou a inconstitucionalidade de algumas disposições da Lei de Combate ao Ódio Online, tidas como contrárias à tendência do constitucionalismo digital, no que tange à exigência de uma ordem administrativa da polícia, bem como o requisito do conteúdo ser manifestamente ilegal (ARTICLE 19, 2020, online).

Por sua vez, o Reino Unido lançou o *White Paper on Online Harms* de 2019 regulamentando os mecanismos para retirar o conteúdo ilegal online, bem como introduzindo a noção de um dever de cuidado, por meio de uma moderação proativa e constante das postagens por parte das plataformas (REINO UNIDO, 2019, online).

No que tange à regulação portuguesa, em 2021 foi editada a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, a fim de tutelar direitos, liberdades e garantias no ciberespaço. Especificamente em relação à moderação de conteúdo, a carta dispõe de uma seção que afirma o direito à liberdade de expressão nas suas diversas formas, bem como preceitua que medidas que visam impedir o acesso ou remover conteúdo deverão ser objetos de lei especial (PORTUGAL, 2021, online).

O conjunto de normas proposto pela Comissão Europeia, denominado de Lei dos Serviços Digitais (*Digital Services Act*), dispõe acerca de regras sobre as obrigações e a responsabilidade das plataformas na prestação de serviços digitais além-fronteiras, a fim de assegurar um elevado nível de proteção a todos os usuários-cidadãos da União Europeia. A proposta segue em discussão no Parlamento Europeu (COMISSÃO EUROPEIA, 2021).

Na perspectiva legislativa brasileira, há a observância do

Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), o qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. No que tange às redes sociais, a aplicação da legislação importa na responsabilidade por danos decorrentes de publicações dos usuários (BRASIL, 2014, online).

Entretanto, em sede de recurso extraordinário, a aplicabilidade da normativa encontra-se em discussão pelo Tema de Repercussão Geral nº 533, no Supremo Tribunal Federal, para a fixação da tese sobre o dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, online).

Já a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade nos ambientes digitais (BRASIL, 2018, online). Em consonância com a recente entrada em vigor da LGPD, o Facebook teve que atualizar os termos de coletas de dados e solicitar o consentimento dos usuários para atender aos dispositivos legais, no que tange ao tratamento de dados e privacidade (FACEBOOK, 2021a, online).

Um aspecto relevante da lei diz respeito às decisões automatizadas. A LGPD dispõe que as decisões tomadas unicamente por meios automatizados são passíveis de recurso pelo usuário, o qual deverá ser informado que a decisão foi procedida por sistema automatizado, bem como quais os critérios e procedimentos foram observados na decisão (BRASIL, 2018, online).

Acerca da temática, encontra-se em discussão o Projeto de Lei nº 21/2020, o qual propõe estabelecer princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no país, devendo ser observado para a atividade de moderação de conteúdo proativa por sistemas de IA. O Projeto de Lei intenta criar um marco legal para o desenvolvimento e uso da IA tanto pelo poder público, quanto por empresas, entidades diversas e pessoas físicas (BRASIL, 2020a,

online).

De forma técnica, o texto legislativo prevê e impõem a observância do respeito aos direitos humanos, aos valores democráticos, a igualdade, a não discriminação, a pluralidade, a privacidade dos dados, bem como a transparência sobre o uso e operacionalidade da IA. Uma medida inovadora apresentada no Projeto de Lei nº 21/2020 estabelece a formação de relatório de impacto da Inteligência Artificial, com a descrição da tecnologia utilizada, a fim de manter adequação com padrões institucionalizados no PL (BRASIL, 2020a, online).

Ainda, em discussão legislativa, há o Projeto de Lei nº 2630/20, instituído de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, a qual propõe normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada, com a finalidade de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento (BRASIL, 2020, online).

O projeto dispõe de uma seção específica para regulamentar o procedimento da moderação de conteúdo dos provedores de redes sociais que ofertam serviços ao público brasileiro ou possuam estabelecimento no país. Ademais, o PL 2630 cria um órgão responsável pelo acompanhamento das medidas institucionalizadas no texto legal, denominado de Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, além de permitir a criação de instituição de autorregulação regulada pelas próprias plataformas (BRASIL, 2020, online).

No texto original do projeto de lei, a moderação de conteúdo encontra uma regulamentação jurídica no artigo 12. O dispositivo impõe aos provedores de redes sociais o dever de acesso à informação e à liberdade de expressão dos usuários em relação aos termos de uso de cada plataforma, bem como a disponibilização de ferramentas de recurso das decisões de moderação e estabelecimento de um procedimento (BRASIL, 2020, online).

Outrossim, o artigo determina a notificação do usuário,

quando ocorrer uma denúncia ou uma medida seja aplicada em razão dos termos de uso sobre conteúdo ou contas, acerca da fundamentação, do processo de análise e da aplicação da medida, bem como sobre o procedimento de contestação da decisão (BRASIL, 2020, online).

A legislação traz uma exceção à prévia notificação do usuário frente à verificação de: dano imediato de difícil reparação; risco à segurança de informações ou do usuário; violação a direitos de crianças e adolescentes; crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; ou grave comprometimento da funcionalidade da plataforma (BRASIL, 2020, online).

Potencialmente, das produções legislativas observam-se duas correntes quanto à vinculação da obrigação das plataformas de aplicação na moderação de conteúdo. Na obrigação de resultado, sob influência da responsabilização objetiva, a legislação impõe uma responsabilidade pelo resultado, isto é, há um incentivo grande à remoção de conteúdos, uma vez que caso um conteúdo potencialmente lesivo cause um dano a um usuário a plataforma seria responsável. Outrossim, além de aumentar a incidência de remoção de conteúdo, as legislações que firmam a obrigação de resultado acabam por ampliar o poder das redes sociais e a própria censura privada (HARTMANN, 2021, online).

Em contraposto, a obrigação de meio busca estabelecer critérios e obrigações na remoção de conteúdos para as plataformas de aplicação, principalmente no que tange à transparência da moderação, seja dos dados ou do próprio procedimento, bem como assegurar direitos e garantias aos usuários contra abusos da própria plataforma (HARTMANN, 2021, online).

Nesta senda, a falta de limites que caracteriza o ambiente digital e as dificuldades técnicas de implementação implicam controle mais rígido baseado em um modelo de sancionamento. Para Sarlet e Sales, somente por meio do empoderamento dos usuários para o uso responsável da internet e a disseminação de uma cultura de respeito e tolerância, bem como, “a elaboração de

um Tratado Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos na Internet e um código de ética comum para a internet, podem vir a ter resultados mais eficazes e duradouros” (Tradução livre. SARLET; SALES, 2021, online).

Outrossim, a eficácia dos marcos normativos da internet condiciona-se a sua aceitação e compromisso dos Estados e das empresas de aplicação, através de uma “rede de cooperação e política multinível e a interação jurídica, em um contexto de autorregulação regulada das plataformas de mídia social” (Tradução livre. SARLET; SALES, 2021, online).

Portanto, insta referenciar a atuação do Estado em buscar promover a proteção eficiente dos usuários-cidadãos nas redes sociais, frente aos novos paradigmas das relações sociais provenientes do ambiente digital. As discussões legislativas no Brasil caminham com a tendência internacional de uma regulação autorregulada, bem como a instituição de agências reguladoras para exercer o controle e fiscalização das plataformas.

Contudo tem-se que as legislações postas e as discussões legislativas, nos termos propostos, não garantem uma participação livre dos usuários contra arbítrios das próprias plataformas. As decisões de moderação não sofrem alterações com as regulações, permitindo a prática de remoção proativa em massa de conteúdo, não resolvendo os problemas que implicam aos usuários, decorrentes dessa atividade.

3 Conclusão

O controle de conteúdo pelas plataformas é imprescindível para o funcionamento das redes sociais. A moderação encontra seu fundamento nas diretrizes e padrões determinados pelas redes sociais, os quais, de certo modo, observam os preceitos básicos dos direitos exercidos no ambiente digital, como a privacidade e a liberdade de expressão.

Todavia, a atividade de moderação é complexa e por ser

regulada através de diretrizes modestas de aplicabilidade global, encontram diversas questões jurídicas quando em conflito com abuso aos direitos dos usuários, uma vez que as plataformas de redes sociais não encontram barreiras jurídicas ou limites à sua atividade, ficando à sua própria autorregulação.

Por outro lado, tem-se que o Estado não possui condições de promover a proteção dos usuários-cidadãos no ambiente digital pelos métodos tradicionais, urgindo uma necessidade de adequação digital. Portanto, é um dever do Estado em impor e garantir a proteção dos usuários-cidadãos, estabelecendo uma regulação e o controle da atividade das plataformas.

Assim, com vistas ao projeto de lei exposto, busca-se uma tentativa de estabelecer princípios e normas positivadas em busca da proteção do ambiente digital. As propostas e discussões legislativas precisam institucionalizar uma obrigação legal de meio que garanta direitos mínimos aos usuários contra arbítrios das redes e também imponha limites ao poder das plataformas de aplicação. Tal discussão encontra materialização parcial no projeto de Lei 2630/2020 que busca instituir uma agência regulatória responsável pelo acompanhamento das medidas institucionalizadas, além de consentir pela criação de instituição de autorregulação regulada pelas próprias plataformas.

Todavia, acredita-se que as regulações nos termos propostos não asseguram a livre participação dos usuários em um ambiente de debate público contra arbítrios das plataformas. Uma legislação ideal busca promover mecanismos que inibam a discricionariedade das decisões de moderação de conteúdo, impedindo uma censura privada, por meio da não remoção de conteúdo.

Malgrado a remoção de alguns conteúdos sensíveis ser justificável (tais como nudez adulta e infantil, spam, violador de direitos autorais e violência explícita), firma-se o caminho para as obrigações de meio entre o usuário e a plataforma na qual o conteúdo não é retirado do ambiente digital, mas marcado como potencialmente lesivo ao usuário.

Isto é, a legislação deveria assegurar a permanência da maioria dos conteúdos ao invés de incentivar a remoção. Uma ferramenta que poderia ser implementada é a de marcação do conteúdo como sensível, inverídico, potencial abusivo. Ressalta-se que as plataformas já disponibilizam desse sistema de marcação de conteúdo, todavia, escolhem em remover em grande escala.

Assim, essas medidas importariam na redução da remoção de conteúdos e na fixação de avisos nas publicações. Por fim, essas medidas tornam o ambiente de mínima intervenção no exercício de direitos dos usuários e de segurança dos usuários pela própria plataforma. Possibilitando, portanto, o direito do usuário de estar presente na rede social e decidir qual conteúdo vai consumir.

Referências

ALEMANHA. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor. **Network Enforcement Act** (Netzwerkdurchsetzungsgesetz -NetzDG), de 01 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BjNR335210017.html>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BALKIN, Jack M., How to Regulate (and Not Regulate) Social Media. **Knight Institute Occasional Paper Series**, n. 1 mar. 2020. Disponível em: <https://knightcolumbia.org/content/how-to-regulate-and-not-regulate-social-media>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BARRETT, Paul M. **Who Moderates the Social Media Giants?** A Call to End Outsourcing. Nova Iorque: New York University, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.630, de 04 de fevereiro de 2020. **Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 21, de 03 de julho de 2020a. **Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral nº 533.** Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.eroProcesso=660861&classeProcesso=ARE&numeroTema=533>. Acesso em: 02 mar. 2021.

ESTADOS Unidos da América. **United States Code.** Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title47/chapter5/subchapter2/part1&edition=prelim>. Acesso em: 03 mar. 2021.

FACEBOOK e Instagram bloqueiam conta de Trump por tempo indeterminado. **G1**, [s.l.], 07 de jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/07/facebook-bane-counta-de-donald-trump-por-tempo-indeterminado-diz-mark-zuckerberg.ghtml>. Acesso em: 01 mar. 2021.

FACEBOOK. **Padrões da Comunidade.** [s.l.] 2021. Disponível em: <https://www.facebook.com/communitystandards/>. Acesso em: 01 mar. 2021

FACEBOOK. **Política de dados**. [s.l.] 2021a. Disponível em: <https://www.facebook.com/policy.php>. Acesso em: 01 mar. 2021.

FACEBOOK. **Termos de Serviço**. [s.l.] 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/legal/terms/update>. Acesso em: 01 mar. 2021.

FACEBOOK. **Transparency Center**. [s.l.] 2021c. Disponível em: <https://transparency.fb.com/> Acesso em: 16 jun. 2021.

FRANCE: Constitutional Council declares French hate speech 'Avia' law unconstitutional. **ARTICLE 19**, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://www.article19.org/resources/france-constitutional-council-declares-french-hate-speech-avialaw-unconstitutional/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet**: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. [s.l.] Yale University Press, 2018.

GRIMMELMANN, James. The Virtues of Moderation. **Yale Journal of Law & Technology**. v. 17, p. 41-109, 2015.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Direito e Inteligência Artificial**: Referenciais básicos com comentários à resolução CNJ 332/2020. Brasília: DR.1A, 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto M. Fake News, Pandemia e Moderação de Conteúdo. Entrevista concedida a Fausto Santos de Moraes e Lucas Carini. **IAJUS TALK**. [s.l.] 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ijear6USNK8&t=774s>

HARTMANN, Ivar Alberto M.; SARLET, Ingo Wolfgang. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS. **Direito Público**, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755> Acesso em: 07 mar. 2021.

INSTAGRAM. **Diretrizes da Comunidade**. [s.l.] 2021. Disponível em: <https://help.instagram>.

com/477434105621119/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Ajuda%20do%20Instagram&bc[1]=Central%20de%20Privacidade%20e%20Seguran%C3%A7a Acesso em: 18 mar. 2021.

INSTAGRAM. **Keeping Instagram a safe and supportive place.** [s.l.] 2021a. Disponível em: <https://about.instagram.com/community/safety> Acesso em: 18 mar. 2021.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade.** 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

PORTUGAL. Lei n. 27/2021 de 17 de maio de 2021. **Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.** Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/163442504> Acesso em: 24 jun. de 2021.

REINO UNIDO. Government Digital Service. **Online Harms White Paper** de abril de 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper>. Acesso em: 02 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH REGULATION IN SOCIAL MEDIA PLATFORMS: CONSIDERATIONS ON THE EXAMPLE OF THE SO-CALLED “GERMAN NETWORK ENFORCEMENT ACT” (“NETZWERKDURCHSETZUNGSGESETZ”). **REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO.** Granada, n. 35, jan-jun de 2021. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE35/articulos/12_SARLET_SALES.htm Acesso em: 01 ago. 2021.

SENRA, Ricardo. Após Twitter, Facebook e Instagram excluem vídeo de Bolsonaro por ‘causar danos reais às pessoas’. **BBC News**, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52101240> Acesso em: 20 mar. 2021.

THE SANTA CLARA PRINCIPLES on Transparency and Accountability in Content Moderation. Disponível em: <https://>

santaclaraprinciples.org/. Acesso em: 01 mar. 2021.

TWITTER. **As Regras do Twitter**. [s.l.] 2021. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/twitter-rules> Acesso em: 18 mar. 2021.

TWITTER. **Política de informações enganosas sobre a COVID-19**. [s.l.] 2021a. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/medical-misinformation-policy> Acesso em: 18 mar. 2021.

TWITTER. **Política de mídia sensível**. [s.l.] 2019. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/media-policy> Acesso em: 18 mar. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **The Digital Services Act**: ensuring a safe and accountable online environment, 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en. Acesso em: 02 mar. 2021.

Capítulo 2

O DESENVOLVIMENTO DA BIOTECNOLOGIA E A PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS

Ana Julia Oliveira Alcantara¹

Salete Oro Boff

1 Introdução

O atual estágio do desenvolvimento tecnológico possibilita o armazenamento de informações em espaços virtuais, que substituem os espaços físicos permitindo a formação de bancos de dados em larga escala. Este fato, atrelado à facilidade e velocidade de se obter informações na internet, fez com que a quantidade de dados pessoais registrados em bancos de dados de empresas desse um grande salto nos últimos anos.

O crescimento desenfreado do consumo acaba por vincular os avanços biotecnológicos, fazendo com que os dados pessoais sejam, também, passíveis de apropriação e objeto de comercialização. No

-
- 1 Graduação em Direito pela Universidade Federal de Roraima – UFRR. Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade – IMED. Membro do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual – GEDIPI. Endereço eletrônico: ajuliaalcantara@gmail.com
 - 2 Doutora em Direito-UNISINOS. Estágio Pós-Doutoral-UFSC. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional, de Passo Fundo – IMED - Mestrado em Direito. Professora da UFFS. Linha de Pesquisa “Dimensões jurídico-políticas da tecnologia e da Inovação”. Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos, Novas Tecnologias e Desenvolvimento”. Grupo de estudo GEDIPI. Membro do Seminario Permanente en Propiedad Intelectual (SEPEPI) do IIJ UNAM, México. <https://orcid.org/0000-0002-7159-1878>. E-mail: salete.oro.boff@gmail.com

campo da genética também se observa a criação de bancos de dados pessoais e genéticos cada vez mais completos, que contribuem para o importante avanço das pesquisas, os chamados biobancos.

A informação genética faz parte de uma complexa operação que liga uma “multiplicidade de sentidos atribuídos à informação, no plano social e científico, que se transpõem para a qualificação jurídica, sem que haja, contudo, identidade entre esses sentidos” (CORRÊA, 2009, p. 14).

Os dados genéticos manifestam a configuração genética individual de cada pessoa, e contêm informações sobre possíveis doenças no presente ou no futuro, que, para além dos fins médicos podem ser usadas de forma deturpada ao fazer com que o portador dos dados seja alvo de discriminação por conta de seu genoma.

Diante das novas formas de construção e representação do ser humano, protagonizadas pela informação genética, a vulnerabilidade do titular de dados torna necessária a criação de proteção jurídica para garantir sua proteção e assegurar sua dignidade. Assim, o trabalho tem o objetivo de indicar os marcos regulatórios que permitem ou limitam o compartilhamento de dados, o desenvolvimento de pesquisas relacionadas a genética humana e seu uso para comercialização

2 A importância da proteção dos dados genéticos

Os dados pessoais são entendidos como informações que permitem a identificação de seu titular; os dados genéticos, por sua vez, se referem a dados pessoais que revelam informações obtidas ou passíveis de obtenção do DNA (BERNASIUK, 2021).

A partir da análise dos dados genéticos de uma população, é possível identificar variações, mecanismos de evolução, adaptação, bem como, mutações. Assim, a pesquisa genética constitui “ferramenta básica para estudos epidemiológicos, para a farmacogenética e a farmacogenômica, a compreensão das doenças multifatoriais e para entender como se dá a interação entre genoma

e ambiente.” (CORRÊA, 2009, p. 47).

Assim, extraem-se dos dados genéticos informações a respeito da saúde do indivíduo no presente, predições sobre sua saúde no futuro e ainda, características genéticas hereditárias que revelam relações parentescas, assim como, sua própria identidade. (BERNASIUK, 2021). A informação extraída dos dados genéticos

[...] possui diversas características que diferenciam um gene de outro, porquanto ela é: única (o ser humano possui uma carga genética irrepetível), preditiva (através de diagnóstico genético, pode-se analisar uma predisposição a determinada patologia), probabilística e geracional (transmitida de geração para geração). (BERNASIUK, 2021, p. 147).

Ainda, “as técnicas de análises de DNA revelam o caráter único de cada indivíduo, razão pela qual tais dados devem ser tratados com extremo cuidado.” (BERNASIUK, 2021, p. 147). Assim, por conterem informações sobre o ser humano de forma tão íntima quanto seu genoma, a proteção desses dados se faz necessária à medida da vulnerabilidade do titular.

O tratamento indevido de dados pessoais genéticos, sem a devida segurança pode levar a uma série de consequências, como “conduzir ao reducionismo, ao determinismo genético, à estigmatização, à discriminação genética e à perda ou diminuição da capacidade de autodeterminação.” (LOCATELI; PANDOLFO, 2014, p. 107).

A discriminação é fruto de uma violação ao princípio da igualdade que, historicamente, se desdobra em três vertentes: “a discriminação baseada em características naturais, em fatores de caráter social e cultural ou em aspectos jurídicos” (LOCATELI; PANDOLFO, 2014, p. 107).

A discriminação genética tem caráter pessoal, uma vez que se baseia em características do DNA do indivíduo e pode se tornar uma ferramenta de controle ao interferir na contratação de seguros (de vida e saúde), nas relações creditícias e sociais, ser usado como critério de seleção em vagas de emprego; através da estigmatização

de características que são vistas como defeituosas. (CARDOSO, 2018). Como no exemplo:

Imaginemos a seguinte cena entre empregador e empregado numa entrevista: temos vaga, mas não podemos contratá-lo porque sua ficha genética diz que o senhor tem propensão ao câncer de pulmão. Poderia então, até mesmo, aparecer ilícito comércio a venda de fichas genéticas limpas, mas frias. (LOCATELI; PANDOLFO, 2014, p. 106).

Por outro lado, em alguns casos, o teste genético e decorrente informação à respeito, principalmente, da suscetibilidade do indivíduo em desenvolver alguma doença genética no futuro, pode ser útil no sentido de evitar acidentes de trabalho decorrentes das atividades exercidas pelo indivíduo que apresenta uma patologia até mesmo sem saber:

Um exemplo disto é proporcionado pela coreia de Huntington, patologia genética durante muitos anos não expressa ao nível fenotípico e caracterizada por momentos de confusão mental e perda de memória na manifestação clínica. É evidente que no momento da manifestação clínica num sujeito que exerça uma determinada profissão, como por exemplo a de controlador de voo, a coreia põe em sério risco a vida de muitas pessoas. (BERNASIUK, 2021, p. 170).

Nestes casos, havendo a possibilidade, de, por meio de testes genéticos, assegurar a segurança da população como um todo e evitar acidentes ao não designar para um serviço como o de controlador de voo um indivíduo que apresente predisposições para desenvolver doenças que coloquem a vida dos passageiros em risco, deve prevalecer a conveniência da coletividade em nome do princípio do interesse público (BERNASIUK, 2021).

Outras áreas nas quais existe o interesse de realização de testes genéticos de um lado, e o risco de discriminação genética, de outro, são convênios de saúde, aposentadoria privada, e apólices de seguro de vida; nos quais, a empresa, ao saber de certas características genéticas de possíveis clientes, adaptaria o valor das cotas de acordo com essas informações. (BERNASIUK, 2021).

À título de exemplo, a fim de pormenorizar as vastas situações em que os testes genéticos têm o condão de influenciar diretamente na vida em sociedade, pode-se citar os contratos relativos a empréstimos bancários, nos quais, ao ter acesso a dados sensíveis dos contratantes, àqueles que fossem portadores de doenças genéticas, seriam oferecidas condições de pagamento excessivamente onerosas para reduzir os riscos de prejuízo da instituição financeira. (BERNASIUK, 2021).

Pode-se, ainda, citar o caso de um indivíduo, portador do vírus HIV que almeja contratar um seguro saúde, tendo seus dados expostos, está suscetível a discriminação que pode se materializar na solicitação de um prêmio com valor exorbitante ou ainda na recusa (MULHOLLAND, 2018), o que geraria uma segregação a ponto de definir um grupo de pessoas como “não seguráveis.”

Em contrapartida, ao não haver qualquer tipo de adaptação dos preços de apólice de acordo com informações genéticas dos segurados, as instituições alegam que ocorre, na prática, uma compensação daqueles que não possuem predisposições a doenças genéticas àqueles que possuem, de modo que aqueles financiam estes. (BERNASIUK, 2021).

A situação gera controvérsias e não existe consenso, em nível internacional, a respeito da legalidade e moralidade da utilização de testes genéticos por empresas privadas. Na Inglaterra, a Comissão de Genética Humana, responsável pelo aconselhamento do governo sobre o impacto do desenvolvimento de pesquisas em genética humana defende a utilização de testes genéticos com “bons resultados” para baixar o valor do prêmio de uma seguradora. (BERNASIUK, 2021).

Já no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados foi expressa ao vedar a utilização de dados pessoais sensíveis, obtidos por meio de testes genéticos por seguradoras como critério de seleção de beneficiários³. (BRASIL, 2018).

3 Art. 11, § 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação

classificação E diferenciação DOS DADOS GENÉTICOS

Os dados pessoais, de forma genérica, são aqueles que tornam possível, a identificação ou localização de um indivíduo específico. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira separa os dados em pessoais e sensíveis para fins de tutela, classificando-os conforme:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

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

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (BRASIL, 2018).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) classifica os dados genéticos como sensíveis, ou seja, que contem informações relativas a um indivíduo identificado ou identificável. (CARDOSO, 2018, p. 3).

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, de 16 de outubro de 2004, define os dados genéticos humanos como “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas”. (UNESCO, 2004).

Os dados genéticos, portanto, são classificados como dados sensíveis, por conterem informações que podem ensejar a discriminação do indivíduo titular dos dados, assim, devem ser protegidos com mais cautela, uma vez que se referem ao núcleo da intimidade de um indivíduo.

No âmbito do direito a intimidade, em seu núcleo mais profundo, encontra-se à informação referente aos dados sensíveis, que se relacionam com a concepção do indivíduo sobre si mesmo.

de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários. (BRASIL, 2018).

O acesso a estes dados “só seria possível em casos altamente justificados por seu impacto social e mediante estritos controles” (LOCATELI; PANDOLFO, 2014, p. 104). O código genético humano se inclui neste grupo por estar vinculado a mais estreita intimidade do indivíduo.

Os dados genéticos decorrentes dos avanços científicos passam a integrar uma parcela da identificação das pessoas, juntamente com o nome e a intimidade, fazendo parte dos chamados direitos da personalidade, fazendo jus, desta forma, aos mecanismos de proteção que a eles são atribuídos. Aos direitos da personalidade são atribuídas as seguintes características:

[...] são direitos originários, inatos ou originários, intrínsecos ao indivíduo, inerentes à própria condição humana, que o Estado deve proteger respeitar; são direitos absolutos por configurarem uma obrigação de não fazer em por parte dos não titulares, através de uma oponibilidade erga omnes; são também necessários ou essenciais por serem essenciais à integridade e à dignidade humana; são vitalícios vez que acompanham a vida humana; são indisponíveis ou irrenunciáveis não podendo ser afastados por interesse nem do próprio titular; são insusceptíveis de avaliação econômica e, portanto, extrapatrimoniais; são intransmissíveis ou inalienáveis pois permanecem com seu titular independente de sua vontade; são, ainda, imprescritíveis não se extinguindo pela inércia do titular, não havendo prazo para o exercício da sua defesa, e, por fim, os direitos da personalidade são impenhoráveis (NASCIMENTO, 2014 p. 11)

Os dados genéticos possuem total correspondência com os direitos de personalidade, pois podem ser definidos com as mesmas características, quais sejam: vitalidade, necessidade, indisponibilidade, insuscetibilidade, extrapatrimonialidade. Portanto, se os direitos da personalidade são bens definidores da própria pessoa, por isso projeção jurídica do ser, os dados genéticos encaixar-se-iam perfeitamente nesta categoria. (NASCIMENTO, 2014, p. 11).

Os dados sensíveis são, ainda, únicos, probabilísticos

e geracionais, uma vez que se referem a um indivíduo específico, singularizando-o; apresentam probabilidades como o desenvolvimento de alguma doença; e têm a capacidade de mostrar a herança genética de seu titular. (CARDOSO, 2018).

3 Proteção legal dos dados genéticos

A proteção jurídica dos dados genéticos é regulada por meio de declarações internacionais e resoluções do Conselho Nacional de Saúde no Brasil há décadas. Recentemente o Brasil aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que trata a matéria de forma mais específica e confere juridicidade a normas já previstas nas resoluções.

Algumas normas internacionais garantem aos pacientes submetidos à testes genéticos o direito de saber ou não saber dos resultados, é o caso da declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos⁴, de 2003, que, levando em consideração a revolução genética e a crescente importância de dados genéticos no domínio econômico e comercial, visa “Art. 1º (a) [...] garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos” (UNESCO, 2003, p. 4).

Assim, define dados genéticos humanos como “Art. 2º (i) informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas” e condiciona o recolhimento, tratamento e utilização

4 Artigo 10º: Direito a decidir ser ou não informado dos resultados da investigação
Quando são recolhidos dados genéticos humanos, dados proteômicos ou amostras biológicas para fins de investigação médica e científica, as informações fornecidas na altura do consentimento deverão indicar que a pessoa em causa tem direito a decidir ser ou não informada dos resultados. Esta cláusula não se aplica à investigação sobre dados irreversivelmente dissociados de pessoas identificáveis nem a dados que não conduzam a conclusões individuais relativas às pessoas que participaram na referida investigação. Se necessário, o direito a não ser informado deverá ser tornado extensivo aos familiares identificados dessas pessoas que possam ser afectados pelos resultados. (UNESCO, 2003, p. 4).

ao consentimento, entendido como: “Art. 2º, (iii) qualquer acordo específico, expresso e informado dado livremente por um indivíduo para que os seus dados genéticos sejam recolhidos, tratados, utilizados e conservados”.

O consentimento deve seguir requisitos dispostos no artigo 8º, como antecedência, liberdade e capacidade do titular, vedada a tratativa que envolva promessa de ganho pecuniário; sendo garantida a possibilidade de retirada do consentimento sem desvantagem ou penalidade do titular, “salvo se os dados em questão forem irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável”. (UNESCO, 2003, p. 8 – art. 9º (a)).

Define, ainda, os fins pelos quais autoriza o recolhimento, tratamento e utilização; tendo em vista, em todas as hipóteses a saúde, a investigação médica e científica ou fim compatível com os preceitos da Declaração e os Direitos Humanos, realizada de forma transparente e eticamente aceitável. (UNESCO, 2003, p. 6). A declaração permite a utilização de dados genéticos como prova em procedimentos judiciais ou na medicina legal, entretanto, demanda a destruição deles assim que se tornarem desnecessários.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, já previa proteção aos dados genéticos ao proibir a discriminação fundada em características genéticas; vedar a pesquisa com dados associados com indivíduos identificáveis sem a devida confidencialidade⁵; condicionar a pesquisa ao respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais⁶; e, ao exigir a disponibilização dos benefícios dos avanços a todos⁷. (UNESCO,

5 Artigo 7

Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação.

6 Artigo 10

Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos.

7 Artigo 12

a) Os benefícios dos avanços na biologia, na genética e na medicina, relacionados ao

2001).

A Declaração descreve o genoma humano por sua evolutividade, uma vez que sofre mutações e por sua extracomercialidade pois são vedadas transações financeiras envolvendo-o; classifica o genoma, ainda - enquanto base da unidade fundamental da espécie humana -, como patrimônio da humanidade⁸. (UNESCO 2001).

Ao tratar da investigação, tratamento e diagnóstico envolvendo código genético humano, a declaração adota os princípios da beneficência (ligado a ideia de que as pesquisas precisam sempre visar a maximização dos benefícios e minimização dos prejuízos) e da autonomia (que confere às pessoas o poder de decisão sobre suas próprias vidas e seus próprios dados). Mas abre mão do consentimento e da confidencialidade do autor em caso de interesse público.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, proposta pelo conselho da Europa em Oviedo, em 1997 que entrou em vigor em 1999 e regulamenta intervenções na área da saúde de forma geral, atribuindo especial atenção ao consentimento para as intervenções; veda a discriminação baseada em patrimônio genético e, dentre outros, a seleção do sexo do bebê na reprodução humana assistida. (NAVES; NAVES, 2008, p. 338)

Existem, ainda, a Declaração Inuyama sobre mapeamento genético, experimentação genética e terapia gênica, de 1990 no Japão, a Declaração de Bilbao sobre o Direito ante ao PGH de 1993 – intimidade como patrimônio pessoal e dados genéticos com fins discriminatórios (NAVES; NAVES, 2008, 338), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 200 que trata de

genoma humano, devem ser disponibilizados a todos, com a devida consideração pela dignidade e pelos direitos humanos de cada indivíduo.

b) A liberdade da pesquisa, necessária ao avanço do conhecimento, é parte da liberdade de pensamento. As aplicações da pesquisa, incluindo aquelas realizadas nos campos da biologia, da genética e da medicina, envolvendo o genoma humano, devem buscar o alívio do sofrimento e a melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo.

dados pessoais, entre outros.

Em âmbito nacional, existem Resoluções e Diretrizes propostas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) que tratam de regular as pesquisas científicas desde 1996 e constituem importantes mecanismos reguladores, apesar de faltar a eles força jurídica.

A Resolução do CNS nº 196 de 1996, aprovou uma série de diretrizes e normas regulamentadoras para a pesquisa que envolvesse seres humanos. Esta resolução já traz em seu texto a garantia de sigilo e privacidade dos participantes das pesquisas. Além de vedar o uso de dados obtidos dos participantes para quaisquer outros fins que não os previstos no protocolo da pesquisa. (CNS, 1996).

Em 2004 o CNS publicou a resolução nº 340 como complemento a Resolução nº 196/96, por força dos avanços técnico-científicos que tornaram a resolução anterior insuficiente para regular as pesquisas realizadas com seres humanos. (CNS, 2004).

A Resolução traz a preocupação com a estigmatização e discriminação dos indivíduos, sendo assim, confere a eles o direito ao acesso dos dados obtidos por meio da pesquisa, bem como a prerrogativa de bloquear o armazenamento e utilização deles, a qualquer momento. (BERNASIUK, 2021).

A resolução reitera, ainda, os fins a que deve se dirigir a realização de pesquisa em genética, qual seja, conhecimento científico que esteja apto e para a finalidade de amenizar o sofrimento e melhorar a saúde humana. (CNS, 2004).

A resolução nº 466/2011 veio, mais uma vez, complementar a nº 196/96, esta, especificamente quanto ao armazenamento e utilização de material biológico para fins de pesquisa. Sendo assim, conceitua os meios de armazenamento, quais sejam, biobancos e biorrepositório, bem como, material biológico humano e pesquisas envolvendo seres humanos. (CNS, 2011).

Em âmbito jurídico, a lei de biossegurança (Lei 11.105/05) já tratava de pesquisas com células tronco, alimentos transgênicos e embriões *in vitro*, e propunha limites éticos para as pesquisas,

mas não era específica quanto ao genoma humano e os dados genéticos, o que acarretava em uma lacuna na legislação brasileira. (CARDOSO, 2018).

Diante da necessidade de regulação e transparência no processo de coleta e tratamento dos dados e por não apresentar legislação específica, as diretrizes estabelecidas nas Declarações internacionais eram aplicadas de forma analógica pelos operadores do direito no Brasil. (CARDOSO, 2018).

Discute-se a aprovação de uma lei para proteção de dados no Brasil desde os anos 2000 (BERNASIUK, 2021), porém, apenas em agosto de 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709) que entrou em vigor em 2020 e tem como escopo a proteção de dados pessoais, com atenção, inclusive, aos dados sensíveis. O que se tornou um marco no ordenamento jurídico brasileiro no avanço da proteção de dados pessoais, inclusive genéticos.

A lei regula o tratamento dos dados pessoais, “inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2018). Levando como fundamento, entre outros, “IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem”; e, “VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.” (BRASIL, 2018).

A entrada em vigor da LGPD, que tem como pedra angular o consentimento do titular, permite uma regulação uniforme das pesquisas, bem como, confere segurança jurídica aos titulares de dados. (FORNASIER; KNEBEL, 2021, p. 1018).

4 Conclusão

O desenvolvimento biotecnológico e informático deve respeitar a privacidade e a intimidade genética, de modo que não

exponha os titulares de dados, deixando-os a mercê de um novo tipo de discriminação, a genética; bem como, não produza mudanças na herança genética das próximas gerações, uma vez que desconhecidas as consequências; não se colha, utilize, armazene ou exerça qualquer tipo de controle de dados sem o livre consentimento de seu titular, que deve ser informado a respeito de todos os processos a serem realizados.

A utilização de dados genéticos humanos para fins econômicos, seja enquanto testes de ancestralidade genética; testes diagnósticos voltados à prevenção ou terapia; ou por meio de patentes, deve ser analisada, regulada e realizada com especial cautela, uma vez que estão em jogo dados sensíveis, capazes de ferir a esfera mais íntima de seus titulares, em caso de má gestão.

Neste âmbito, a intimidade genética é objeto de proteção constitucional, e tem estreita relação com o direito à vida privada; por conseguinte, protege-se a informação pessoal de exposição ou intromissão alheia.

Sendo assim, importante a análise de dispositivos internacionais a respeito da proteção de dados pessoais e genéticos, assim como, da possibilidade de obtenção de lucro por meio de dados genéticos humanos, para que se assegure que as disposições legais estão de acordo com o atual estágio dos avanços tecnológicos de forma a manter os titulares de dados protegidos.

Referências

BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. **Liberdade de pesquisa genética humana e a necessidade de proteção dos dados genéticos**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.html. Acesso em: 08 mar 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 196/1996**. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/.../23_out-versao_final_196_ENCEP2012.pdf. Acesso em: 22 fev 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 340, de 8 de julho de 2004**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2004/Reso340.doc>. Acesso em: 13 fev 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012**. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em: 13 fev 2022

CARDOSO, Ana Paula Mattoso Miskulin. Biobancos e a proteção de dados genéticos no ordenamento brasileiro. 2018. Disponível em: <https://jesualdojunior.com.br/wp-content/uploads/2018/11/BIOBANCOS-E-A-PROTE%C3%87%C3%83O-DE-DADOS-GEN%C3%89TICOS-NO-ORDENAMENTO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso em 03 mar 2022

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Orientadora: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel. 2010. 284 f. Tese (Doutorado) – Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp143681.pdf>. Acesso em 10 fev 2022

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 12, N. 2, 2021, p. 1002-1033. Disponível em: DOI: 10.1590/2179-8966/2020/46944. Acesso em 23 fev 2022

LOCATELI, Cláudia Cinara; PANDOLFO, Ana Cristina. A intimidade genética: direito à intimidade e à informação na proteção dos dados genéticos. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 92 - 119, out. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/>

view/67. Acesso em 15 dez 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados Pessoais Sensíveis e a Tutela de Direitos Fundamentais: uma Análise à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set. / dez. 2018, p. 168-174. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em 03 mar 2022

NASCIMENTO, Simone Cardoso do. Titularidade e proteção do patrimônio genético humano: tutela individual ou coletiva? Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5424ee00c1ab222>. Acesso em 20 fev 2022

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; NAVES, Aline Maria Pollom Franco. Introdução aos aspectos jurídicos dos dados genéticos humanos. Dados genéticos como direitos de personalidade e sua proteção jurídica. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, v. 16, p. 331-352, 2008. p. 344-345. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-57/introducao-aos-aspectos-juridicos-dos-dados-geneticos-humanos-dados-geneticos-como-direitos-de-personalidade-e-sua-protecao-juridica/>. Acesso em 03 mar 2022.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por. Acesso em 27 jun 2021.

Capítulo 3

ANÁLISE DA PERSPECTIVA “PRÓ-PESQUISA” DA ADIN 3510 NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Ana Julia Oliveira Alcantara¹

1 Introdução

Os direitos sociais são muitas vezes negados por justificativas rasas. A ideia da dicotomia dos direitos em positivos e negativos, sendo aqueles custeados pelo Estado, enquanto esses efetivados a partir de uma omissão que aparentemente nada custa é leviana. Sendo assim, todos os direitos possuem custos, logo, o tratamento prioritário de alguns em detrimento de outros possui justificativas outras que devem ser analisadas.

O trabalho propõe uma análise da atuação da jurisdição constitucional no tocante aos argumentos “pró-pesquisa” no caso da ADI 3510, que julgou a constitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança brasileira, que trata das pesquisas com células-tronco embrionárias e o reflexo dessa atuação sobre a proteção de direitos fundamentais.

O objetivo de chamar a atenção para a realidade do aspecto sanitário brasileiro é o de fazer com que os avanços teóricos conquistados no âmbito jurídico se convertam em melhorias reais na vida dos cidadãos brasileiros.

1 Graduação pela Universidade Federal de Roraima – UFRR. Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade – IMED. Membro do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual – GEDIPI.

Para isso, utilizou-se o método de abordagem indutivo e o método de procedimento bibliográfico, a partir do qual foram analisadas pesquisas quantitativas e qualitativas para verificar a efetividade dos tratamentos de saúde oferecidos pelo SUS nas diferentes camadas sociais; os votos dos ministros e seus fundamentos na ADI 3510; bem como, o custo e o valor dos direitos fundamentais, os desafios para sua efetivação, com foco no direito à saúde.

2 Breves apontamentos sobre os custos dos direitos fundamentais

É comum, dentro e fora do meio jurídico, se deparar com um equívoco quanto ao custo dos direitos, em relação a classificação deles em positivos e negativos, entende-se, de forma altamente contestável, que alguns direitos seriam custosos para o Estado, enquanto outros seriam desprovidos de custos, sendo suficiente a “falta de ação” estatal para sua efetivação.

A partir de uma análise mais profunda do contexto em que os direitos são efetivados e exercidos na sociedade, entretanto, é possível observar que “[...] inexistem direitos ou liberdades puramente privadas, senão que o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade depende fundamentalmente das instituições públicas, e em grande medida, sendo, portanto, igualmente públicos (e custosos).” (GALDINO, 2005, p. 201).

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita. O “reino privado” que a sociedade americana tanto preza é sustentado, e mesmo criado pela ação pública. É o que remete ao problema dos custos e da positividade. (GALDINO, 2005, p. 204).

Em análise à constituição americana e a partir da verificação

de proteção da Suprema Corte em relação aos direitos individuais e aos direitos que asseguram o bem-estar, sustenta Galdino, a partir da obra de Holmes e Sustain *The Cost of Rights*, que:

[...] a Constituição protege alguns direitos e outros não, e a linha divisória entre os direitos positivos e os negativos é estabelecido pelas Cortes judiciais de forma a manter - sob falsa aparência de neutralidade - os critérios tradicionais de distribuição dos bens sociais (que o autor chama inspiradamente de status quo neutrality), favorecendo uma parte seleta dos indivíduos em detrimento dos demais. (2005, p. 206).

A importância do reconhecimento dos custos (elevados) dos direitos tem o intuito de, a partir da tomada de consciência da sociedade como um todo, fazer com que as escolhas quanto aos direitos priorizados seja feita de forma mais responsável e equitativamente eficiente, conforme Galdino:

Deveras, há o receio velado de que a consciência e as discussões acerca dos custos dos direitos diminuam o comprometimento com a respectiva proteção.

O perigo não parece ser real. Na verdade, não se deve falar em diminuição de direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade. A aferição dos custos permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos. (2005, p. 205).

O Reconhecimento, portanto, de que os considerados direitos negativos também possuem custos, e conseqüentemente deveriam ser igualmente enquadrados no contexto da reserva do possível é fundamental para que se avance na proteção e efetivação dos direitos fundamentais da população em sua totalidade.

Visto que a falta do citado reconhecimento leva a opção política de priorizar certos direitos em detrimento de outros sem a necessária e justa “revolta” que tais escolhas deveriam suscitar na população como resultado. A liberdade de expressão e imprensa tem, segundo Amartya Sen, contribuição direta na qualidade de

vida do dos cidadãos. (SEN, 2009).

Desta forma, a mídia exerce papel informativo, que defende conhecimento e permite análise crítica, fazendo que com a população se torne capaz de alcançar objetivos através da comunicação e melhor compreensão do mundo, exercendo função protetora, que dá voz aos negligenciados e desfavorecidos. (SEN, 2009).

Quanto ao direito à saúde:

Na Constituição de 1988 a questão de equidade foi tomada como igualdade no acesso aos serviços de saúde, uma vez que garantiu a universalidade da cobertura e do atendimento, com o propósito de fornecer igual oportunidade de acesso aos serviços de saúde para indivíduos com as mesmas necessidades. Entretanto, a sustentabilidade desse sistema depende de aportes financeiros que estão além da capacidade de financiamento do setor, o que faz com que indivíduos com maior poder aquisitivo busquem os serviços privados de saúde como forma de garantir o acesso quando necessário. (NERI; SOARES, 2002, p. 78).

Sendo assim, é imperativo que o direito à saúde, diante do rol de direitos fundamentais, custosos, que devem ser garantidos pelo Estado, tenha posição prioritárias diante da necessidade de um efetivo acesso à tratamentos de saúde adequados para o alcance de uma qualidade de vida satisfatória e consequências observância da dignidade da pessoa humana.

3 Os benefícios da pesquisa com células-tronco embrionárias e o acesso à tratamentos complexos no Brasil

A pesquisa com células-tronco constitui um passo importante no avanço da medicina mundial. Isso se dá pela grande capacidade de proliferação e auto-renovação das células, bem como, na “capacidade de responder a estímulos externos e dar origem a diferentes linhagens celulares mais especializadas” (PEREIRA, 2008, p. 8). Desta forma, é possível:

[...] transformar estas células em células de medula óssea, pancreáticas, de pele, músculo, cartilagem e neurônios, entre outras. Assim, essas células apresentam um grande potencial em medicina regenerativa, tanto como fonte de tecidos para transplantes quanto como modelos para o estudo do desenvolvimento embrionário humano. (PEREIRA, 2008, p. 12).

Neste ínterim, “os primeiros interessados na pesquisa com CTE – células-tronco embrionárias - são os portadores de doenças degenerativas que depositam aí suas esperanças de melhora” (TORRONTÉGUY; RAUPP, 2008, p. 99). Aliado a isso, pesquisas apontam para o impacto direto da saúde na produtividade das pessoas (NERI; SOARES, 2002).

Os impactos sociais, econômicos e outros, são enormes, e a presença de uma deficiência contribui para reforçar situações de pobreza e exclusão social nas famílias. Estas dimensões devem ser consideradas para promover práticas terapêuticas que objetivam alcançar um sucesso prático. (VIEIRA; FAVORETO, 2016, p. 95 e 96).

Entretanto, apesar dos promissores benefícios do avanço da pesquisa com células-tronco embrionárias no Brasil, observa-se, historicamente, uma tendência a utilização das técnicas médicas mais avançadas apenas por uma parcela da população, economicamente privilegiada (PEREIRA, 2008). Além disso:

Em países em desenvolvimento, ainda se questiona se os programas para prevenção, manejo e tratamento das doenças genéticas devam ser implantados, já que as doenças são mais raras e os recursos disponíveis para a saúde são escassos. Entretanto, as doenças genéticas apresentam alta morbimortalidade e necessitam de tratamento contínuo e oneroso. Além disso, essas patologias são freqüentemente subdiagnosticadas, perdendo oportunidades para prevenção e orientações antecipadas, o que impõe altos custos aos pacientes, seus familiares e aos sistemas de saúde em geral (MEIRA; ACOSTA, 2009, p. 194).

Estudos apontam, ainda, que a própria utilização do Sistema de Saúde é desigual, variando conforme a classe econômica, de modo que as classes superiores procuram mais e adoecem menos. Tendo

sido avaliado inclusive que “algumas doenças crônico-degenerativas se desenvolvem com antecedência de aproximadamente 30 anos nos indivíduos na base da pirâmide social, quando comparados com aqueles que se encontram no topo” (NERI; SOARES, 2002, p. 79).

Foi possível diagnosticar que um importante determinante do consumo estaria ligado a componentes da oferta dos serviços de saúde, uma vez que a probabilidade de consumo dos serviços diminui para áreas de menor densidade populacional (menor diversificação de serviços médicos) e para pessoas que não detêm seguro saúde. Esses determinantes somados a outras características individuais e domiciliares, que estariam concentradas nos grupos sociais mais privilegiados, evidenciam que mesmo garantindo acesso universal, a provisão de saúde pública torna-se bastante segmentada no país. (NERI; SOARES, 2002, p. 86).

À título ilustrativo, optou-se por abordar uma análise a respeito da desigualdade no atendimento e tratamento de portadores de anemia falciforme no Brasil, uma vez que se trata da enfermidade hereditária mais comum no Brasil e “que predomina na população negra, que devido a questões sociais e econômicas, carece de atenção à saúde mais equitativa.”. (GOMES et. al., 2014, p. 349).

Em tese, as equipes de Saúde da Família devem ser a porta de entrada da rede de atenção à saúde e devem estar preparadas para acompanhar, durante toda a vida, a pessoa com doença falciforme. Estudos já apontaram deficiências no conhecimento e na prática diária dos profissionais da atenção primária sobre doença falciforme. Entretanto, há lacunas na literatura sobre o acesso e o atendimento à pessoa com doença falciforme na unidade básica de saúde. – (GOMES et al., p. 349)

[...]

No presente estudo, a equipe de saúde da atenção primária só é procurada em caso de exames, consultas e em situações de intercorrências clínicas, tais como crises episódios de dor e febre. Apreende-se que os demais serviços ofertados como vacinação, curativos, consultas de enfermagem, distribuição de

medicação, grupos educativos, ações de prevenção e promoção à saúde e marcação de consultas não são reconhecidas como importantes pelas famílias das pessoas com doença falciforme. Os resultados denotam ainda que a equipe de saúde não se sente responsável pela coordenação dos cuidados de saúde das pessoas com doença falciforme, delegando à própria família a busca pelo melhor itinerário para o cuidado. (GOMES et al., 2014, p. 352).

Demonstra-se, portanto, o desconhecimento pelos profissionais de saúde das especificidades do tratamento de doença que acomete porcentagem significativa da população, o que resulta em tratamentos precários que prejudicam de maneira considerável a qualidade de vida do paciente portador da doença (GOMES et. al., 2014).

Além do exemplo supracitado, é possível encontrar inúmeros casos nos quais foi necessária a judicialização do caso para que o paciente tivesse acesso ao tratamento de saúde adequado para sua condição, ou para que o Estado lhe garantisse os medicamentos necessários, o que aponta para o sentido das escolhas políticas de efetivação de certos direitos em detrimento de outros.

4 Análise da perspectiva “pró-pesquisa” na ADI 3510

A Lei de Biossegurança brasileira (Lei nº 11.105/05) é alvo de polêmicas desde 2003 quando foi proposto seu projeto original. Assim, depois de discussões e negociações, tendo sido aprovada em 2005 pelo Congresso Nacional, em maio do mesmo ano, o então Procurador Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 no Supremo Tribunal Federal.

O objetivo do autor era proibir a pesquisa com células-tronco embrionárias permitidas pelo artigo 5º da lei² alegando a

2 Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta

inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como, a consideração de que a vida humana ocorre à partir da fecundação. (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2014).

No julgamento da ADI, enquanto quatro ministros optaram por discutir o início do direito à vida, rejeitando a ideia de que ele começaria no momento da fertilização, outros quatro ministros preferiram deixar de discutir o momento de início da vida, considerando-a irrelevante da discussão. (LUNA, 2013, p. 80).

Na audiência pública realizada, o grupo denominado “pró-pesquisa” deixou de lado a discussão a respeito do início da vida para focar na melhoria da qualidade de vida dos pacientes beneficiados pelas pesquisas com células-tronco: “preferiram tomar um caminho mais consensual no que se refere à sociedade brasileira, que foi o de oferecer uma resposta ao sofrimento humano pelo caminho da pesquisa e de seus resultados terapêuticos.” (LUNA, 2013, p. 155).

Neste aspecto, define-se uma sensibilidade de interesse coletivo, na qual a minoração do sofrimento das pessoas aparece como central. Cria-se uma hierarquia de vidas, em que a vida de pessoas já nascidas (e em estado de sofrimento) ganha centralidade em relação à “vida” dos embriões [...]. Dessa maneira, o debate é deslocado para a *vida* dos possíveis beneficiários dos resultados das pesquisas com as células embrionárias [...]. Os dispositivos acionados não evocam a vida do embrião [...], mas sim a vida de pessoas que passam por essas experiências, expostas por meio de relatos, cartas, slides, documentários, entre outras estratégias capazes de atribuir concretude a essas pessoas e a seus sofrimentos. (LUNA, 2013,

Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005.)

p. 157 e 158).

O voto de Ayres Brito, ministro relator, foi no sentido da gradatividade do direito à dignidade, sendo assim, um indivíduo pleno deve ter sua dignidade resguardada de forma mais efetiva do que um embrião (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2014). Cinco ministros acompanharam o voto do relator: Ellen Gracie, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

A ministra Carmem Lúcia argumenta no sentido da destinação dos embriões que seriam utilizados para pesquisa, caso ela não fosse permitida, assim:

A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agredem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada. Antes, valoriza-a. O grão tem de morrer para germinar. Se a célula-tronco embrionária, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vierem a ser implantadas no útero de uma mulher, serão elas descartadas. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida. A sua utilização é uma forma de saber para a vida, transcendendo-se o saber da vida, que com outros objetos se alcança. Conhecer para ser. Essa a natureza da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, que não afronta, mas busca, diversamente, ampliar as possibilidades de dignificação de todas as vidas. (BRASIL. STF, 2008, p. 351).

Nesse sentido, conclui que, além de não violar o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana, a pesquisa com células-tronco embrionárias contribui para a melhora da qualidade de vida, reforçando o princípio da dignidade, ao transformar em benefícios sanitários o que seria descartado, conforme:

Intangível e inviolável, a dignidade humana não permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem. E por isso mesmo é que, também

em ocasião anterior, salientei que “como o direito não pode deixar de considerar o direito à vida digna como o direito fundamental excelente, aquele que se sobrepõe axiologicamente a qualquer outro e que informa o sistema constitucional e infraconstitucional de modo determinante em toda a sua extensão, não se há de desconsiderar a bioética para o cuidado normativo dos novos realces a serem dados aos princípios que estão na base da concretização daquele direito, a saber, o da liberdade, o da igualdade e o da responsabilidade. As questões biomédicas tangenciam, assim, diretamente, o princípio da dignidade humana porque consideram o homem em seu físico e em sua psique, pelo que a proteção dos direitos humanos há que lhe conformar a quadratura normativa”.

[...]

A utilização das células-tronco embrionárias, não aproveitadas no procedimento de implantação, travada assim para a sua potencial transformação em vida futura de alguém, poderá ter o destino da indignidade, que é a sua remessa ao lixo. E o mais nobre e o mais grave: lixo de substância humana. O seu aproveitamento, guardado o respeito às condições afirmadas na legislação enfocada, permite a dignificação da célula-tronco embrionária, que não será então descartada, antes, será transformada em matéria dada à vida. (BRASIL. STF, 2008, p. 361 e 362)

O ministro Joaquim Barbosa defende a importância do princípio da livre expressão científica:

[...] a finalidade da lei foi regulamentar e permitir o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Pesquisas, estas, que buscam tratamento e cura para inúmeras doenças hoje tidas por incuráveis. Há milhares de pessoas no Brasil que sofrem dessas doenças e que poderiam ter uma qualidade de vida melhor ou mesmo poderiam ter de volta sua saúde, se médicos e cientistas, através de pesquisas sérias, utilizando, também, células-tronco embrionárias, puderem ter a oportunidade de encontrar tratamentos eficazes para essas doenças. (BRASIL. STF, 2008, p. 463).

O ministro Marco Aurélio alega que deixar de salvar vidas ou melhorar a qualidade de vida de pessoas acometidas com

doenças cujas maiores esperanças de melhoria encontram-se em pesquisas com material que seria descartado se trata de preconceito e egoísmo. (BRASIL. STF, 2008).

Entretanto, faz-se necessário considerar, como supracitado, o alcance efetivo dos resultados de pesquisas complexas e tratamentos médicos sofisticados ao dia-a-dia da população brasileira, para que se possa defender benefícios reais, não apenas criar expectativas.

Sendo assim, uma vez que direitos fundamentais como um todo exigem custos estatais, a proteção de alguns em detrimentos de outros, proteção essa que reforça a desigualdade social do país, tem de ser escancarada para que o povo, enquanto autor dos direitos preteridos aja como agente ativo na implementação de direitos e exija sua garantia, em especial, aqui, do direito à saúde.

5 Conclusão

Os direitos fundamentais, à exemplo do direito à saúde são assegurados pela Constituição Federal da República, de forma que a população como um todo deveria se ver amparada pela efetivação do direito em seu dia-a-dia.

O panorama real do cotidiano brasileiro, porém, se diferencia em grande medida a despeito das garantias constitucionais. O acesso ao Sistema Único de Saúde é muitas vezes precário e observa-se de forma clara o privilégio das classes econômicas elevadas.

Em análise a ADI 3510, notou-se a recorrência entre os ministros do discurso dos benefícios à saúde da população proporcionados por meio da pesquisa com células-tronco embrionárias.

As pesquisas apresentam, efetivamente, resultados promissores no tratamento de diversas doenças cujos portadores depositam carga elevada de esperança nos tratamentos que surgirão a partir delas.

Entretanto, é necessário levar em consideração, desde o momento presente, a efetivação do direito à saúde na população

brasileira, sobretudo no que tange o tratamento de doenças que demandam custos elevados.

A partir disso, fez-se uma análise a respeito do custo dos direitos fundamentais, através da qual foi possível concluir pela existência de custo para a efetivação de todo e qualquer direito fundamental.

Desta feita, propõe-se uma reanálise das perspectivas da reserva do possível, incluindo direitos tidos como negativos na figura, para que configurem como alternativas quando da escolha entre os direitos que serão priorizados.

Para isso, é necessário que as pessoas assumam seus papéis de agente dentro do Estado, e, uma vez inteirados de seus direitos e circunstâncias, sejam capazes de cobrar a efetivação de seus direitos.

Referências

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 15/12/20.

BRASIL. **Lei Nº 11.105, de 24 de Março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de

1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em 15/12/20.

EITELVEN, Tatiane; MENIN, Rosiendi Polesello; FUSIGER, Keli Chies; BENVENUTTI, Viviane; ZANINI, Jéssica; CAUMO, Cedenir Roberto; BALESTRIN, Raquel Cristina. Aplicações biológicas de células-tronco: benefícios e restrições. **Revista Interdisciplinar de Ciência Aplicada**. Vol.2, n.3, 2017. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/ricaucs/article/view/5134>>. Acesso em 27/12/20.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Ludmila Mourão Xavier; PEREIRA, Igor Alcantara; TORRES, Heloísa Carvalho; CALDEIRA, Antonio Prates; VIANA, Marcos Borato. Acesso e assistência à pessoa com anemia falciforme na atenção primária. **Acta Paul Enferm.** 27(4), p. 388-355, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1982-0194201400058>>. Acesso em 04/01/21.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. **The cost of rights:** why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

LUNA, Naara. O Direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico. **Religião e Sociedade**. Rio de Janeiro, 33(1): 71-97, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872013000100005&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 22/12/20.

MARQUI, Alessandra Bernadete Trovó de. Doenças genéticas raras e judicialização no Brasil. **Revista Saúde**. Santa Maria, 46(2), 2020. Disponível em <DOI: 10.5902/2236583461409>. Acesso em 01/01/21.

MEIRA, Joanna Góes Castro; ACOSTA, Angelina Xavier. Políticas de saúde pública aplicadas à genética médica no Brasil. **R. Ci. Méd. biol.**, Salvador, v.8, n.2, p. 189-197, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/20612>>. Acesso em 27/12/20.

NERI, Marcelo; SOARES, Wagner. Desigualdade social e saúde no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 18(Suplemento):77-87, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2002000700009&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 02/02/21.

NETA, Rachel Freire de Abreu. Análise da escassez de recursos: um possível limite à efetivação dos direitos sociais. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. Vol.2, n.3, 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146813>>. Acesso em 29/12/20.

PEREIRA, Lygia da Veiga. A importância do uso das células tronco para a saúde pública. **Ciência&Saúde Coletiva**, 13(1), 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000100002>. Acesso em: 27/12/20.

ROESLER, Claudia Rosane; RUBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, eletrônica. Vol.19 – n.3, 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/287595356_O_JULGAMENTO_DA_ADI_N_3510_SOB_A_PERSPECTIVA_ARGUMENTATIVA>. Acesso em 27/12/20.

SALES, Lilian. “Em defesa da vida humana”: moralidades em disputa em duas audiências públicas no STF. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, 35(2): 143-164, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872015000200143&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 22/12/20.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista Argumentum**. V. 6 (2006). Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/731>>. Acesso em 02/01/2021.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas; RAUPP, Luciane. Obstáculos políticos à advocacia sanitária no Brasil: a pesquisa com células tronco embrionárias. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo. V.9, n.1, p. 86-106, 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13104>>. Acesso em 27/12/20.

VIEIRA, Daniela Koeller Rodrigues; FAVORETO, César Augusto Orazen. Narrativas em saúde: refletindo sobre o cuidado à pessoa com deficiência e doença genética no Sistema Único de Saúde (SUS). **Interface**, Botucatu, 20(56), p. 89-98, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832016000100089&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 27/12/20.

Capítulo 4

OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA: O PAPEL ESSENCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

Carina Lopes de Souza¹

Thábata Santa Catarina de Souza²

Wellinton Silva Gnoatto³

1 Introdução

A Defensoria Pública trata-se de uma importante instituição no cenário jurídico brasileiro. Desde a sua constitucionalização, ocorrida com o advento da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública passou por intensas reformas e mudanças e, atualmente, conta com uma estrutura bem delineada. Considerando esse contexto, a presente pesquisa pretende investigar qual o papel da Defensoria Pública no que diz respeito à efetivação do acesso à Justiça.

Para tanto, dividiu-se o texto em dois capítulos. Inicialmente, procura-se realizar um breve apanhado dos principais precedentes históricos que antecederam a criação da Defensoria Pública no

-
- 1 Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Advogada. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade da Faculdade Meridional (CNPq/IMED). Currículo lattes <<http://lattes.cnpq.br/3105828369221271>> Endereço eletrônico: adv.carinalopes@gmail.com
 - 2 Mestranda em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. Membro do Grupo de pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2478265556025667>>. Endereço eletrônico: thabatasantacatarina@outlook.com.
 - 3 Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Advogado. Membro do Grupo de pesquisa GEDIPI (CNPq/IMED). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6141808568896343>. Endereço eletrônico: wgnatto.adv@gmail.com

Brasil, com especial destaque para a sua constitucionalização. Busca-se ainda, explorar a estrutura contemporânea da Defensoria Pública, sua finalidade e suas características marcantes.

Em um segundo momento, abordar-se-á o acesso à Justiça no Brasil. Procura-se estabelecer uma delimitação conceitual dessa expressão. Para além disso, busca-se elencar os principais fatores que tradicionalmente obstaculizam o acesso à Justiça no país, enfatizando, sobretudo, o papel fundamental desempenhado pela Defensoria Pública para superação destes entraves.

No desenvolvimento da pesquisa serão empregados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e como técnica de pesquisa a documentação indireta.

2 A Instituição da Defensoria Pública no Brasil

A presente pesquisa busca construir, nesse primeiro momento, um breve apanhado dos principais precedentes históricos que antecederam a criação da Defensoria Pública no Brasil. Em seguida, pretende-se analisar a sua estrutura e características marcantes. Considerando tal perspectiva, é necessário destacar que essa importante instituição conta com amplo amparo constitucional na atualidade, o que somente foi possível em razão de um longo processo de afirmação e reconhecimento, cujos principais contornos serão explorados a seguir.

Nessa linha, cabe esclarecer que a assistência jurídica gratuita foi tratada, no Brasil, de maneira incipiente até o final do século XIX. Poucas normas se dedicaram à temática, as Ordenações Manoelinas e Afonsinas, por exemplo, sequer fizeram menção a essa matéria. No entanto, entre a escassa produção normativa da época, as Ordenações Filipinas merecem destaque por prever a dispensa do pagamento de custas àqueles que se declarassem pobres (ROCHA, 2016, p.267).

Além disso, tem-se notícia, por volta do ano de 1843, da criação do Instituto dos Advogados Brasileiros, que empreendeu

esforços significativos na busca pela garantia do acesso à Justiça pelas populações mais carentes. O referido Instituto também foi responsável por fomentar a criação do cargo de “advogado dos pobres”, posteriormente extinto, de maneira precoce, no ano de 1884 (GONÇALVES FILHO, 2020, p.46).

Já em 1897, com o Decreto 2.457, foi instituída a assistência judiciária aos necessitados no âmbito civil e criminal, exercida por uma comissão central e várias seccionais. Com o Decreto 20.784 de 1931, que criou o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, previu-se a assistência judiciária em todo o território nacional, sob exclusiva atribuição da OAB. No âmbito da União, destaca-se os chamados Advogados de Ofício, que atuavam junto à Justiça Militar e que serviram para, posteriormente, constituir os quadros iniciais da Defensoria Pública da União (ROCHA, 2016, p. 270).

Para além desses importantes marcos legais, cabe mencionar aqui a Constituição de 1934, primeira a assegurar, expressamente, o acesso à Justiça aos necessitados. A referida Constituição estabeleceu como dever constitucional da União e dos Estados a assistência judiciária aos necessitados, prevendo a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço. Assim, a assistência judiciária deixou de ser um ônus legalmente imposto à classe dos advogados, passando a ser reconhecida como obrigação do poder público (PAIVA; FENSTERSEIFER, 2019, p.45).

Em 16 de julho de 1934, foi promulgada a Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, nº 32, que a União e os Estados deveriam conceder “aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”. Percebe-se, portanto, que a Carta Política havia elevado o direito à assistência judiciária à estatura de norma constitucional, prevendo ainda a criação de órgãos especiais destinados ao atendimento das pessoas necessitadas. Com isso, demonstrou o constituinte o propósito de que a assistência judiciária fosse prestada de modo especializado por órgãos estatais devidamente criados

para esse fim. Paralelamente a isso, garantiu-se também a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos, positivando em nível constitucional o direito à gratuidade de justiça (ROGER; ESTEVES, 2014, p. 28).

Em notório retrocesso, a Constituição de 1937, por sua vez, foi omissa com relação à matéria. As constituições que se seguiram, editadas respectivamente nos anos de 1946 e 1967, embora tenham garantido a assistência judiciária aos necessitados, não repetiram o comando constitucional da Constituição de 1934 determinando a criação de um órgão especial com esta incumbência (PAIVA; FENSTERSEIFER, 2019, p.45)

Somente com o advento da Constituição de 1988 a Defensoria Pública se consolida, de forma plena, no cenário jurídico brasileiro, “por isso não pode haver dúvida de que o direito de acesso à Justiça, tal qual garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas também implica acesso efetivo à Justiça” (REFOSCO, 2018, p. 46). Atualmente, essa instituição conta com uma estrutura bem definida, delineada ao longo das últimas décadas, especialmente a partir da edição das emendas constitucionais 45 de 2004, 74 de 2013 e 80 de 2014 (GONÇALVES FILHO, 2020, p.49).

A base legal que legitima e resguarda a Defensoria Pública, enquanto instituição autônoma, encontra-se prevista na Constituição Federal, mais precisamente junto ao artigo 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Da leitura do referido dispositivo constitucional extrai-se algumas das características marcantes da Defensoria Pública: a permanência e a essencialidade à função jurisdicional do Estado.

Nessa linha, por ser uma instituição permanente, a Defensoria Pública não poderá ser extinta na vigência da presente Constituição Federal. À vista disso, parcela da doutrina sustenta que a existência da instituição se trata de uma cláusula pétrea heterotópica, ou seja, embora a Defensoria Pública não conste expressamente entre as cláusulas pétreas previstas no artigo 60 da Constituição Federal, não poderá ser extinta por meio da atuação do poder constituinte derivado (PAIVA; FENSTERSEIFER, 2019, p.49).

A segunda característica marcante da Defensoria Pública diz respeito ao seu caráter de função essencial à Justiça. Sobre esse aspecto, é preciso advertir, de pronto, que essa instituição não integra o Poder Judiciário. Muito embora não faça parte da estrutura do Judiciário, a Defensoria Pública desempenha papel de destaque corroborando para uma adequada prestação jurisdicional, sobretudo porque tem como finalidade prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados. Nesse sentido, cabe esclarecer que a atuação da Defensoria Pública não se restringe ao âmbito judicial, tendo em vista que uma de suas funções institucionais é, justamente, promover a solução extrajudicial dos litígios (PAIVA; FENSTERSEIFER, 2019, p.49).

A autonomia administrativa e financeira dessa instituição, por sua vez, é caracterizada como uma particularidade essencial ao fim a que ela se destina, uma vez que, somente sendo autônoma financeiramente, poderá facilitar o acesso e garantir a inclusão social por meio da Justiça. Inclusive, não raras vezes o pleito pretendido pelo assistido é posto contra o próprio Poder Público (REFOSCO, 2018, p. 46).

Diante da análise dessas características, evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 previu a figura da Defensoria Pública com o intuito de assegurar o exercício de direitos e aprimorar o sistema de Justiça. Para garantir o desempenho da missão incumbida à instituição de forma organizada, a Constituição dispôs em seu artigo 134, parágrafo primeiro, sobre a necessidade de edição de norma regulamentar pelo legislativo.

Em atenção à determinação do art. 134, § 1º, da CRFB, foi editada a Lei Complementar nº 80/1994 (recentemente modificada pela LC nº 132/2009), possuindo duas finalidades distintas: (i) organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios; e (ii) prescrever as normas gerais para a organização das Defensorias Públicas Estaduais. Assim, ao organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, a Lei Complementar nº 80/1994 mostra-se exaustiva, cuidando detalhadamente de sua estrutura, carreira, atribuições, direitos e responsabilidades (ROGER; ESTEVES, 2014, p. 73).

No entanto, quando se trata de regulamentar os aspectos das Defensorias Públicas Estaduais, a Lei Complementar nº 80/1994 traça somente normas de caráter geral, atribuindo-se, então, aos Estados-membros, a devida regulamentação das especificidades de cada região do país. A consequência disso na prática é a existência de dispositivos com redação concisa e, dessa forma, deixando ao legislador estadual a incumbência de normatizar o tema (ROGER; ESTEVES, 2014, p. 73).

Ainda, de acordo com redação do artigo 1º da Lei Complementar 80/94, conforme as alterações dadas pela Lei Complementar nº. 132/09, trata-se de incumbência da Defensoria Pública a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, seja judicial ou extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, sempre de maneira gratuita e integral (BRASIL, 1994).

A fim de regulamentar e especificar o público ao qual o serviço prestado pela instituição se destina, em regra o beneficiário precisa comprovar a insuficiência de recursos. No entanto, é importante evidenciar que não há uma taxa fixa de renda mensal para se ter direito à assistência jurídica, existindo uma margem considerável para que seja possível a análise dos casos concretos individualizados, viabilizando que se leve em consideração as singularidades do cenário no qual a pessoa que carece ser assistida por defensor se encontra, como por exemplo se a família paga aluguel ou reside em moradia própria (ALMEIDA, 2013, p. 39-41).

Os elementos abordados neste primeiro capítulo permitiram

ao leitor uma compreensão sucinta das circunstâncias de criação da Defensoria Pública no Brasil, da sua estrutura, finalidade e características. Dessa forma, a presente pesquisa pretende explorar, no segundo capítulo, alguns dos principais obstáculos no que diz respeito ao acesso à Justiça, destacando-se o papel da Defensoria Pública nesse contexto.

3 A identificação dos principais obstáculos de acesso à justiça e o papel essencial da Defensoria Pública

O termo “acesso à Justiça” trata-se de uma expressão polissêmica. Sua natureza jurídica é extremamente diversificada, designando ao mesmo tempo um princípio, um direito e uma garantia. Nesse sentido, Matos (2009, p.60) destaca que a expressão é objeto de variadas conceituações no âmbito doutrinário, podendo significar, puramente, o acesso aos aparelhos do Poder Judiciário.

Já numa perspectiva mais ampla o termo traduz o acesso aos valores e direitos fundamentais do ser humano. Essa segunda compreensão, por ser mais abrangente, é apresentada pelo autor como definição mais adequada. No entanto, mostra-se necessário esclarecer que o acesso à Justiça não se esgota no acesso ao Poder Judiciário, mas representa também e primordialmente, o acesso a uma ordem jurídica justa (MATOS, 2009, p.60)

Dessarte, o acesso a uma ordem jurídica justa compreende o direito à informação, bem como o direito à acessar facilmente uma justiça organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da bem comum, o direito a lograr de uma ordem jurídica comprometida com a melhoria da realidade socioeconômica do país, o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos e, por fim, o direito à remoção dos barreiras que obstem o efetivo acesso à Justiça (ALMEIDA, 2013, p.11)

Com efeito, alguns fatores despontam como verdadeiros

obstáculos ao acesso pleno à Justiça. Nesse sentido, Cappelletti (1988, p.12) afirma que a efetividade do direito poderia ser expressa a partir da completa “igualdade das armas” entre as partes. No entanto, o próprio autor esclarece que essa perfeita igualdade é utópica:

As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida. (CAPPELLETTI, 1988, p.12)

Evidentemente, para que se assegure o acesso à Justiça de forma plena é necessário enfrentar barreiras como: a) custas judiciais, que, geralmente, atrapalham o acesso dos necessitados à Justiça, uma vez que comprometem o sustento dessas pessoas; b) as causas que abrangem valores diminutos, que, por sua vez, tornam as despesas processuais maiores que o próprio objeto da lide; c) a demora de certas demandas para serem encerradas, o que incentiva os hipossuficientes a desistirem das ações ou a fazerem acordos por valores muito distantes daqueles a que teriam direito (ALMEIDA, 2013, p16).

No que se refere às custas processuais, cabe ressaltar que o seu pagamento pode estar associado tanto a despesas de natureza processual, como a despesas extraprocessuais, desde que indispensáveis à tramitação do processo. Estão inseridas nesse rol de despesas o custeio das atividades desenvolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se nesse conceito, além das custas de distribuição e do preparo do recurso, o porte de remessa e retorno dos autos à instância superior e as despesas de postagem de carta citatória ou intimatória (DINAMARCO, 2010, p. 474).

Dessa forma, consiste em dever do Estado Democrático de Direito prestar a assistência jurídica àqueles que necessitam. Tal direito fundamental de acesso à Justiça é concretizado pela Defensoria Pública, instituição autônoma e independente prevista

expressamente no texto constitucional brasileiro. Essa instituição desempenha o importante papel de buscar a efetivação dos direitos positivados na Constituição Federal, garantindo o próprio acesso à Justiça (GONÇALVES FILHO, 2020, p.50).

Assim a Defensoria Pública é responsável por prestar assistência jurídica, de forma integral e gratuita, aos necessitados. Nessa perspectiva é necessário ressaltar que a assistência jurídica não se confunde com a assistência judiciária. Esta última diz respeito ao serviço gratuito de representação em juízo, suprindo a capacidade postulatória, enquanto a assistência jurídica é uma expressão mais ampla, que compreende tanto a assistência judiciária como a consultoria e a orientação jurídica, inclusive extrajudicial, em geral. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a denominação “assistência jurídica integral e gratuita” em seu artigo 5º, inciso LXXIV, ampliando os limites da assistência, qualificada nas Constituições anteriores como “judiciária” (BRASIL, 1988).

Nesse âmbito, a Defensoria Pública exerce uma função indispensável, trata-se de uma instituição voltada ao pleno acesso à Justiça, e, como decorrência disso, à efetividade dos demais direitos fundamentais pleiteados pelos mais necessitados e vulneráveis, historicamente excluídos, se voltando, muitas vezes, contra o próprio Poder Executivo, responsável pela efetivação de normas jusfundamentais. Daí decorre a necessidade de atribuir-se à Defensoria Pública autonomia e independência funcional, já que não raras vezes, o exercício dos seus deveres institucionais, contraria os interesses dos governantes e de grupos detentores de parcela do poder social, capazes de influenciar questões políticas, como, por exemplo, a destinação de verbas para correta estruturação física e de pessoal das instituições públicas, valorização de seus membros, entre outros aspectos (GONÇALVES FILHO, 2020, p.55).

Diante da tamanha importância desse órgão, é preciso uma atenção política financeira, voltada a edificar uma Defensoria Pública forte, bem estruturada, com profissionais especializados e valorizados, para que se tenha, sobretudo, nas periferias dos grandes centros metropolitanos, uma instituição detentora de estrutura e

aparelhamento adequados que possibilitem aos defensores públicos, técnicos, analistas e estagiários uma atuação que corresponda às demandas (ALVES, 2015, p. 106).

Assim, no Brasil, atualmente, onde o serviço jurisdicional da Defensoria Pública não chega de forma efetiva, uma parcela significativa da população não possui acesso aos tribunais e aos instrumentos que compõem o sistema de justiça. Essa situação tolhe a efetividade dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, em relação aos quais o Estado tem o dever constitucional de assegurar (TOLFO; BRUCK, 2020, p.14).

Por conseguinte, verifica-se que a Defensoria Pública configura, a um só tempo, direito e garantia fundamental. É direito, pois cabe ao Estado propiciar assistência jurídica integral a quem demonstre insuficiência de recursos, mediante a prévia disponibilização do serviço de assistência em todo o país. É, ainda, garantia, voltada à implementação do acesso à Justiça, o que se conclui da leitura dos artigos 134 e 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988 (GONÇALVES FILHO, 2020, p.41).

Desse modo, entende-se que os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições, como a liberdade, a saúde, enfim, a própria dignidade, valor supremo, ficariam sem qualquer sentido se não viessem acompanhados de concretos instrumentos que conferissem o devido alcance prático (GONÇALVES FILHO, 2020, p.43). Nessa linha, a Defensoria Pública viabiliza a realização de direitos e o acesso à Justiça às populações economicamente debilitadas, apresentando-se como uma instituição essencial na contemporaneidade.

4 Conclusão

Foram inúmeras as inovações trazidas pela Carta Magna de 1988, refletidas na realidade social brasileira, contexto em que o presente artigo discorreu acerca das transformações de ampliação do acesso à Justiça, as quais começaram a se desenrolar no Brasil,

paulatinamente, a partir da Constituição Federal de 1934. Nesse cenário, a consolidação efetiva do acesso à Justiça ocorreu com a edificação da Defensoria Pública, primeiramente num âmbito Federal e, num segundo momento, mais localizado, a partir das defensorias estaduais.

Não obstante a Defensoria Pública ser um órgão recentemente consolidado, são nítidas as boas repercussões da sua atuação em prol da população mais atingida pelos diversos entraves de acesso à Justiça, como a exigência do pagamento das custas judiciais, que não raras vezes tornam as despesas processuais maiores que o próprio objeto da lide, bem como a demasiada morosidade de algumas demandas para serem encerradas.

Por conseguinte, a Defensoria Pública é imprescindível numa sociedade democrática, diante do seu papel de garantidora da democratização e da popularização do acesso à Justiça, seja extrajudicial ou judicialmente, à população hipossuficiente, conforme redação do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal e do artigo 134 do mesmo diploma legal.

Resta nítida, então, a primordialidade da Defensoria Pública no país. Nesse sentido, há de se reconhecer que nas periferias das regiões metropolitanas, onde a prestação jurisdicional da Defensoria Pública não chega de forma efetiva, vive uma parte da população brasileira que não é acolhida pelos serviços dos tribunais e demais instrumentos que compõem o sistema de justiça, resultando num cenário de transgressão da efetividade dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, em relação aos quais o Estado tem o dever constitucional de assegurar.

Por assim atuar, a Defensoria Pública, personificada na figura dos defensores públicos, técnicos administrativos, analistas e estagiários, viabiliza a garantia dos direitos das populações economicamente debilitadas, apresentando-se como uma instituição essencial à universalização do acesso à Justiça.

Referências

ALMEIDA, Evaldo Emmanuel Gonçalves de. **Acesso à Justiça: o papel da Defensoria Pública**. 2013. 70 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ALVES, C. F. Assistência Jurídica Integral da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. In: Jose Augusto Garcia de Sousa. (Org.). **Defensoria Pública - Coleção: Repercussões do Novo CPC - V. 5**. 1ed.Salvador: Juspodium, 2015, v. 5, p. 91-108.

BRASIL. **Constituição da República de Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2021.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Custas, despesas, honorários e danos processuais na nova Lei da Ação Civil Pública. In.COZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça: Um Princípio em Busca de Efetivação**. Curitiba: Juruá, 2009.

REFOSCO, Helena. **Ação coletiva e democratização do acesso à Justiça**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

ROCHA, Jorge Bheron. **O histórico do arcabouço normativo da defensoria pública: da assistência judiciária à assistência defensorial internacional**. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Orgs). Os novos

atores da justiça penal. Coimbra: Almedina, 2016.

ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**: de acordo com a EC 74/2013. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Caio; FENSTERSEIFER, Tiago. **Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública**. Belo horizonte: CEI, 2019.

SECO, Adriene Andrade. A Defensoria Pública como instrumento garantidor do acesso à Justiça. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v. 1, n. 1, p. 181-222, 2016.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública. In **Caminhos da Cidadania**, organizado por Alzira Alves de Abreu. FGV, 2009.

TOLFO, Andreia Cadore; BRUCK, Leonei Lançanova. A atuação da Defensoria Pública na promoção do direito de acesso à justiça no Brasil. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 3, p.1-17, 2020.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In **Participação e Processo**, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, e Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

Capítulo 5

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS COMPRAS PÚBLICAS E A CONDUTA DO GESTOR FACE A LEI Federal nº 13.979/2020

Luciane Borges¹

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma reflexão acerca do desenvolvimento sustentável garantido na Constituição Federal brasileira e promovido por meio das Licitações e Contratações realizadas pela Administração Pública e a fragilidade a que ficou exposto com a dispensa da licitação nos moldes previstos na Lei nº 13.979/2020, durante o período de ocorrência do estado de calamidade pública decretado em razão da emergência internacional pelo surto da Covid-19.

Através do conhecimento das dimensões de Sustentabilidade sociais e econômicas que devem ser observados pelo gestor público nas contratações, os quais são uma obrigação e não faculdade, busca-se analisar se a flexibilidade dada pela dispensa de licitação na nova lei não acabaria por propiciar a ocorrência de ilegalidades que podem culminar em atos de improbidade administrativa previstos no art. 37, §4º da Constituição Federal e na Lei n.º 8429/1992, bem como a imputação de crimes de responsabilidade previstos no art. 85 da Constituição Federal e regulados pela Lei n.º 1.079/1950, nos quais dentre as penas a serem aplicadas em caso de condenação

1 Mestranda em Direito (IMED); Pós-graduada em Direito Processual Civil e do Trabalho (UPF – Universidade de Passo Fundo, 2002); Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (CESUSC – Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, 2005) Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF – Universidade de Passo Fundo, 1999).

é a perda do cargo.

Para atingir nosso objetivo, esta pesquisa adota como critério metodológico o método dedutivo, partindo-se de uma análise geral da bibliografia para posterior formulação das conclusões, utilizando da técnica de pesquisa bibliográfica.

2 O desenvolvimento sustentável como balizador das compras públicas

Falar em Sustentabilidade, num primeiro momento, poderá nos remeter aquilo que entendermos como a manutenção de um meio ambiente ecologicamente sustentável², ou seja, aquelas ações que vão garantir o futuro das próximas gerações por meio de práticas ecológicas que não agredam o meio ambiente. Porém, a Sustentabilidade não está unicamente ligada ao meio ambiente, e vem recebendo, com o passar dos anos, seu merecido papel de destaque também no que se refere ao pleno desenvolvimento social e econômico da humanidade³.

Ao consultarmos o significado de Sustentabilidade no

2 A sustentabilidade ecológica é amplamente defendida por Boff: “Mesmo antes de definirmos melhor o que seja sustentabilidade, podemos avançar mostrando o que ela fundamentalmente significa: o conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Mãe Terra a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida, o atendimento das necessidades da presente e das futuras gerações, e a continuidade, a expansão e a realização das potencialidades da civilização humana em suas várias expressões. (BOFF, Leonardo. Sustentabilidade. O que é – o que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p.14)

3 Sobre a expansão da abrangência do que seja Sustentabilidade, assim posicionam-se Dias; Aquino: “Igualmente aduz-se que a percepção da faceta social da Sustentabilidade é exposta como braço umbilical das ideias econômicas e ambientais, de maneira que a visão da Sustentabilidade exclusivamente focada no meio ambiente deixava descoberto aspectos relevantes, motivando assim a sua expansão para abranger a complexidade contemporânea.” (DIAS, Felipe da Veiga; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Sustentabilidade Social: reflexões em busca de uma sociedade mais justa. In: Revista Jurídica (FURB), Blumenau, v. 23, n.º 50, jan./abr. 2019, p. 12. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7334/4309>. Acesso em: 08 jan. 2021).

Dicionário Online de Português⁴, extraímos que o seu conceito é a busca para “suprir as necessidades do presente sem afetar as gerações futuras”, através da inter-relação dos aspectos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Contemporaneamente, tanto parte da doutrina⁵ como a legislação, identificam estar vigente o princípio da Sustentabilidade nas compras públicas, o qual possui um caráter pluridimensional⁶, ou seja, vai além da questão ambiental, atingindo também as esferas sociais, éticas, jurídico-políticas e econômicas.

Ao nosso trabalho interessa conhecer e estudar as dimensões social e econômica da Sustentabilidade nas contratações públicas, fundadas em um “modelo de desenvolvimento assentado em bases adequadas, com atenção às demandas sociais, políticas e econômicas, de forma equilibrada e sem violar os direitos humanos” (SILVA, ADOLFO, CARVALHO, 2015, p. 5).

Na dimensão social da Sustentabilidade estão a efetivação dos direitos fundamentais sociais⁷, especialmente aqueles ligados a saúde, educação e segurança, consubstanciados em serviços públicos essenciais, os quais, segundo Juarez Freitas (2016, p. 63), devem ser prestados com o máximo de eficiência e efetividade possível⁸.

4 Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sustentabilidade/>. Acesso em 05 jan. 2021.

5 Sachs distribui os critérios da sustentabilidade em vários eixos distintos, que são o social, o cultural, o ecológico, o ambiental, o territorial, o econômico e o político (nacional e internacional). (SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 85-88).

6 Nesse sentido leciona Freitas: “Sustentabilidade é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional. Para consolidá-la, nesses moldes, indispensável cuidar do ambiental, sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico-político” (FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 61).

7 Para Silva; Adolfo; Carvalho, a sustentabilidade social “Abrange o domínio de recursos para a concretização dos direitos fundamentais, garantindo o acesso de todos aos serviços públicos essenciais e condições dignas de existência com maior equidade, distribuição de renda e qualidade de vida” (SILVA, ADOLFO, CARVALHO, 2015, p. 9-10. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/15383/pdf>. Acesso em 10 jan. 2021).

8 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 63.

Na dimensão econômica, Juarez Freitas⁹ afirma que a Sustentabilidade realiza-se na “pertinente ponderação, o adequado *“trade off”* entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos e privados) dos benefícios e dos custos diretos ou indiretos (externalidades)”.

Dentro deste contexto, a Sustentabilidade, tanto social como econômica, deverá ser garantida e observada pelo Estado, o qual, juntamente com a sociedade¹⁰, possui a responsabilidade pela “concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente” (FREITAS, J. 2016, p. 43).

O princípio da Sustentabilidade encontra-se vinculado ao desenvolvimento sustentável insculpido na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 3.º¹¹, e diz respeito ao papel do Estado como interventor nas condições de bem-estar, seja como prestador de serviços, agente econômico, ou ainda como indutor de condutas¹².

Um dos mecanismos mais importante para que o Estado possa propiciar o desenvolvimento nacional sustentável são as Licitações, conforme disciplinado na Lei n.º 12.349/2010¹³,

9 Ibidem, p. 70.

10 De acordo com Leonardo Boff, “Toda sociedade gira ao redor de três eixos entrelaçados entre si: o econômico, pelo qual se garante a infraestrutura material para a vida; o político, que define o tipo de organização que os cidadãos desejam e as formas de exercício e distribuição de poder; o ético, que são os valores e princípios que informam as práticas e dão sentido coletivo à vida social dentro de uma aura espiritual da vida” (BOFF, Leonardo. Sustentabilidade. O que é – o que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 125)

11 Vide art. 3º da CF: “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”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2021

12 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011, p. 131.

13 O novo requisito de desenvolvimento nacional sustentável para a licitação foi introduzido no art. 3.º da Lei nº 8.666/93 pelo art. 1º. da Lei nº 12.349/10, resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 495 de 19 de julho de 2010.

especialmente em razão do grande potencial mobilizatório dos mais diversos setores econômicos através das compras governamentais (FERREIRA, POTTUMATI, 2014, p. 202). Em razão desse novo diploma legal, o art. 3.º da Lei nº 8.666/93 passou a vigorar com a seguinte disposição:

Art. 3.º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Alguns autores tecem considerações de que a licitação não tem como finalidade o desenvolvimento nacional sustentável, sendo esta sim uma finalidade da contratação pública¹⁴. Entretanto, em que pese a impropriedade técnica, o princípio da Sustentabilidade ali expresso, é de extrema importância para as aquisições públicas, “principalmente no que tange ao seu viés social e econômico” (FREITAS, T. 2012, p. 85).

A intervenção Estatal na economia é feita também através dos contratos, e por esta razão, as licitações públicas devem observar criteriosamente o princípio da Sustentabilidade ao ponderar os custos (diretos e indiretos) e os benefícios sociais e econômicos, além dos ambientais. Conforme Juarez Freitas (2012, p. 74), devemos compreender que “em qualquer processo licitatório, o Estado tem de implementar políticas públicas, com o desempenho da *função*

14 Não há que se confundir licitação com contrato, conforme nos orienta Tiago Freitas: “O contrato administrativo, por seu turno, não pode ser confundido com a licitação, pois tem natureza jurídica diversa desta. O contrato é uma espécie de avença entre as partes contratantes, ao passo que a licitação é um procedimento, visando a aquisição ou venda (leilão) de determinado bem ou serviço” (FREITAS, Tiago. Aquisições públicas sustentáveis: o princípio da sustentabilidade encarado para além da questão ambiental. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2012, p. 85. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/direito-pos-graduacao-qual-valor-juridico-recomendacoes-oms-pandemia>. Acesso em: 14 jan. 2021).

indutora de práticas sustentáveis, ao lado da *função isonômica* de oferecer igualação formal e substancial de oportunidades”.

3 A dispensa de licitação autorizada pela Lei Federal nº 13.979/2020 em razão da pandemia do coronavírus

O dever de licitar da Administração Pública está disciplinado na Constituição Federal, em seu art. 37, XXI¹⁵, que expressamente dispõe que a contratação de obras, serviços, compras e alienações pelos entes Públicos será realizada mediante processo de licitação pública, exceto àqueles casos especificados na legislação, onde deverá ser assegurada a igualdade de condições aos concorrentes.

Ao referir que estão ressalvados, ou seja, excepcionalizados, os casos especificados na legislação, a Constituição admite que existam contratações que podem ser realizadas sem o processo licitatório, através de contratação direta, a qual encontra-se prevista na Lei n.º 8.666/1993 que estabelece, além das normas gerais para as licitações e contratações públicas, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas, respectivamente, nos arts. 24 e 25.

Aqui nos interessa o estudo da modalidade de dispensa de licitação, prevista no inciso IV do artigo 24¹⁶, que trata da

15 Vide art. 37 da CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

16 Vide inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93: “É dispensável a licitação: (...) IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou

contratação pública sem processo licitatório nos casos de emergência ou calamidade pública, a exemplo da situação vivenciada com a pandemia da Covid-19. As contratações por dispensa com enquadramento no inciso IV, visam atender imediatamente a situação emergencial ou calamitosa, e não podem ter prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, bem como devem ser “necessariamente justificadas” e o processo estar instruído com a caracterização da situação calamitosa, a razão da escolha do fornecedor ou executante e o preço contratado.¹⁷

Porém, diante da situação pandêmica que afeta o mundo todo, o legislador brasileiro entendeu serem necessárias novas diretrizes para o seu enfrentamento, a fim de tornar as contratações públicas mais céleres, eficientes e eficazes, editando em 06 de abril de 2020, a Lei n.º 13.979, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”¹⁸.

Em seu art. 4.º, a novel lei dispensa a licitação para a

calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 10 jan. 2021.

17 Vide art. 26 da Lei nº 8.666/93: “As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 10 jan. 2021.

18 Lei nº 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: 12 jan. 2021.

aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que a lei trata. Considerando tratar-se de lei federal, ela aplica-se a todas as esferas federativas, ou seja, União, Estados e Municípios, podendo haver regulamentação de procedimentos específicos para cada realidade local uma vez mantida a coerência com a legislação federal.

Uma das diferenças trazidas pela Lei n.º 13.979/2020, é o prazo de duração da dispensa de licitação nela abarcada, ou seja, poderá ultrapassar os 180 (cento e oitenta) dias da lei já existente, aplicando-se durante o período que durar a situação de emergência (§1º do art. 4.º)¹⁹, destacando-se que muito embora a emergência mencionada nesta lei trate-se da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional causada pelo surto da covid-19 declarada em 30 de janeiro de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS)²⁰, pela redação conferida pela Lei n.º 14.035/2020 ao art. 4º-H da Lei n.º 13.979/2020, o estado de calamidade pública do coronavírus foi reconhecido até o final da vigência do Decreto Legislativo n.º 6/2020 (31 de dezembro de 2020)²¹.

Importa relevar que a recente decisão de Medida Cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de

19 Vide § 1º. do art. 4º da Lei nº 13.979/2020: “(...) § 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 10 jan. 2021.

20 Notícia vinculada no site do Governo brasileiro sobre a declaração da emergência internacional pela OMS. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/01/oms-declara-emergencia-de-saude-publica-internacional-para-novo-coronavirus>. Acesso em 05 jan. 2021.

21 Vide art. 1º do Decreto Legislativo nº **6/2020**: “Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, 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 jan. 2021.

Inconstitucionalidade n.º 6.625/DE, refere-se tão somente quanto a manutenção dos dispositivos legais que visam assegurar a continuidade das medidas profiláticas e terapêuticas que a lei dispõe para o enfrentamento da pandemia, mais especificamente aqueles contidos no art. 3.º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas²², o que implica em afirmar que os dispositivos referentes a dispensa de licitação perderam sua vigência.

Também o rito processual no gerenciamento dos riscos da contratação foi adiado com a nova lei, pois ficou dispensado na oportunidade da escolha do contratado, passando a ser exigido somente quando da gestão contratual (art. 4.º-D). A contratação também poderá ser realizada mediante a sua instrução com termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado, bem como a fase de estimativa de preços poderá ser dispensada ou simplificada mediante justificativa, com o objetivo de dar maior celeridade a contratação (art. 4.º-E).

Diante dessa diminuição de requisitos e afastamento de burocracias, alguns questionamentos podem surgir, como por exemplo, como os gestores públicos estão exercendo essas liberdades em suas decisões? As contratações sob esse tipo de dispensa realmente estão observando os princípios da boa-fé e do desenvolvimento sustentável? A desburocratização das compras públicas durante o estado de calamidade pública poderão facilitar as ilegalidades cometidas por gestores que podem afetar tanto as gerações presentes quanto as futuras?

4 A flexibilização legislativa como facilitadora da prática de atos de improbidade pelo gestor público

Muito embora a permissão de contratação pública por meio de dispensa de licitação tenha sido “desburocratizada” para que se

22 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.625 Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6.625MC4.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

pudesse atender de forma mais célere e eficaz as demandas durante o período de calamidade pública, as consequências para o gestor público que incorre em ilegalidades são as mesmas já previstas nos diplomas legais vigentes.

Se antes era exigido que o gestor observasse previamente na licitação os custos ambientais, sociais e econômicos de suas escolhas administrativas, tal exigência não desapareceu com a excepcionalidade da nova lei, uma vez que a discricionariedade administrativa está vinculada a sustentabilidade²³, pois “não se depende de regras legais por acréscimo (...) para cobrar a aplicação imediata do princípio constitucional (FREITAS, J. 2012, p. 77).

Nesse contexto, é imperativo que o gestor público conduza seus atos na busca do desenvolvimento sustentável, visando sempre o bem-estar das gerações presentes, sem, entretanto, comprometer o bem-estar das gerações futuras, as quais também possuem seus direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico²⁴. Desta sorte, pode-se afirmar que as decisões administrativas, ainda que tomadas sob a justificativa de atendimento as demandas e necessidades surgidas com a pandemia, irão estender-se no tempo e no espaço, requerendo planejamento e controle.

Essas decisões estão igualmente sujeitas ao controle e

23 Das sábias lições de Juarez Freitas extraímos que: “E não só: impõe-se adicionalmente que todos os atos e contratos administrativos passem a ser sindicados à base do mandamento da sustentabilidade, que não é simples declaração programática. É diretriz vinculante, orientada para procedimentos e resultados, de cuja força normativa se podem extrair as regras aptas a depurar as cores, ora cinzentas, da gestão pública. Mais do que “verde”, quer-se uma licitação com todas as cores limpas. (FREITAS, Juarez. Princípio da sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. In: Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 38, Jul-Dez 2012, p. 75. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3234/2267>. Acesso em 05 jan. 2021).

24 Segundo Juarez Freitas, “Não há como tergiversar ou fingir indiferença: a contratação administrativa, para se legal e legítima, terá de ser sustentável. Como sublinhado, as gerações futuras são, desde já, titulares de direitos fundamentais (CF, art. 225), de modo que o longo prazo, acompanhado do controle preventivo, torna-se horizonte ineliminável no julgamento das decisões administrativas”. (FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

fiscalização das contratações públicas²⁵, e as ilegalidades praticadas pelo gestor resultam em atos de improbidade administrativa conforme disposto no art. 37, §4.^o²⁶ da Constituição Federal e regulado Lei n.º 8.429/1992, bem como podem ser alvo de processos de impeachment pela tipificação de crime de responsabilidade previsto no art. 85, V²⁷, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n.º 1.079/1950, que aplica-se ao Presidente, Governadores, Prefeitos e Ministros de Estado, podendo sofrer acréscimos pelas legislações locais.

Tendo o Brasil um histórico de escândalos marcados pela imoralidade administrativa, na grande maioria das vezes envolvendo cifras expressivas, a flexibilização das regras atinentes as compras públicas, especialmente aquelas realizadas por meio de dispensa de licitação autorizadas pela Lei n.º 13.979/2020 acabam por gerar certa incredulidade na ações dos gestores.

Prova disso são os pedidos de impeachment movidos contra os chefes do Executivo de três estados brasileiros²⁸: Wilson Witzel do Rio de Janeiro, Wilson Lima do Amazonas, e, Carlos Moisés de Santa Catarina, todos sob a acusação de desvios de verbas e irregularidades na compra de insumos para combater a pandemia

25 Vide art. 4º-K da Lei n.º 13.979/20: “Os órgãos de controle interno e externo priorizarão a análise e a manifestação quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade das despesas decorrentes dos contratos ou das aquisições realizadas com fundamento nesta Lei”. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 10 jan. 2021.

26 Vide §4º do art. 37 da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2021

27 Vide art. 85, inciso V da Constituição Federal: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

28 RIVEIRA, Carolina. “Rio, SC, Porto Alegre: os processos de impeachment em debate no Brasil. EXAME, São Paulo: 03 set. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/rio-sc-porto-alegre-os-processos-de-impeachment-em-andamento-no-brasil/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

do novo coronavírus.

Conforme noticiado na mídia²⁹, o governo do Estado do Rio de Janeiro chegou a empenhar R\$ 1 bilhão para o pagamento de contratos emergenciais sem licitação para o combate à Covid-19. Uma vez que seja comprovada a utilização da flexibilização legislativa para o desvio ou superfaturamento nas contratações, estar-se-á, além da prática inquestionável de ato corruptivo, infringindo-se o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, pois criasse um entrave para o crescimento econômico e qualidade de vida não somente para as gerações futuras, mas também para a atual, que deixa de ter os valores investidos em seu benefício³⁰.

Indubitável está que, uma vez caracterizada a corrupção administrativa nas contratações públicas feitas sob a égide da Lei n.º 13.979/2020, envolvendo especialmente valores estratosféricos, sensíveis prejuízos serão sofridos pelo desenvolvimento nacional e pela implementação dos direitos individuais e sociais (REMÉDIO, REMÉDIO, 2018, p. 102).

Ainda que o Brasil possua legislação que pune os gestores públicos pelos atos de ilegalidade ou improbidade administrativas, é sabido que as mesmas são insuficientes e incapazes de eliminar os desvios, havendo que se cogitar da construção de um sistema mais eficaz no seu combate. Por ora, caberá aos Tribunais e a sociedade exercer a fiscalização das compras públicas, tarefa extremamente árdua diante de uma corrupção administrativa complexa e

29 NASCIMENTO, Tatiana. Governo do RJ gasta R\$ 1 bilhão em contratos sem licitação para combate à Covid-19. G1, Rio de Janeiro, 10 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/10/governo-do-rj-gasta-r-1-bilhao-em-contratos-sem-licitacao-para-combate-a-covid-19.ghtml>. Acesso em: 12 jan. 2021.

30 Como exemplo desta afirmação: “A título de exemplo, em 2012 a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) apresentou estudo no qual estimava o custo médio anual da corrupção ou improbidade administrativa no Brasil em no mínimo 50,8 bilhões de reais, montante esse suficiente para construir cerca de 57 mil escolas ou 908 mil casas populares (Arantes, 2014, p. 22)”. (REMÉDIO, Davi Pereira; REMÉDIO, José Antonio. Direito e Desenvolvimento: Corrupção Administrativa e Ação Civil por Improbidade Administrativa. In: RDU, Porto Alegre, Volume 14, n. 81, 2018, mai-jun 2018, p. 103. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2890/pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021).

sofisticada.

5 Conclusão

A concepção de que a expressão Sustentabilidade venha referir-se exclusivamente sobre a relação do homem com a natureza vem sendo cotidianamente superada. Sua natureza multidimensional vem sendo aceita pela doutrina contemporânea, que já reconhece haver uma interdisciplinaridade da dimensão ambiental com as dimensões sociais, econômicas, culturais e territoriais.

O desenvolvimento sustentável previsto na Constituição Federal do Brasil é também moldado pelo princípio da Sustentabilidade, sendo aquele promovido pelas Licitações e Contratações Públicas, onde as dimensões de Sustentabilidade social e econômica devem ser observados pelos gestores públicos, pois as decisões que eles tomam hoje, não somente afetam as gerações presentes, como também as gerações futuras.

Em que pese o sistema jurídico brasileiro já possuísse legislação específica regulando as Licitações e Contratações Públicas, a ocorrência da situação de calamidade pública decretada em razão da pandemia mundial da Covid-19 trouxe nova lei que possibilitou ao gestor público dispensar algumas espécies de licitações, visando dar maior celeridade e efetividade ao atendimento das demandas geradas pela emergência internacional.

Porém, a informação que a mídia tem trazido para a população traz a tona o temor de que alguns gestores estejam se aproveitando da “desburocratização” fornecida pela praticidade da novel lei para praticar ilegalidades que resultam em atos de improbidade administrativa. Tal atuação implica num grave descumprimento do desenvolvimento sustentável, pois os recursos ilicitamente desviados acabam por prejudicar as gerações atuais, e por conseguinte, também as gerações futuras.

A prática destes atos corruptivos afetam significativamente a população, pois os valores que vierem a ser desviados, deixam de ser

utilizados adequadamente na efetivação de direitos fundamentais, não somente durante a pandemia, mas também após o seu término, uma vez que geram um prejuízo aos cofres públicos que muito dificilmente serão recuperados.

Este artigo, não tem a pretensão de esgotar o tema proposto, objetivando iniciar uma reflexão sobre as implicações para o desenvolvimento sustentável nacional que possam surgir da tentativa do legislador de conferir maior praticidade as compras públicas em momento extremamente delicado, alcançando ao gestor um poder discricionário cujas decisões impactarão na realização contínua de direitos individuais e coletivos.

Um momento tão delicado e jamais imaginado, com certeza exige do gestor público agilidade em suas decisões, mas o seu compromisso com a legalidade deve prevalecer, assim como a gestão dos recursos públicos empregados nas dispensas realizadas sob o abrigo da nova legislação deverá ser realizada de forma coerente, com ética e eficiência, pois a corrupção impede a concretização dos direitos fundamentais, retira a credibilidade das instituições e é um inimigo potente do desenvolvimento sustentável.

Referências

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**. O que é – o que não é. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo n.º 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 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950.** Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%201.079%2C%20DE%2010,o%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=Art.&text=3%C2%BA%20A%20imposi%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena,das%20leis%20de%20processo%20penal. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 12.349 de 15 de dezembro de 2010.** Altera as Leis n.ºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei n.º 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.625 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6.625MC4.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

CASTROVIEJO, Gabriela Gomes Acioli. Coronavírus (COVID-19) e Dispensa de Licitação: análise sob a ótica da Lei 13.979/2020. In: **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/coronavirus-covid-19-e-dispensa-de-licitacao->

analise-sob-a-otica-da-lei-13-979-2020/. Acesso em: 07 jan. 2021.

DIAS, Felipe da Veiga; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Sustentabilidade Social: reflexões em busca de uma sociedade mais justa. In: **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 23, n.º 50, jan./abr. 2019, p. 1-20. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7334/4309>. Acesso em: 08 jan. 2021.

Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sustentabilidade/>. Acesso em 05 jan. 2021.

FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 1, 2014 p. 201-213. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2668/pdf_1. Acesso em: 08 jan. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. In: **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013, p. 35-53. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/132/275>. Acesso em: 05 jan. 2021.

FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. In: **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, nº 38, Jul-Dez 2012, p. 74-94. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3234/2267>. Acesso em 05 jan. 2021.

FREITAS, Tiago. Aquisições públicas sustentáveis: o princípio da sustentabilidade encarado para além da questão ambiental. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2012, p. 83-94. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/direito-pos-graduacao-qual-valor-juridico-recomendacoes-oms-pandemia>. Acesso em: 14 jan. 2021.

REMEDIÓ, Davi Pereira; REMEDIÓ, José Antonio. Direito e Desenvolvimento: Corrupção Administrativa e Ação Civil por Improbidade Administrativa. In: **RDU**, Porto Alegre, Volume 14, n. 81, 2018, maio-jun 2018, p. 102-122. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2890/pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

RIVEIRA, Carolina. Rio, SC, Porto Alegre: os processos de impeachment em debate no Brasil. **EXAME**, São Paulo: 03 set. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/rio-sc-porto-alegre-os-processos-de-impeachment-em-andamento-no-brasil/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16794597/caminhos-para-o-desenvolvimento-sustentavel-ignacy-sachs>. Acesso em: 08 jan. 2021.

SILVA, Denival Francisco da; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CARVALHO, Sonia Aparecida de. Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM** www.ufsm.br/revidireito v. 10, n. 1, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/15383/pdf>. Acesso em 10 jan. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011, P. 127-149. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/212/203>. Acesso em: 10 jan. 2021.

NASCIMENTO, Tatiana. Governo do RJ gasta R\$ 1 bilhão em contratos sem licitação para combate à Covid-19. **G1**, Rio de Janeiro, 10 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/10/governo-do-rj-gasta-r-1-bilhao-em-contratos-sem-licitacao-para-combate-a-covid-19.ghtml>. Acesso em: 12 jan. 2021.

Capítulo 6

O DIREITO DE MORAR FRENTE ÀS REMOÇÕES E DESPEJOS FORÇADOS

Suelen Silva de Oliveira¹

Aline Trindade²

Jarbas Paula de Souza Junior³

1 Introdução

O processo de urbanização acontece quando a população urbana aumenta em detrimento da população que vive na zona rural, e esse fato se intensificou no Brasil a partir do século XX, quando a população rural passou a buscar condições melhores de vida nas cidades. Toda essa conjuntura se inicia com a marcha da industrialização no século XIX, que passou a atrair pessoas para as cidades em busca de emprego e qualidade de vida.

Num segundo momento, o capitalismo e o desenvolvimento das tecnologias também estimularam as pessoas a consumirem, fazendo com que a população migrasse para cidades maiores. Contudo o aumento da população cresceu em descompasso com o planejamento urbano, pois não havia espaço para todos, o que acarretou nas ocupações irregulares e proibidas de espaços públicos e privados, sem que houvesse estrutura adequada para habitação.

É fato que a parcela suscetível às consequências dessas condições é a população com menor poder aquisitivo e, por este

1 Mestranda do PPGD da Faculdade IMED. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2168188541729202>, ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6024-511X>.

2 Mestranda do PPGD da Faculdade IMED. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6201055881085102>, ID ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1806-4793>.

3 Mestrando do PPGD da Faculdade IMED. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4312617653077312>, ID ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2232-3663>.

motivo, ocupam as localidades comuns (praças, viadutos e vias férreas) ou com eminentes riscos à vida (encostas íngremes). E, na condição de segregados passam a habitar periferias e guetos, muito distantes do contexto das cidades, com poucas condições favoráveis.

Diante das problemáticas vivenciadas por parcela considerável da população no que tange ao acesso à moradia digna, a intervenção do poder público, em caráter emergencial e de forma ativa se mostra necessária e imprescindível. E essa necessidade ficou ainda mais evidente com pandemia da Covid-19. Nesse contexto, o poder público municipal possui papel fundamental e estratégico na execução das políticas e concretização das ações urbanísticas, e a forma como dirige as ações habitacionais pode assegurar de forma efetiva a participação da população destinatária no processo de composição do espaço urbano, bem como garantir o cumprimento dos direitos fundamentais.

Faz-se uma explanação do que compreende uma moradia adequada. E, com base nessa questão será analisada a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, adotada na ADPF 828, que teve como objeto as ações de remoções e despejos durante a pandemia da Covid-19. Como método procedimental será utilizado o bibliográfico, com pesquisas em doutrinas especializadas, em livros ou artigos, através de uma abordagem dedutiva.

2 A moradia adequada como elemento indispensável na preservação da integridade da vida humana

Inserido no texto constitucional de 1988 como um direito social, através da emenda constitucional 26/2000, o direito à moradia é posto como garantia básica e elementar de todo ser humano, sem qualquer distinção. Em que pese essa garantia tenha sido inserida no texto constitucional como um direito fundamental e social somente com a emenda acima indicada, seu fundamento tem como base a declaração da dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1.º, III da Constituição Federal, além de ser considerada

como necessidade básica a ser amparada pelo salário mínimo, nos termos do que dispor o inciso, IV, art. 7.º da CF/88.

Segundo Novelino (2016, p. 466),

O direito à moradia, mesmo antes de sua consagração expressa entre os direitos sociais pela Emenda Constitucional nº 26/2000, já era considerado por parte da doutrina como direito fundamental implícito, com base no dispositivo que prevê a competência dos entes federativos para promover programas de construção de moradias, assim como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX).

Em âmbito Internacional a proteção da moradia é firmada como um direito universal e independente. E, é nesse contexto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 propôs no art. XXV, n.º 01 que:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (grifei) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, p. 13, 2009)

Há diversas passagens em tratados e convenções internacionais destacando a importância do direito à moradia e a necessidade de observância pelos Estados para seu cumprimento, dentre as normas destaca-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil através Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, que por considerar o direito de moradia como universal, assim dispôs:

ARTIGO 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito,

reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifei) (BRASIL, 1992)

Visando interpretar o conceito de moradia adequada o Comentário Geral n.º 04 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴, apontou que:

[...] o direito à moradia não deve ser interpretado em sentido estrito ou restritivo que o iguale, por exemplo, ao abrigo fornecido meramente como um telhado sobre cabeça ou o considere exclusivamente como uma mercadoria. Pelo contrário, deve-se considerá-lo como o direito de viver com segurança, paz e dignidade em algum lugar (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1991, p. 258)

O direito de morar está relacionado a um padrão de vida adequado, e engloba habitação em local digno, saudável e seguro, e de forma mais ampla ao próprio direito à cidade, que inclui e ideia do exercício da cidadania e participação democrática na política das cidades.

Nos termos do Comentário, morar adequadamente implica na conjugação dos seguintes elementos: Segurança legal da ocupação; disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; acessibilidade; habitabilidade; facilidade de acesso; localização estratégica de forma a facilitar o acesso a outros serviços e atividades, e respeito pelo meio cultural (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1991).

Segundo as disposições do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) da Organização das Nações Unidas - ONU:

Os Estados devem assegurar a satisfação de, pelo menos, os níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Isso implica que cada um dos direitos reconhecidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) contém

4 O Comentário Geral n.º 4, foi elaborado para interpretar os padrões internacionais de direitos humanos que dizem respeito ao direito à moradia adequada, e serve como orientação aos Estados signatários. O presente Comentário foi construído na sexta sessão de Direitos Humanos no Timor-Leste em 1991.

um mínimo de elementos que são de cumprimento imediato e obrigatório para o Estado, e que devem ser prioritários na alocação de recursos públicos. (ROSSI; DAVID; CHAPARRO, 2020, p. 31).

Nos ensinamentos de Nelson Saule Júnior (2004, p. 133) o alcance da finalidade do direito à moradia depende do resultado da equação moradia e padrão de vida. Se o resultado for pessoas com moradia adequada igual a pessoas com padrão de vida adequado, a finalidade do direito à moradia estará sendo atingida.

Importante frisar que a natureza meramente programática do direito social à moradia não subsumi sua inaplicabilidade e inexecutabilidade. A reivindicação de uma casa por si só não implica na obrigatoriedade de atendimento do pedido pelo Estado, mas a garantia deve ser resguardada quando o objetivo é estabelecer o mínimo existencial de uma pessoa, a exemplo de quem vive na rua ou em condições de perigo e inadequadas e que não dispõem de outro meio para suprir a falta de uma habitação digna. Neste caso há um direito subjetivo apto a ser executado. (PANSIERI, 2012).

Nesse sentido, a não viabilização de uma moradia adequada a quem mais necessita reflete de forma negativa em outras garantias essenciais na vida de uma pessoa, como saúde, trabalho, educação, segurança, transporte, lazer, etc. Sem contar que para os atos mais simples e de exercício da cidadania é necessário a comprovação de endereço, como por exemplo: para o atendimento em postos de saúde é preciso a declaração de um endereço, para realizar matrículas em estabelecimentos de educação o endereço também é requisito.

De todo modo, morar de forma adequada não se resume a construção de moradias para todos, mas exige um maior comprometimento do Estado na disponibilização de moradias que estejam localizadas nas proximidades de serviços públicos, do trabalho, do lazer, que disponha de saneamento básico, água potável, energia elétrica tanto domiciliar como nas ruas, que disponha de asfaltamento e cômodos suficiente para atender a necessidade de cada família.

Os problemas habitacionais são antigos. Existem casas, mas

muitos sem moradias. Grande parte da população brasileira e que fazem parte da classe menos favorecida não dispõem de um teto e diante da inefetividade dos programas habitacionais ou mesmo por sua falta pessoas encontram nas ocupações urbanas a única forma de exercer o direito de morar. De outro lado, o poder público, além de permitir a consolidação e o aumento de ocupações irregulares, cuida por promover remoções e despejos forçados sem apresentar alternativas habitacionais.

3 Déficit habitacional e ausência de políticas públicas habitacionais efetivas

A partir do século XIX inicia uma mudança na construção do espaço urbano. As cidades chamam a atenção da população rural. No século XIX, problemas de urbanização estavam centralizados na questão sanitária ou estética da cidade. Todavia, no século XX, com o crescimento das cidades e a migração da população do campo para os centros urbanos foi necessário voltar a atenção para outras questões, além das já mencionadas, como a elaboração de normas jurídicas que disciplinavam as edificações e o estabelecimento de alguns planos urbanísticos. (DI SARNO, 2004)

O desenvolvimento da tecnologia e o surgimento de polos econômicos refletiram na organização das cidades e na motivação da população (DI SARNO, 2004, p. 4). Por conseguinte, esse processo de urbanização provocou estimulação da sociedade ao consumo, fazendo com que a população procurasse os centros com o objetivo de aquisição de bens (DI SARNO, 2004).

Como ponto de partida para a problemática urbana, Henri Lefebvre (2011) apresenta o processo de industrialização e o capitalismo concorrencial. Segundo o autor,

quando a industrialização começa, quando nasce o capitalismo concorrencial com a burguesia especificamente industrial, a Cidade já tem uma poderosa realidade. O fenômeno urbano se estende sobre uma grande parte do território, nos grandes países industriais. Atravessa alegremente as fronteiras nacionais

(...). As concentrações urbanas tornam-se gigantescas, as populações se amontoam atingindo densidades inquietantes (por unidade de superfície ou de habitação) (1991, p. 12)

Esse movimento de aglomeração nas cidades contribuiu para a ocorrência da desigualdade e exclusão social, e concorreu para o caos urbano que se apresenta na atualidade, a exemplo das questões habitacionais. O direito à moradia se apresenta como um problema irresoluto, uma vez que parcela considerável da população não possui condições financeiras para obtenção da moradia digna através do mercado formal ou programas públicos de habitação, razão pela qual as pessoas acabam por ocupar espaços inadequados nos grandes centros e pelos cantos das cidades para se alojarem e se protegerem. Milton Santos (1993) vincula o problema do acesso à terra e à habitação à especulação imobiliária. Segundo o autor, “o déficit de residências também leva à especulação e os dois juntos conduzem à periferização da população mais pobre e, de novo, ao aumento do tamanho urbano. (SANTOS, 1993, p. 96)

Conforme constatado pela Fundação João Pinheiro em 2016, o déficit habitacional foi de 5,657 milhões de domicílios, e em 2019, este número subiu para 5,876 milhões de domicílios, dos quais 5,044 milhões estão localizados em área urbana e 832 mil, em área rural. (FJP, 2021 p. 14-113). A pesquisa mostrou que o alto custo dos alugueis se apresenta como primeiro fator, seguido das moradias precárias e na sequência as coabitações. (FJP, 2021)

O fato é que por conta do custo exorbitante dos alugueis de imóveis e da falta de condições para arcar com as despesas, famílias de baixa renda ocupam imóveis vazios dando-lhes uma função social. Muitos destes locais são identificados não dispõem do mínimo de infraestrutura. Nesse contexto, ou as pessoas comem ou pagam para morar. Conforme o Censo 2010 do IBGE, o Brasil tinha cerca de 11,4 milhões de pessoas morando em favelas. (IBGE, 2019).

Toda essa problemática ficou ainda mais evidenciada com a ocorrência da pandemia da Covid-19, pois diante das recomendações governamentais quanto à necessidade do distanciamento social e

da manutenção da higienização uma nova realidade se manifesta e revela a desigualdade socioespacial como a falta de habitação, existência de moradias precárias e ausência de saneamento básico.

De certo modo a distribuição dos investimentos públicos adotada pelo Brasil não é feita de forma igual e a política fiscal no Brasil não é prudente. A ideia que se tem, portanto, é abandonar a política de austeridade e projetar um novo modelo de política fiscal e de desenvolvimento econômico, social e ambiental para o Brasil. (DWECK, 2020) Em que pese à limitação de recurso dos Estados, estes devem, de forma imediata, adotar todas as medidas devidas, até o máximo de recursos disponíveis e com mobilização de novas receitas para chegar à plena efetividade dos direitos (ROSSI *et al*, 2020, p. 31-32).

De todo modo, o suprimento habitacional é previsto no Texto Constitucional, como sendo competência comum entre os entes federativos. Exigindo, portanto, ação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na assistência à população segregada e excluída do tráfico habitacional. No entanto, a execução da política de desenvolvimento urbano é atribuição do poder público municipal, e tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal de 1988.

Segundo Nelson Saule Júnior (2004), a competência para execução de políticas urbana é preponderante dos municípios, contudo, em face do que prescreve a competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico e das obrigações estabelecidas como competência comum, a preponderância municipal em executar tais políticas urbanas não consiste em diminuir ou retirar a responsabilidade da União e dos Estados.

O direito de morar, requer atuação positiva do poder público municipal, que deve fazer através de políticas públicas urbanas e habitacionais. E estas medidas devem incluir alternativas de acesso à habitação adequada e articulada com a política urbana e

fundiária, além de prever o controle e coerção de novas ocupações irregulares. Todo esse trabalho deve estar voltado à democratização do acesso à terra, o que inclui a regulamentação da atuação do setor privado nas questões habitacionais e a promoção da participação da população atingida.

4 Os impactos das ações de remoções e despejos durante a pandemia da Covid-19 (análise da ADPF 828)

O Comentário Geral n.º 07, formulado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, emprega o termo “remoção forçada” como sendo a remoção permanente ou temporária realizada contra a vontade dos indivíduos, famílias e/ou comunidades das casas e/ou terras que ocupam sem o fornecimento e o acesso a formas adequadas de proteção legal ou de outro tipo. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997, p. 286) Nesse aspecto, O comitê da ONU cuidou por ressaltar que a proibição de remoções forçadas não se resume àquelas realizadas por meio da força, mas engloba àquelas efetivadas contrariamente ao direito e normas internacionais de direitos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997). Portanto, as remoções se justificam diante de situações excepcionais, e desde que observadas normas internacionais de direitos humanos.

Em 17 de outubro de 2018, o Conselho Nacional de Direitos Humanos publicou a Resolução n.º 10. A resolução dispõe que a permanência das pessoas nas ocupações com a garantia de serviços essenciais deve ser mantida enquanto não houver outra alternativa, e estabeleceu que remoções e despejos devem se dar somente em situações extraordinárias, de forma que os ocupantes sem um teto, além de reforçar que as pessoas não tenham prejuízos materiais quando removidas e que às crianças e adolescentes sejam garantidas acompanhamento médico e não sejam afastadas do acesso à educação (CNDH, 2018).

Em que pese a existência de um arcabouço de normas e

orientações nacionais e internacionais, é fato que remoções e despejos forçados são executados sem que sejam dadas às pessoas meios de defesa ou alternativas para se abrigarem. E, muitas vezes são acompanhadas de violência e agressão, e nesse sentido, além de causar danos materiais e morais aos seus ocupantes de difícil reversão, transporta o problema da habitação para outras localidades e viola outros direitos humanos como o acesso à saúde, alimentação, água potável, educação, trabalho, liberdade de se movimentar, etc.

Constata-se que mesmo em meio a crise decorrente da pandemia da Covid-19, e que ficar em casa é a melhor alternativa para reduzir os números atingidos pelo vírus, muitas pessoas são desabrigadas sem que lhes sejam garantidas condições mínimas para que possam se proteger. Mesmo com a crise estabelecida pelo vírus da Covid-19 o processo de remoção e despejos continuaram no Brasil. De acordo com os dados divulgados pela Campanha Despejo Zero, 9.156 (nove mil, cento e cinquenta e seis) famílias foram despejadas em quatorze estados da federação, e outras 64.546 (sessenta e quatro mil, quinhentas e quarenta e seis) se encontram ameaçadas de despejo. (BRASIL, 2021)

A fim de minimizar o impacto social que as remoções e despejos forçados poderiam causar a milhões de brasileiros, em 02 de março de 2021, o Conselho Nacional de Justiça proferiu a Recomendação n.º 90, para que órgãos do Poder Judiciário avaliem com especial cautela o deferimento de tutela de urgência que tenha por objeto desocupação coletiva de imóveis urbanos e rurais, sobretudo nas hipóteses que envolverem pessoas em estado de vulnerabilidade social e econômica, enquanto perdurar a situação de pandemia de Covid-19 (CNJ, 2021, p. 2). Com a situação de calamidade pública, no dia 03 de junho de 2021, o STF proferiu decisão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 828, e suspendeu todos os processos e todas as medidas de remoção, desocupação, reintegrações de posse ou despejos enquanto perdurar a pandemia. (BRASIL, 2021). A medida cautelar determinou a suspensão por 06 (seis) meses das remoções de ocupações coletivas estabelecidas antes do início da

pandemia, ou seja, antes de 20 de março de 2020⁵.

No que tange às ocupações que ocorreram a partir de 20 de março de 2020, o Supremo determinou que o Estado promovesse ações para evitar o estabelecimento de novas ocupações irregulares, contanto que o poder público direcione os ocupantes para abrigos públicos ou locais com infraestrutura dignas e adequadas para a preservação do isolamento social. A decisão não abarca moradores de área de risco e nem integrantes de facções criminosas. (BRASIL, 2021).

A decisão retrata um avanço na proteção dos direitos fundamentais e vai ao encontro das orientações proferidas pelas Convenções e normas de Direitos Humanos Internacional e à Constituição Federal de 1988, pois além de proteger o direito fundamental à moradia, de forma indireta protege o direito a saúde, e, sobretudo o direito à vida. Dito de outra forma, proteger a moradia é o meio mais racional para se manter o isolamento social e encarar a pandemia. Não que a proteção do direito de propriedade esteja sendo sacrificada, contudo, o direito à moradia representa uma necessidade essencial do ser humano e deve preponderar sobre as questões exclusivamente patrimoniais.

Robert Alexy (2015, p. 513) destaca que a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas, e que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.

Em que pese alguns Estados tenham tomado providências de impedimento de remoções e despejos, a exemplo do Rio de Janeiro⁶, o fato é que grande parte do Brasil não possui políticas públicas para atendimento das necessidades urgentes de moradia

5 A partir de 20 de março de 2020 se estabeleceu o Estado de Calamidade Pública, quando entrou em vigor o Decreto Legislativo nº 6/2020.

6 O Estado do Rio de Janeiro institui o Decreto Lei 9020/20, a partir do qual ficou suspenso o cumprimento de mandados de reintegração de posse e imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extra-judiciais enquanto medida temporária de prevenção ao contágio e de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19).

que se estabelece. De certo modo, o poder público acaba sendo produtor da própria informalidade quando ele mesmo passa a tolerar ocupações irregulares que se estendem por anos.

O fato é que diante da inexistência de políticas públicas habitacionais o poder público acaba tolerando ocupações indevidas. E essa omissão promove de fato a segregação social e o fortalecimento da cidade ilegal. De toda forma a atuação estatal deve ser direcionada para a promoção das pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade, e o Estado tem como dever garantir a integridade física das pessoas.

5 Conclusão

Os assuntos envolvendo os problemas de moradia são antigos e tem origem no crescimento populacional da cidade e o processo de urbanização. Certamente que o grupo mais atingido é o que compõem a classe com menor poder aquisitivo, que, diante da ausência de planejamento e alternativas por parte do Estado, e falta de condições financeiras para arcar com os aluguéis caros, acabam por ocupar espaços inadequados para se instalar e habitar com seus familiares.

De certo modo, ante a falta de políticas públicas habitacionais o Estado, na maioria dos casos, acaba por permitir essas ocupações que ultrapassam as cidades e se consolidam no tempo. Quando pressionados a tomar iniciativas os municípios ingressam com ações de reintegração de posse de suas áreas e promovem as remoções coletivas sem ao menos apresentar alternativas para realocação das famílias, causando prejuízo à integridade física e mental das pessoas.

Em que pese o prazo de suspensão das remoções e despejos de 06 (seis) meses tenha sido uma decisão vitoriosa à classe social mais pobre, após a instalação da normalidade com o fim ou minimização da pandemia, as ações de remoções e despejos terão continuidade e centenas de brasileiros estarão ao relento novamente e em situações degradantes.

O direito fundamental à moradia se mostra como uma garantia cuja efetivação precisa ser destacada em decorrência da própria supremacia constitucional. Não lhe cabendo a atribuição de um valor a ser alcançado. Dito de outra forma, deve o poder público, viabilizar e empregar todas as forças no sentido de promover a concretização do direito fundamental e social de moradia de forma abrangente, o que envolve movimentação com políticas públicas e participação democrática das partes diretamente atingidas e interessadas. Nesse contexto, os municípios possuem um papel de extrema importância na concretização do direito de moradia, diante de sua posição na organização e adequação do espaço urbano, observados os princípios e diretrizes intrínsecos ao desenvolvimento equilibrado para a população local.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BELLO, Luiz. Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas. Agência de Notícias IBGE. 21/08/2017, Atualizado em 17/05/2019. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>> Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. **Dispõe sobre Atos Internacionais. (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)**, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 20 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Barroso suspende por seis meses desocupações de áreas coletivas habitadas antes da pandemia, 03/06/2021.** Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467005&ori=1>>. Acesso em 24 de jul. de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA. **Recomendação n.º 90, de 2 De Março De 2021.** Disponível em <<http://www.jusdh.org.br/files/2021/03/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-CNJ-n%C2%BA-90-de-2021.pdf>>. Acesso em 25 de jul. de 2021.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 10, de 17 de Outubro de 2018.** Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/outubro/resolucao-para-garantia-de-direitos-humanos-em-situacoes-de-conflitos-por-terra-e-aprovada-pelo-conselho-nacional-dos-direitos-humanos/copy_of_Resoluon10Resoluosobreconflitospossessriosruraisurbanos.pdf> Acesso em 25 de jul. de 2021.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico.** Barueri, SP: Manole, 2004.

DWECK, Esther. **Economia Pós-Pandemia. Desmontando os mitos da austeridade fiscal e construindo um novo paradigma econômico.** Organizado por Dweck, Pedro Rossi, Ana Luiza Matos de Oliveira. São Paulo: Autonomia literária, 2020.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil – 2016-2019.** Belo Horizonte: FJP, 2021. Disponível em http://novosite.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05_Relatorio-Deficit-Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf. Acesso em 20 de jul. de 2021.

JÚNIOR, Nelson Saule. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentos Irregulares.** Porto Alegre: Formato Artes Gráficas, 2004.

JÚNIOR, Nelson Saule. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro.** Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre:

Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 3.ª reimpressão. Ed. Centauro: São Paulo: 2011 [1968].

MADEIRA, Pedro. **Despejos na pandemia deixam mais de 9 mil famílias expostas à doença**. #COLABORA, 18 de març. De 2021. Disponível em <https://projetocolabora.com.br/ods3/despejos-na-pandemia-deixam-mais-de-9-mil-familia-expostas-a-doenca/>. Acesso em 20 de jul. de 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU**. Comitê de Direitos Humanos. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2018. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>. Acesso em 20 de jul. de 2021.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS, 2011. **Como Atuar em Projetos que Envolvem Despejos e Remoções?**. Disponível em <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/?p=6088&lang=pt>>. Acesso em 03 de ago. de 2021.

ROSSI, Pedro; DAVID, Grazielle; CHAPARRO, Sergio. Política Fiscal, Crescimento e Desigualdade. In: **Economia Pós-Pandemia. Desmontando os Mitos da Austeridade Fiscal e Construindo um Novo Paradigma Econômico**. Organizado por Esther Dweck, Pedro Rossi, Ana Luiza Matos de Oliveira. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. São Paulo: Ed. Hucitec, 1993.

Capítulo 7

A RESCISÃO POR JUSTA CAUSA PELA RECUSA DE IMUNIZAÇÃO CONTRA O COVID-19, ATRAVÉS DA VACINA, E A TEORIA DO SOPESAMENTO DE ROBERT ALEXY

Vanessa Cescon¹

1 Considerações iniciais

A pandemia do Covid-19 alterou vários cenários sociais, inclusive as relações de trabalho. Muitas pessoas foram deslocadas para o trabalho em *home office*, outras, continuaram nos estabelecimentos empresariais prestando serviços. A utilização de Equipamentos de Proteção Individual – EPI’s como máscaras, luvas, álcool gel e outros, foram medidas utilizadas para o enfrentamento da pandemia.

A partir de 2021, iniciou-se a campanha de vacinação contra o vírus, na esperança de conter o avanço da pandemia. No Brasil, a vacina foi disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde – SUS e começou pelos idosos com mais de 90 anos, pessoas com comorbidades graves e, assim, em sentido decrescente até vacinar todas as classes populacionais.

Entretanto, algumas pessoas foram contra a vacinação, por motivos pessoais, políticos, dentre outros. Tem-se uma queda de 34% nas mortes e dos 27 estados, 19 estão em queda, 4 estados

1 Advogada. Mestranda do Programa de Pós Graduação Strictu Sensu, Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: vanessacesconadvogada@gmail.com

mais o Distrito Federal está estável e apenas 3 estados estão em alta, no tocante a casos e mortes por covid-19. Este trabalho tem como tema as rescisões por justa causa de empregados, nos casos em recusa de tomar a vacina do Covid-19.

Como objetivo geral, verificar se a rescisão por justa causa é legítima através de uma análise da teoria do sopesamento de Robert Alexy. Na primeira seção a teoria do sopesamento foi analisada introduzindo o tema da rescisão indireta nos casos de recusa da tomada de vacina do Covid-19. Na segunda seção, iniciou-se falando sobre o direito coletivo do trabalho, os direitos dos empregados e o poder empregatício do empregador. Na terceira e última seção, foram analisadas decisões da justiça do trabalho acerca das rescisões indiretas por justa causa nos casos de recusa da tomada da vacina do Covid-19.

A pesquisa teve uma análise qualitativa de natureza básica. Quanto aos objetivos, possui caráter descritivo. Os procedimentos técnicos utilizados foram a pesquisa bibliográfica de caráter indutivo. Utilizou-se de livros, artigos e jurisprudências para alcançar o seu objetivo final. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de textos.

2 A teoria do sopesamento de Robert Alexy

É comum nos ordenamentos jurídicos ocorrer o conflito entre regras. O conflito entre regras pode ser solucionado quando uma regra for declarada inválida. Por exemplo, a proibição de deixar a sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se o alarme de incêndio soar. Se o sinal ainda não tiver tocado, mas soar o alarme de incêndio, essa é uma exceção à primeira regra e, assim, o conflito é solucionado (ALEXY, 2015, p. 92).

Há outros conflitos, como os dos arts. 134, §1º², e 139,

2 Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. § 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os

§1º³, ambos da CLT. O primeiro artigo citado menciona que as férias dos trabalhadores, havendo concordância, poderão ser usufruídas em até 3 períodos, um deles não inferior a 14 dias e os demais não inferiores a 5 dias cada um. O segundo artigo menciona que as férias deverão ser tiradas em dois períodos anuais, nenhum deles inferior a 10 dias. Mesma lei e dois comandos diferentes de normas.

Considerando que o art. 139, §1º, trata sobre as férias coletivas a norma se torna de difícil aplicação, pois os funcionários com menos de 12 meses de trabalho e os com mais de 12 meses usufruem das férias coletivas, normalmente, no mesmo período. Ou seja, a empresa ficará 7 dias com as atividades paralisadas em função do ano novo e natal, nesse período ninguém trabalhará.

Não há como conceder a regra do §1º do art. 139 da CLT. Caracterizando assim, a antinomia, descrita como encontro de duas proposições incompatíveis, não podendo as duas serem verdadeiras, nem ambas aplicadas. A solução é eliminar a norma inconveniente. Mas como fazê-la? Muito mais importante que descobrir a antinomia, é necessário solucioná-la (BOBBIO, 2010, p. 249). Há, também, dentro desse aspecto, a diferenciação entre antinomias solúveis e insolúveis.

Os motivos pelos quais nem todas antinomias são solúveis são dois: a) há casos de antinomias que não há a possibilidade de aplicação de nenhuma das regras cogitadas para a solução do emblema; b) há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito. Chama-se as antinomias solúveis de aparentes e as insolúveis de reais. As reais são caracterizadas por:

demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1º mai. 1943.

- 3 Art. 139 - Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977 § 1º - As férias poderão ser gozadas em 2 (dois) períodos anuais desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias corridos. BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1º mai. 1943.

quando o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela ausência de um critério ou por conflito entre os critérios (BOBBIO, 2010, p. 250).

Os critérios mencionados anteriormente são 3: a) o critério cronológico; b) critério hierárquico; c) critério da especialidade. Fazer-se-á uma diferenciação entre os três, a começar pelo cronológico. O critério cronológico é quando ocorre conflito entre duas normas, prevalece a mais recente. Também é chamado de *lex posterior* e exporia a vontade do legislador (BOBBIO, 2010, p. 250). No critério hierárquico, também chamado de *lex superior*, é aquele que, na ocorrência de duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior (BOBBIO, 2010, p. 251).

Consiste na menor força de poder normativo a inferioridade de uma norma. A força manifesta-se na incapacidade de estabelecer uma norma contrária a uma norma hierarquicamente superior (BOBBIO, 2010, p. 251). O critério da especialidade, também chamado de *lex specialis*, traduz-se em: quando há conflito entre normas, uma geral e outra especial, prevalece a segunda, *lex specialis derogat generali*. A lei especial é aquela que dá significado a uma lei mais geral (BOBBIO, 2010, p. 253).

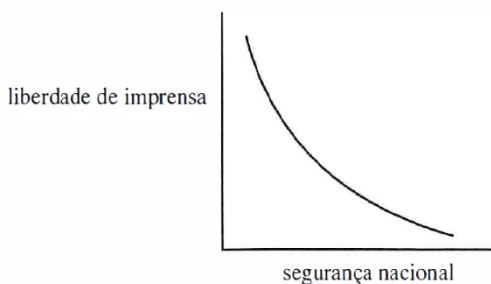
O conflito entre as normas da CLT pode ser resolvido através do critério cronológico, pois, o art. 134, §1º, foi introduzido pela reforma trabalhista em 2017, diferente do art. 139, §1º, que foi alterado em 1977, prevalecendo então, a regra do art. 134, §1º, da CLT. Percebe-se que os critérios elencados por Bobbio são, de certa forma, lógicos. Não há meio termo e não depende do juízo de valor de um indivíduo. Quando há um conflito de princípios e valores, entretanto, resta difícil aplicar critérios lógicos.

O sopesamento é uma técnica utilizada para resolução entre conflitos de princípios e valores. Contra o sopesamento é levantada a objeção de que este não estaria aberto a um controle racional. Valores e princípios não estariam disciplinados a sua própria aplicação, restando ao livre arbítrio daquele que sopesa. Do ponto onde começaria o sopesamento, terminaria o controle

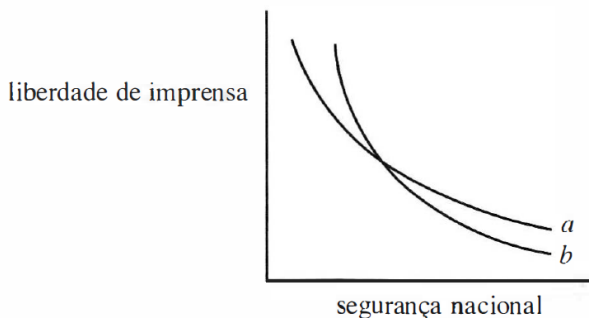
através de normas e métodos, abrindo espaço para o subjetivismo e decisionismo dos juízes (ALEXY, 2015, p. 164).

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha fez referência a uma regra que é constitutiva para os sopesamentos: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Essa regra foi definida como a lei do sopesamento: a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro (ALEXY, 2015, p. 167).

Para melhor ilustrar o alegado, são representadas as curvas de indiferença. Em uma situação hipotética em que “a” seja favorável tanto à liberdade de imprensa quanto à segurança nacional. Ainda, o indivíduo “a” está disposto a aceitar uma diminuição na segurança nacional, para que ocorra aumento na liberdade de imprensa, mas também, uma diminuição da liberdade de imprensa para que ocorra certo acréscimo na segurança nacional outro (ALEXY, 2015, p. 168). Veja-se:



Conforme a liberdade de expressão vai diminuindo, exige-se aumento da segurança nacional, para compensar a diminuição da liberdade de imprensa e vice-versa. A lei do sopesamento determina a importância da satisfação do princípio colidente e acaba formulando, em segundo lugar, um dever. Imagine-se outro indivíduo hipotético “b” que a segurança nacional seja mais importante que para “a” (ALEXY, 2015, p. 169):



O sopesamento constitucional não diz respeito à importância que alguém confere a liberdade de imprensa ou à segurança nacional, mas qual a importância a ser dada para ambas. O sopesamento diz respeito a uma regra que prescreve como se deve sopesar. Dessa forma, a lei do sopesamento é formulada como uma regra que prescreve a definição de importâncias relativas corretas (ALEXY, 2015, p. 169).

A distinção de princípios e normas é que princípios ordenam, como normas, para que algo seja realizado da melhor forma dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Por isso, princípios são mandamentos de otimização, caracterizados por serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente dos fatos, mas também das possibilidades jurídicas. Regras e princípios colidentes formam o âmbito das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2015, p. 90).

Cita-se o caso de um acusado que, devido a tensão de seu julgamento, sofria o risco de derrame cerebral ou infarto. Neste caso, observou-se que há uma tensão entre garantir a correta aplicação do direito penal e os direitos constitucionais assegurados ao acusado. Essa relação não pode ser solucionada através de precedentes, tampouco, nenhum dos princípios goza de prioridade absoluta. Portanto, a partir do sopesamento, considerando que os princípios estão no mesmo nível abstrato, é possível discernir qual deles tem maior peso no caso concreto. Situações como essa constituem as

colisões entre princípios (ALEXY, 2015, p. 95).

Explica-se detalhadamente: considera-se P1 como direito à vida e à integridade física e P2 como operacionalidade do direito penal. Singularmente analisados, P1 e P2 levariam a juízos concretos de dever ser distintos. A colisão pode ser resolvida através de uma relação de precedência condicionada ou precedência incondicionada. O símbolo de precedência é o P. Para as situações de colisão será utilizado o C. Traçando-se quatro possibilidades de solução em caso de colisão: (1) P1 P P2; (2) P2 P P1; (3) (P1 P P2) C; (4) (P2 P P1) C (ALEXY, 2015, p. 96-97).

A questão central é sob quais condições qual princípio deve ceder e qual deve prevalecer. Utiliza-se da metáfora do peso, neste caso, os interesses do acusado tem peso maior que a preservação da atividade estatal (ALEXY, 2015, p. 97). Através da lei de colisão, permite-se, indutivamente, o encontro de uma regra jurídica que determine as condições pelas quais um princípio terá precedência em relação a outro princípio contrário. Esta regra teria conteúdo generalizável, permitindo que futuramente as situações sejam equacionadas pela aplicação dessa regra produto da operação da lei de colisão (ACUNHA, 2014, p. 3).

Alexy, para explicar o conceito de adequação, contou a história dos caçadores. Na Alemanha, para caçar com armas é preciso realizar um curso de habilitação. Contudo, na falcoaria, como não são utilizadas armas, não é necessário o curso de habilitação. Pela rivalidade, os caçadores com armas foram até o legislativo e conseguiram uma lei que obrigou todos caçadores, de qualquer modo, a fazer o curso de habilitação. A corte entendeu que não existe nenhuma razão clara e objetiva para essa restrição (MARTINES, 2016).

Com relação ao conceito de necessidade, Alexy contou a história dos bolinhos de arroz, de 1970. Fizeram sucesso na Alemanha, pois tinham formato de Papai Noel ou Coelho da Páscoa, eram de arroz com cobertura de chocolate. Os consumidores começaram a reclamar, pois compravam achando que eram de

chocolate e não de arroz. Entraram em conflito a liberdade de empreender e a proteção ao consumidor. O tribunal entendeu pela desnecessidade de proibir a fabricação, apenas colocar um escrito avisando que se tratava de bolinho de arroz (MARTINES, 2016).

A proporcionalidade caracteriza-se quando qualquer decisão que se tome fará com que um princípio sofra dano. Alexy mencionou o aborto: a) a mulher perde o direito de autodeterminação; b) o feto perde o direito à vida. Atribuiu-se um valor a cada um dos elementos da sua equação e o resultado foi favorável à prática do aborto. Na Alemanha, o aborto é permitido até a 12ª semana de gestação, considerando que a proibição completa seria uma interferência muito maior no princípio da autodeterminação da mulher do que permitir o aborto até determinado período (MARTINES, 2016).

O Supremo Tribunal Federal também decidiu casos com base no sopesamento, o HC 82424/RS, os princípios da dignidade da pessoa humana e liberdade de expressão foram colocados para serem analisados no caso fático. Após o sopesamento, considerou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como preponderante. No *habeas corpus* foi julgado o crime de publicação de livros de caráter contra judaicos, o que neste caso afeta a dignidade humana dos judeus, considerando que não há superioridade entre as raças (BRASIL, 2003).

Assim como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 58 (BRASIL, 2012):

Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde – dignidade – autodeterminação – direitos fundamentais – crime – inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

No caso da ADPF nº 58, estavam a ser ponderados a vida do feto anencéfalo e a dignidade, integridade, saúde e liberdade da gestante. Foi julgado pela não tipificação do aborto de feto

anencéfalo como crime, considerando que a vida da gestante também fica em risco e a probabilidade de o feto obter vida digna de longo prazo é muito baixa, pelo fato de nascer anencéfalo.

Um ponto importante para entender a estruturação dos princípios é a semelhança entre princípios e valores. Os princípios definiriam o que é “devido” *prima facie*, os valores, como juízos axiológicos, definiriam o que é “melhor” *prima facie* (ACUNHA, 2014, p. 6). Desta forma, percebe-se que o direito fundamental completo é complexo. É estruturado a partir de posições individuais dos cidadãos e do Estado, entre essas relações há objetos claramente definíveis: relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento. E a polêmica acerca do contraponto ao direito fundamental completo, diz respeito a que normas devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais como normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 253).

Com “dever” do sopesamento evita-se que os direitos fundamentais fiquem à mercê do legislador e tenham seu conteúdo esvaziado (ALEXY, 2015, p. 292). A generalidade material é uma questão de generalidade e de sopesamento. Para iniciar o sopesamento é necessário que a conduta a ser avaliada seja abarcada pelo direito fundamental, ou seja, protegida *prima facie*. Este argumento significa que é abrangida pelo âmbito de proteção. O conceito de materialidade é dependente do sopesamento, representa o resultado de um sopesamento entre as razões a favor da proteção constitucional (ALEXY, 2015, p. 317).

Diante do relatado, acerca da teoria do sopesamento, tem-se outro tema nesse liame. A pandemia do Covid-19 que assolou o mundo no início de 2020, criou inúmeras situações não vivenciadas antes pelos indivíduos. Tais como a predominância do trabalho a distância (ou *home office*), que alterou completamente as relações de trabalho, a utilização de máscaras a todo tempo, alto índice de contágio do vírus e a consequente queda em alguns setores da economia.

A partir de 2021, iniciou-se a campanha de vacinação

contra o vírus, na esperança de conter o avanço da pandemia. No Brasil, a vacina foi disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde – SUS e começou pelos idosos com mais de 90 anos, pessoas com comorbidades graves e, assim, em sentido decrescente até vacinar todas as classes populacionais.

Entretanto, algumas pessoas foram contra a vacinação, por motivos pessoais, políticos, dentre outros. Tem-se uma queda de 34% nas mortes e dos 27 estados, 19 estão em queda, 4 estados mais o Distrito Federal está estável e apenas 3 estados estão em alta, no tocante a casos e mortes por covid-19 (BRASIL, 2021).

Há muito ainda a se avançar no quesito vacina do covid-19, porém, a vacinação tem se mostrado importante para diminuir as sérias consequências da pandemia. Com a recusa de algumas pessoas em se vacinar, algumas questões pontuais passaram a surgir: é possível o empregador rescindir o contrato por justa causa pelo fato de o empregado recusar-se a tomar a vacina do covid-19?

São questionamentos que adentraram a esfera do Poder Judiciário, ficando o juiz diante da liberdade, dignidade e autodeterminação dos atos do empregado e o direito da coletividade, o direito do empregador de organizar as condições de trabalho, seu poder diretivo e, também, o dever de proteger a vida e a saúde de seus empregados. No próximo tópico, estes princípios serão analisados.

3 Liberdade do empregado *versus* poder empregatício do empregador

O direito coletivo do trabalho surgiu após a Revolução Industrial com o reconhecimento do direito de livre associação dos trabalhadores. As primeiras associações de trabalhadores surgiram na Inglaterra, considerada o berço do sindicalismo, com o intuito de reivindicar melhores condições de vida no ambiente de trabalho. Apesar das associações, apenas em 1875 foi criada a primeira lei reconhecendo o direito de livre associação dos trabalhadores

(BRASIL, 2017).

Internacionalmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, tutelou o direito de os empregados integrarem sindicatos, por sucessão, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) passou a fundamentar e fiscalizar esse direito de forma global (BRASIL, 2017). A Constituição Federal de 1988, além de garantir o direito a livre associação dos trabalhadores, garante que a criação de sindicatos é livre autônoma e independente de prévia autorização do Estado⁴ (BRASIL, 1988).

O artigo 7º da Carta Constitucional tem em seu caput “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” e traz nos incisos uma série de direitos fundamentais aos trabalhadores (BRASIL, 1988). Além destas garantias constitucionais, tem-se, também, o art. 5º da CF/88 “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” (BRASIL, 1988).

4 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - A lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - Ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Neste sentido, a liberdade, juntamente com a vida, igualdade, propriedade e segurança, assume relevância no sistema constitucional brasileiro. Pode-se verificar que, além da Consituição garantir as liberdades específicas como a de expressão, reunião, manifestação, dentre outras, há o resguardo de uma liberdade geral, assumindo destaque no rol dos direitos invioláveis (SARLET et al, 2016, p. 480).

A funcionalidade do direito geral de liberdade, consiste em garantir, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional (SARLET et al, 2016, p. 482). Por conseguinte, aplicando ao caso de o trabalhador não querer se vacinar e exercer seu direito de liberdade, este está amparado. Entretanto, não pode esquivar-se de possíveis contrapartidas: ser barrado em determinados locais, por exemplo.

No cenário de pandemia do Covid-19, os direitos coletivos e individuais à saúde prevalecem sobre a colisão de direitos diante de ocorrências da pandemia (ABREU et al, 2021). Ou seja, uma colisão entre liberdade e direito coletivo à saúde vai prevalecer, fazendo com que a restrição de pessoas não vacinadas em determinados locais, seja legítima.

Os direitos fundamentais da Constituição brasileira protegem as liberdades em sentido amplo, porém, o seu exercício por indivíduos e grupos esbarram no direito à saúde (ABREU et al, 2021). Os direitos fundamentais são relativos, na medida em que não há um princípio de caráter absoluto, realizando uma interpretação com base na Constituição (ABREU et al, 2021).

Os direitos à vida, saúde coletiva e dignidade humana são inquestionavelmente importantes no aspecto social e jurídico. Com a pandemia do Covid-19, esses princípios fundamentais, tem precedência na ponderação de valores se comprados com o direito à liberdade (ABREU et al, 2021). Contudo, há uma exceção aos casos de direito à saúde coletiva acima de liberdade individual.

Mas, para que o exercício de direitos gerais de liberdade prevaleça sobre o direito à saúde na pandemia, deve-se conectar à

solidariedade, autoproteção, precaução e cuidado. Exemplo disso são os casos de profissionais da saúde que se recusam a atender indivíduos positivos para o Covid-19, presidiários no Brasil, migrantes na Europa. Estas restrições de liberdade em instituições prisionais os tornam incapazes de se protegerem do vírus, indicando que seja remetido a prisão domiciliar (ABREU et al, 2021).

Nas relações de trabalho, o empregador exerce seu poder diretivo, amparado pelo art. 2º da CLT⁵, que é uma consequência da subordinação do empregado em relação ao empregador. O poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas juridicamente e concentradas no empregador. Prerrogativas essas que dizem respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplina da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviço (DELGADO, 2019, p. 790).

O poder empregatício pode ser dividido em 1) poder diretivo (ou organizativo); 2) poder regulamentar; 3) poder fiscalizatório (ou de controle); 4) poder disciplinar (DELGADO, 2019, p. 791). O poder diretivo caracteriza-se como o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador para organização da estrutura e espaço interno; organiza também o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, como a orientação e esocificação das ordens para a correta prestação de serviços (DELGADO, 2019, p. 792).

Já o poder regulamentar, é o conjunto de faculdades do empregador para a fixação de regras gerais a serem observadas no estabelecimento da empresa (DELGADO, 2019, p. 792). O poder fiscalizatório caracteriza-se como conjunto de prerrogativas dirigidas ao acompanhamento das tarefas e vigilância no local de trabalho. Controle na portaria, câmeras de segurança, controle de horário e frequência e outras atividades são exemplos de poder de controle (DELGADO, 2019, p. 794).

5 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (BRASIL, 1943).

O poder disciplinar também concentra-se nas mãos do empregador, propiciando sanções aos empregados caso alguém descumpra alguma ordem ou obrigação contratual (DELGADO, 2019, p. 797). Estes institutos fazem parte da relação trabalhista e garantem ao empregador autonomia para deliberar sob os empregados. Todavia, o empregador deve estar atento a função social da coletividade, primando por ideais de igualdade, cidadania e justiça (CARRIJO, 2016).

Apesar dos citados poderes, o poder diretivo do empregador possui limites, que estão inseridos na não interferência do direito do outro e o respeito mútuo. O empregador deve agir com proporcionalidade e razoabilidade, respeitando os direitos dos trabalhadores também contidos na Constituição Federal de 1988. Não pode o empregador submeter o empregado a situações constrangedoras, ou qualquer ato que contrarie os direitos fundamentais, respeitando sempre a dignidade, intimidade, vida privada e demais direitos fundamentais (BOSKOVIC e FREITAS, 2020).

Fundamenta-se também, através do princípio da proteção, a garantia de proteção à parte mais vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia, o empregado (DELGADO, 2019, p. 233). No cenário pandêmico, iniciado a partir de 2020, a biossegurança tornou-se fundamental em vários ambientes e não podia ser diferente no ambiente de trabalho. Nem todos trabalhadores puderam afastar-se do trabalho e ficar em *home office*, ficando, por vezes, em alta exposição com o Covid-19.

A biossegurança caracteriza-se por um conjunto de medidas e procedimentos técnicos, ações, metodologias, equipamentos e dispositivos capazes de prevenir, controlar, reduzir ou eliminar riscos provenientes de atividades que possam comprometer a saúde humana, animal, vegetal e o meio ambiente (NEVES, 2020). Um dos requisitos essenciais são as práticas adequadas de biossegurança.

Em função disso, as empresas passaram a disponibilizar os Equipamentos de Proteção Individual – EPI's, que são “todo

dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” (BRASIL, 1978). Diante disso, as empresas passaram a disponibilizar máscaras, álcool gel, luvas, óculos, roupas especiais e outros, aos seus empregados. Os equipamentos de proteção individual podem variar de acordo com a função realizada pelo indivíduo.

Apesar de todas as medidas de segurança, foi a partir do início de 2021 que a população brasileira teve um sinal de esperança para frear o Covid-19, a chegada das vacinas. A chegada marcou uma iniciativa sem precedentes e um passo histórico na distribuição equitativa de vacinas em todo o mundo. Foi e está sendo a maior operação de aquisição e fornecimento de vacinas da história global (BRASIL, 2021).

A Carta Magna fundamenta expressamente em seu art. 7º, inciso XXII “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Portanto, é dever do empregador proporcionar ambiente seguro de trabalho aos seus empregados, que proteja sua vida, integridade, dignidade e saúde. A vacinação contra o Covid-19 faz parte das medidas protetivas contra o avanço da pandemia. Além de proporcionar a proteção individual do trabalhador, colabora para a proteção coletiva no ambiente de trabalho, contra o vírus.

A recusa da tomada da vacina tem assolado o país, tornando-se uma preocupação para os especialistas. Por diversos motivos, alguns indivíduos não querem e não estão tomando a vacina contra o Covid-19. Diante desta situação, algumas empresas estão advertindo funcionários para a tomada da vacina e, em alguns casos, promovendo rescisão indireta por justa causa, entendendo que, neste caso, o direito coletivo de proteção à saúde sobrepõe-se a liberdade individual de escolha de tomar a vacina ou não. No próximo tópico, analisar-se-á decisões da justiça do trabalho sobre o tema e a dicotomia entre a liberdade individual *versus* direito coletivo à saúde.

4 Rescisões por justa causa nos casos de recusa da tomada da vacina do Covid-19

A vacinação é uma estratégia primordial para prevenção de qualquer problema de saúde. Ao tomar as doses, além de ocorrer a proteção contra diversos agentes infecciosos, tem-se a redução dos riscos de complicação após contrair a doença. Apesar do histórico bem sucedido das vacinas, nos últimos anos, estas foram alvo de injustiças/preconceitos, alguns indivíduos passaram a apontar que os efeitos colaterais das vacinas eram superiores ao seu grau de proteção (BIERNATH, 2018).

Os motivos que levam a decisão de não tomar a vacina são variados, podem ser pessoais ou até uma decisão conjunta de uma comunidade. Há os *anti-vaxxers*⁶, que pensam que as vacinas são ruins para a saúde e, há aqueles que simplesmente hesitam em tomar a vacina. No ambiente de trabalho, o profissional não imunizado, num ambiente com alto fluxo de pessoas, pode afetar negativamente na saúde coletiva, que é dever do empregador manter (FIXEL, 2021).

Em traços históricos, o poder se vacinar na empresa é uma situação conhecida no Brasil. É de interesse do empregador que sua equipe esteja protegida de doenças contagiosas, propiciando um ambiente de trabalho adequado e saudável (FIXEL, 2021). Além disso, é dever do empregador dar condições dignas de trabalho aos seus empregados, sendo hipótese de rescisão indireta “correr perigo

6 Movimento anti vacina. Uma nova pesquisa publicada, em março, na Revista *Vaccine* “*It’s not all about autism: The emerging landscape of anti-vaccination sentiment on Facebook*” descobriu que o conteúdo anti-vax no Facebook agora adota crenças genuínas, incluindo a ideia de que a poliomielite não existe. Ainda de acordo com a reportagem, os pesquisadores descobriram que os anti-vaxxers agora incluem vários grupos distintos, incluindo pessoas vendendo remédios alternativos (como o iogurte para o HPV). O Dr. Peter Hotez, reitor da National School of Tropical Medicine Baylor College of Medicine (em inglês) afirma que isso tende a confirmar a profundidade e amplitude de como o Facebook está promovendo o movimento antivacina. Todos os anos, 1,5 milhões de crianças em todo o mundo morrem de doenças que podem ser evitadas com vacinas – e os chamados “anti-vaxxers” contribuem para isso (BRASIL, 2019).

manifesto de mal considerável”⁷, podendo o empregado buscar indenização neste caso também.

Para a Organização Mundial da Saúde – OMS, a vacinação é o segundo maior investimento em saúde, ficando atrás, apenas, do fornecimento de água potável para consumo (FIXEL, 2021). Na vacinação contra o Covid-19, o Brasil promulgou a lei nº 14.125/21, permitindo que empresas do setor privado pudessem adquirir as vacinas de forma direta, desde que autorizado pela Anvisa⁸.

A intenção do legislador foi garantir que o avanço da vacinação pudesse ocorrer de forma mais célere, concedendo ao setor privado oportunidade de adquirir doses para vacinar seus empregados (FIXEL, 2021). Completado um ano de pandemia, qualquer sinal de aceleração na imunização da população é essencial, para que, a perspectiva de volta à vida cotidiana normal seja retomada aos poucos. Do ponto de vista econômico, as empresas necessitam retomar a movimentação usual de seus ramos (FIXEL, 2021).

Com o objetivo de reforçar a importância da vacinação, o Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586, fundamentou a vacinação compulsória prevista na lei nº 13.979/20. Com a pretensão de alcançar imunidade de rebanho e proteção da coletividade, especialmente as pessoas mais vulneráveis (BRASIL, 2020, p. 1).

A vacinação em massa constituiu e constitui medida adotada pelas autoridades, com caráter preventivo, para reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas. A legislação sanitária

7 Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

c) correr perigo manifesto de mal considerável; (BRASIL, 1943)

8 Art. 2º Pessoas jurídicas de direito privado poderão adquirir diretamente vacinas contra a Covid-19 que tenham autorização temporária para uso emergencial, autorização excepcional e temporária para importação e distribuição ou registro sanitário concedidos pela Anvisa, desde que sejam integralmente doadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de serem utilizadas no âmbito do Programa Nacional de Imunizações (PNI).

brasileira não contempla medidas invasivas ou coativas, em decorrência do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, configurando completamente ilegal qualquer determinação em lei que implemente a vacinação sem o consentimento do indivíduo (BRASIL, 2020, p. 2).

A vacinação pode ser obrigatória, excluída qualquer forma de vacinação forçada e que oriente-se o indivíduo de seus direitos constantes no art. 3º, §2º incisos I, II e III⁹. O Relator da ADI definiu que a competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações, definir estratégias e calendários, não exclui dos Estados, Distrito Federal e Municípios a responsabilidade de medidas profiláticas e terapêuticas no enfrentamento do corona vírus (BRASIL, 2020, p. 2).

A definição desta competência está amparada no art. 23, II, da CF/88¹⁰. Por fim, o ministro entendeu pela interpretação conforme à Constituição do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020¹¹. Ainda, estabeleceu que 1) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, deverá conter sempre o consentimento do usuário; 2) Apesar de não ser forçada, podem ocorrer medidas indiretas como, restrição ao exercício de certas atividades, ou

9 Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

§ 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:

I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;

II - o direito de receberem tratamento gratuito;

III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020 .

10 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;

11 Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

III - determinação de realização compulsória de:

d) vacinação e outras medidas profiláticas;

frequência à determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes; (BRASIL, 2020, p. 2).

3) Tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes; 4) estejam acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes; 5) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais; 6) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; 7) que as vacinas sejam distribuídas universal e gratuitamente; todas as medidas citadas, com as limitações expostas, podem ser implementadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2020, p. 2-3).

Portanto, o entendimento firmado pelo STF é no sentido de não forçar ninguém a tomar a vacina, porém, restringir acesso a determinados locais e realização de atividades, é permitido, segundo entendimento. Fundamentada a matéria através de ADI, iniciaram outros tipos de questionamentos na esfera do Poder Judiciário: a recusa vacina do Covid-19 por empregados tem direito a rescisão indireta?

A justiça do trabalho no Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo nº 0010091-68.2021.5.15.0068 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, fundamentou entendimento sobre o tema. Na ação, a reclamante postulou reconhecimento da rescisão indireta de seu contrato de trabalho por ter sido vítima de assédio moral em razão de pressão interna da empresa para que ela se vacinasse contra a Covid-19. Aduziu, ainda, que foi impedida em público de adentrar a clínica onde se ativa como cuidadora de idosos por duas vezes. (BRASIL, 2021, p. 2).

A reclamante defendeu a autonomia da vontade ao recusar tomar a vacina contra o Covid-19, relatando a flexibilização dos direitos individuais em decorrência da pandemia. Rechaçou ainda, a forma como a empresa lidou com a sua recusa, optando pela coação e constrangimento (BRASIL, 2021, p. 2-3). A relatora concordou com a sentença do juízo a quo, afirmando a prevalência do interesse coletivo e de saúde pública, considerando a grave pandemia que

assola o mundo, em detrimento ao interesse individual (BRASIL, 2021, p. 3).

Também, o fato de a reclamante trabalhar em clínica de cuidados para idosos, categoria com maior vulnerabilidade e letalidade quando infectada com o vírus (BRASIL, 2021, p. 3). Citou, ainda, a ADI nº 6.586, o art. 157¹² e 158¹³ da CLT, o primeiro artigo menciona o dever da empresa cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, o segundo, relacionado ao dever de observância dos empregados as normas de medicina e segurança do trabalho estabelecidas pelos empregadores (BRASIL, 2021, p. 3).

Afirmando que com muito mais razão “quando o trabalhador se ativa diretamente em contato com a classe mais vulnerável e letal, não se vislumbrando o alegado abuso de poder do empregador na medida proibitiva de adentrar o estabelecimento após não ter apresentado o cartão de vacina e ter comunicado que não se vacinaria” (BRASIL, 2021, p. 4).

A relatora também mencionou o “Guia Técnico Interno do MPT sobre Vacinação da Covid - 19”, que fundamenta:

Neste sentido, o direito à vacinação também pode constituir um dever nas hipóteses em que envolve questões de saúde pública, como nos casos de epidemias e pandemias. Por

12 Art. 157 - Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

13 Art. 158 - Cabe aos empregados: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

isso, o direito-dever à vacinação, como uma das prestações compreendidas no direito à saúde, tem, do mesmo modo, eficácias vertical e horizontal, obrigando, a um só tempo, tanto o Poder Público a realizar as ações para efetivá-lo, quanto os particulares a realizarem medidas para a sua concretização, e, ainda, submeterem-se ao comando compulsório de vacinação (BRASIL, 2021, p. 54)

O guia narra também que as empresas por se utilizarem do labor dos trabalhadores, exercem sobre eles o poder diretivo, sendo, portanto, responsáveis por sua saúde ocupacional e demais aspectos pertinentes ao meio ambiente do trabalho, em relação à saúde e segurança dos trabalhadores na esfera individual e coletiva (BRASIL, 2021, p. 54). Quanto à reusa da tomada da vacina contra o Covid-19, tem-se no Guia:

Portanto, nenhuma posição particular, convicção religiosa, filosófica ou política ou temor subjetivo do empregado pode prevalecer sobre o direito da coletividade de obter a imunização conferida pela vacina, prevista em programa nacional de vacinação e, portanto, aprovada pela Anvisa, e inserida nas ações do PCMSO. Diante de uma pandemia, como a de Covid-19, a vacinação individual é pressuposto para a imunização coletiva e controle da pandemia (BRASIL, 2021, p. 61).

Arguindo neste sentido, a desembargadora do trabalho reconheceu a rescisão do contrato por pedido de demissão, determinando a baixa da CTPS e o pagamento de 13º salário, férias +1/3 e FGTS. Há, ainda, outra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo nº 1000122-24.2021.5.02.0472 sobre e mesma matéria.

A reclamante aduziu que a dispensa foi abusiva e que o simples fato de ter se recusado a tomar vacina contra a COVID19 não pode ser considerado ato de indisciplina ou insubordinação, pois sempre cumpriu com todos os seus deveres profissionais, e nunca desrespeitou as ordens de seus superiores. Sustentou que a empresa não fez campanhas, não fixou cartazes, tampouco fez reuniões com seus empregados informando a respeito da necessidade

de tomar vacina (BRASIL, 2021).

Argumentou que o ato do empregador em forçar que a sua empregada tomasse a vacina fere a sua honra e a dignidade humana. Acrescentou que não foi instaurado processo administrativo para apurar a suposta falta grave cometida (BRASIL, 2021). A empresa em defesa informou que a reclamante sempre laborou no Hospital Infantil Municipal, e que justamente por esse motivo, foi orientada a tomar a vacina contra a COVID 19, disponibilizada de forma gratuita e emergencial pelo Governo, no intuito de conter o avanço da pandemia e proteger os profissionais que atuavam de forma habitual na linha de frente da área da saúde, em ambiente hospitalar (BRASIL, 2021).

O relator, sobre alegações da reclamante no sentido de que não poderia ser obrigada a tomar a vacina, porque não existe lei que a obrigue, consignou que em 07/02/2020 foi publicada a lei 13.979/2020, que dispõe justamente sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública mundial deflagrada do novo coronavírus. Apontou o artigo 3º, inciso III, como possibilidade de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas baseadas em evidências científicas (BRASIL, 2021).

Relatou ainda o desembargador que a reclamante já havia sido advertida anteriormente pelo mesmo motivo e em nenhum momento tentou justificar o motivo de sua recusa. Revelou ainda que a conduta da reclamada (aplicação de justa causa) não mostrou-se abusiva mas sim absolutamente legítima e regular, porquanto, para todos os efeitos, a reclamante não atendeu à determinação da empresa. Os pedidos da exordial e o recurso foram negados (BRASIL, 2021).

Através das duas recentes decisões da justiça do trabalho pode-se observar a inclinação dos julgadores a proteção da saúde coletiva em face do direito individual de liberdade de escolha de tomar ou não a vacina. Apesar de não estar citada nas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, a teoria do sopesamento de

Robert Alexy pode ser aplicada nesses casos. De um lado os direitos individuais de liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, de outro os direitos de saúde coletiva, de forma a conter as graves consequências da oandemia do Covid-19.

Dessa forma, não significa que um direito sobreponha o outro, mas sim, nesta situação da vacinação contra o Covid-19, os direitos de saúde coletiva tem prevalência sobre os individuais. Portanto, a rescisão indireta por justa causa pela recusa do trabalhador em tomar a vacina contra o Covid-19, é válida. Consta-se também que a rescisão não é uma medida imediata, deve ser precedida de orientações e advertências, para após, se o trabalhador não cumprir a ordem de vacinação, ser aplicado o art. 482, “h”: “ato de indisciplina ou de insubordinação” (BRASIL, 1943), considerando o poder empregatício do empregador.

5 Considerações finais

Este estudo iniciou com as definições de teoria do sopesamento de Robert Alexy. O sopesamento é uma técnica utilizada para resolução entre conflitos de princípios e valores. Do ponto onde começaria o sopesamento, terminaria o controle através de normas e métodos, abrindo espaço para o subjetivismo e decisionismo dos juízes. Através do sopesamento evita-se que os direitos fundamentais fiquem à mercê do legislador e tenham seu conteúdo esvaziado. Finalizou-se o primeri capítulo com o questionamento: é possível o empregador rescindir o contrato por justa causa pelo fato de o empregado recusar-se a tomar a vacina do covid-19?

No segundo capítulo, tratou-se sobre o direito coletivo do trabalho, sobre os direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da CF/88 e outros dispositivos. Mostrou-se a dicotomia entre o princípio da proteção, a garantia de proteção à parte mais vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia e o poder empregatício do empregador. Também foi demonstrado o dever do empregador de porporcionar um ambiente seguro, saudável, que não cause

malefícios aos trabalhadores.

No terceiro e último capítulo, iniciou-se uma abordagem mais específica da vacinação contra o Covid-19, citando o movimento anti vacina e a problemática na recusa da tomada da vacina do Covid-19. Citou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586 que fundamentou que a vacinação em massa constituiu e constitui medida adotada pelas autoridades, com caráter preventivo, para reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas.

O entendimento firmado pelo STF é no sentido de não forçar ninguém a tomar a vacina, porém, restringir acesso a determinados locais e realização de atividades, é permitido, segundo entendimento. Duas decisões acerca de rescisões indiretas foram analisadas, uma do TRT2 e outra do TRT15, pleiteadas por reclamantes ao entenderem que suas recusas ao tomar a vacina do Covid-19 não geravam direito de demissão por justa causa por parte do empregador.

Nesta situação, há duas esferas e direitos fundamentais a serem analisadas: a liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, de outro, o direito coletivo de saúde e o poder empregatício do empregador. Através da técnica do sopesamento, pode-se concluir que na situação vivenciada por todo o mundo por conta da pandemia do Covid-19, a saúde coletiva deve estar sobreposta aos interesses individuais. Portanto, a rescisão por justa causa nos casos de recusa de tomada da vacina do Covid-19 é legal.

Referências

ABREU, Luiz Carlos de; ADAMI, Fernando; BEZERRA, Italla Maria Pinheiro; CHEEVER, Elisa Tristan; MAIA, Paula Christianne GG Souto; MESSETTI, Paulo André Stein; SANTOS, José Luiz Gondim dos. **Colisão de direitos humanos fundamentais e o direito ao acesso à saúde durante a nova pandemia do coronavírus**. *Novel. Frente. Saúde Pública* 8: 570243. doi: 10.3389. 8 jan. 2021. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpubh.2020.570243/full#h10>

Acesso em: 20 dez. 2021.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, p. 165-183, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507411> Acesso em: 13 dez. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – 2 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BIERNATH, André. **Entrevista: os motivos que fazem as pessoas não se vacinarem**. Veja Saúde. 23 jul. 2018. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/entrevista-os-motivos-que-fazem-as-pessoas-nao-se-vacinarem/> Acesso em: 21. Dez. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão de Silvana Cobucci Leite. – 3 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOSKOVIC, Alessandra Barichello. FREITAS, Maria Cecília Bacila de. Princípios constitucionais do direito do trabalho e o poder diretivo do empregador. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 05, Ed. 03, Vol. 01, pp. 57-99. Fevereiro de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/poder-diretivo-do-empregador> Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Brasil receberá as primeiras vacinas contra COVID-19 por meio do Mecanismo COVAX neste domingo**. Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). 21 mar. de 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/21-3-2021-brasil-recebera-primeiras-vacinas-contracovid-19-por-meio-do-mecanismo-covax> Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso

em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Rio de Janeiro, 1º mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 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.** Brasília, 06 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.125, de 10 de março de 2021. **Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado.** Brasília, 10 mar. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Guia Técnico Interno do MPT sobre Vacinação da Covid – 19.** Brasília, janeiro de 2021. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf Acesso em: 21 dez. 2021

BRASIL. **Mortes e casos de corona vírus nos estados: onde as mortes estão subindo, em estabilidade e em queda.** G1: São Paulo, 2021. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/coronavirus/estados-brasil-mortes-casos-media-movel/> Acesso em: 15.12.2021.

BRASIL. **Movimento antivacina é uma das dez ameaças para a saúde mundial.** Sociedade Brasileira de Medicina Tropical – SBMT. Brasília, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://www.sbmt.org.br/portal/anti-vaccine-movement-is-one-of-the-ten-threats-to-global-health/> Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Norma Regulamentadora nº 6 - equipamento de proteção individual – EPI. 08 de junho de 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-06.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Saiba mais sobre o direito coletivo do trabalho. CHC Advocacia, 2017. Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/saiba-mais-sobre-o-direito-coletivo-do-trabalho/> Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a Covid-19 Prevista na Lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito social à saúde. Proibição de vacinação forçada. Exigência de prévio consentimento informado do usuário. Intangibilidade do corpo humano. Prevalência do princípio da dignidade humana. Inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança, propriedade, intimidade e vida privada. Vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Compulsoriedade da imunização a ser alcançada mediante restrições indiretas. Necessidade de observância de evidências científicas e análises de informações estratégicas. Exigência de comprovação da segurança e eficácia das vacinas. Limites à obrigatoriedade da imunização consistentes na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais. Competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e assistência pública. Adis conhecidas e julgadas parcialmente procedentes. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intdo.(a/s): Presidente Da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 16 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-adis-obrigatoriedade-vacina.pdf> Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Estado –

Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde – dignidade – autodeterminação – direitos fundamentais – crime – inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Requerente: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Intdo: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false> Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424/RS**. Habeas-Corpus. Publicação De Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade De Expressão. Limites. Ordem Denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false> Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo nº 0010091-68.2021.5.15.0068**. Recorrente: Aline Barbosa da Silva. Recorrido: Vita Care Hospedagem e Cuidados para Idosos Ltda. Relatora: Rosemeire Uehara Tanaka. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt-15-demissao-vacina.pdf> Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo nº 1000122-24.2021.5.02.0472**. Recorrente: Cristiane Aparecida Pedroso. Recorrido: Guima-Conseco Construção, Serviços e Comercio Ltda. Relator: Roberto Barros Da Silva. 19 de julho de 2021. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1256003211/recurso-ordinario-rito-sumarissimorsum-10001222420215020472-sp/inteiro-teor-1256003220>

Acesso em: 21 dez. 2021.

CARRIJO, Lorryne Cristhine. **O poder diretivo do empregador e os direitos de personalidade do empregado.** Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-148/o-poder-diretivo-do-empregador-e-os-direitos-de-personalidade-do-empregado/> Acesso em: 20 dez. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores.** 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FIXEL, Roberta Yvon. **Responsabilidade e cuidados necessários no processo de imunização de empregados.** Gaia, Silva e Gaede Advogados, 16 abr. 2021. Disponível em: <https://gsga.com.br/responsabilidade-e-cuidados-necessarios-no-processo-de-imunizacao-de-empregados/?cn-reloaded=1> Acesso em: 21 dez. 2021.

MARTINES, Fernando. Robert Alexy explica seu método para resolver conflito entre princípios. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios> Acesso em: 13 dez. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Julia. **Profissionais de saúde precisam estar protegidos, pois fazem parte da infraestrutura de resposta a esta epidemia.** Entrevista com

Paulo Roberto de Carvalho. EPSJV/Fiocruz. 11 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/profissionais-de-saude-precisam-estar-protectidos-pois-fazem-parte-da> Acesso em: 20 dez. 2021.

Capítulo 8

UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA DEMOCRACIA: DAS ELEIÇÕES À VIGILÂNCIA DE GOVERNO

Vitor Luís Botton¹

1 Introdução

Através do presente estudo buscar-se-á demonstrar a importância que os dados pessoais possuem nas sociedades contemporâneas, tendo em vista que podem ser utilizados por candidatos e governantes para manipular a realidade.

Assim, em um primeiro momento, analisar-se-á a importância que os dados possuem na sociedade atual, bem como, a necessidade de proteção destes, para que se proteja a autonomia e privacidade dos indivíduos.

Posteriormente, verificar-se-á a importância, e ao mesmo tempo, o perigo do uso desenfreado e sem regulamentação dos dados pessoais nos processos de eleições democráticas. Salienta-se que estes sempre foram utilizados nas mais diversas campanhas políticas, entretendo, no decorrer dos últimos anos houve exploração neste quesito sem precedentes na história.

Por fim, no terceiro e último capítulo deste artigo, partir-se-á a um estudo voltado à vigilância de governo sobre os dados pessoais, sobre as formas de manipulação, distorções de realidades

1 Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Pós-graduado em Direito Contratual e em Direito Empresarial. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2019). Advogado no escritório Grassi Jacomini Botton Advogados Associados, inscrito na OAB/RS nº 116.112. E-mail: vitorluisbotton@gmail.com.

possíveis, sendo um perigo para a democracia, podendo inclusive acarretar em novas formas de totalitarismo.

Diante de tais premissas, fica o questionamento de se a democracia está preparada para enfrentar os diversos problemas da imensa quantidade de dados e sua capacidade de processamento? O objetivo desta pesquisa é analisar como os dados pessoais podem ser utilizados e manipulados para ganhos pessoais de candidatos e governantes.

A linha de abordagem escolhida para a pesquisa do presente trabalho encontra amparo no método hipotético-dedutivo seguindo aspectos qualitativos e quantitativos, de Mezzaroba e Monteiro (2009). Ademais, no que se refere à técnica procedimental, este trabalho segue a abordagem de pesquisa bibliográfica que, segundo Gil (2008), se desenvolve partindo de obras já existentes, como livros e artigos científicos.

Concluindo, procurar-se-á, no presente trabalho, a realização de um estudo sobre os aspectos gerais de dados pessoais, privacidade e sua regulamentação, posteriormente, estudar-se-á a importância dos dados pessoais nas eleições democráticas e, por fim, realizar-se-á uma abordagem sobre a vigilância de governo.

2 Aspectos gerais sobre dados pessoais e privacidade

Inicialmente, dados podem ser compreendidos como o estado original da informação. Depois de processados e organizados, tornam-se um fato original compreensível do qual se pode extrair informações (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020).

O conceito tradicional de privacidade evoluiu e a ele deve ser adicionado as novas dimensões das informações pessoais. No entanto, a proteção dos dados pessoais é mais do que uma simples evolução do conceito de privacidade, sendo estabelecida como um direito autônomo, que requer clareza e normas padronizadas. Portanto, mesmo que a proteção de dados esteja relacionada à proteção da privacidade pessoal, ela não se limita à dicotomia do

público e privado (COSTA; OLIVEIRA, 2019).

Na atualidade, um grande número de pessoas fica online todos os dias, sendo que várias plataformas digitais são gratuitas, mas o que não se sabe, é que, “não existe almoço grátis”. Cada visita aos sites deixa um rastro, e cada rastro é composto por dados, que consistem em informações pessoais, como nome, estado civil, idade, data de nascimento, páginas que visitamos com frequência, curtidas, compartilhamentos ou até mesmo conversas particulares, podendo serem usados como um parâmetro para realizar a compilação de informações, como especificar um perfil de personalidade online. Sendo assim, a má gestão desses dados pode causar sérios danos aos usuários e à população em geral (FREDES; BORGES, 2021).

A implementação da internet trouxe mudanças significativas na estrutura social, incluindo a maneira como nos comunicamos. Atualmente, a internet se tornou um dos principais meios de comunicação do mundo, conectando áreas remotas onde antes havia pouca ou nenhuma comunicação. A tecnologia conectou o mundo e expandiu muito de forma gigantesca a liberdade, incluindo a liberdade de expressão e o direito à informação. A internet promoveu a democratização desses processos, tendo em vista que milhões de pessoas agora têm acesso a mais fontes de notícias e eventos mundiais em um curto período de tempo. (BOQUADY, 2018).

A humanidade vive um período denominado “sociedade da informação”, pois entre suas características, a comunicação, principalmente a comunicação via internet, se difundiu e atinge um grande número de pessoas em todo o mundo (MARTINS; TATEOKI, 2019). Ocorre que, o problema é que os usuários deixam dados quando usam a internet, dados pessoais que poderão ser acessados por terceiros, que poderão utilizá-los para as mais diversas finalidades, não apenas para o mercado de consumo, mas também, com vieses políticos-eleitorais (MARTINS; TATEOKI, 2019), como se verá mais detalhadamente no capítulo a seguir.

A invasão da privacidade agora é algo corriqueiro, mas a

pessoa média ainda sabe pouco ou é indiferente. Na rotina e na monotonia do nosso cotidiano, nos pequenos conflitos da vida, quem se interessa em bisbilhotar o que nos está a acontecer? Informações detalhadas sobre nós, incluindo nomes, endereços e detalhes particulares, podem ter um impacto profundo em nossas vidas se estiverem nas mãos de instituições poderosas ou simplesmente irresponsáveis. E o sistema não vai esquecer. (DOWBOR, 2020)

Nas sociedades contemporâneas são gerados mais dados pessoais do que em qualquer outro período na história. Um fator relevante para isso é que na sociedade informacional dos dias atuais os dados pessoais acabaram por se tornar o propulsor da economia global, baseada em informações e conhecimentos. (BEZERRA, 2019). Na posse dos dados pessoais as empresas do setor de tecnologia possuem condições de adentrar na esfera da privacidade, tendo acesso aos caminhos que as pessoas geralmente percorrem, quanto tempo o trajeto percorrido leva, qual a distância entre sua residência e o local em que trabalham (CARVALHO, 2020).

É possível afirmar, também, que à medida em que a tecnologia se desenvolve e melhora sua capacidade de processamento de informações, o valor da informação também aumenta, (DONEDA, 2019), ao ponto de se poder dizer que os dados são o novo petróleo.

Outrossim, entende-se que o direito à privacidade vem se expandindo, incluindo a proteção de dados pessoais e o diálogo com novos modelos de mundo da informação. Ainda, deve-se mencionar que, devido às suas condições pioneiras e ao seu estatuto de direito básico, o direito à privacidade foi ampliado por muitos anos como base para a proteção dos dados pessoais. No entanto, deve-se entender que a proteção de dados não é prestada de uma forma simples, e não deve ser deixada de lado, sendo caracterizada como um verdadeiro subtipo de privacidade, mas, ainda, considerada como um direito autônomo (FREDES; BORGES, 2021).

A proteção de dados pessoais possui uma forte tendência em possuir legislação específica em diversos ordenamentos jurídicos do

mundo, que vem evoluindo muito, sendo considerado, inclusive, como um direito fundamental (DONEDA, 2011). Neste contexto, surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que, conforme elencado no artigo 1º², tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como, o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Gize-se que entre os fundamentos da lei, elencados no artigo 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)³, destacam-se a privacidade, a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos e desenvolvimento da personalidade.

Não obstante, para Rodotà (2008, p. 92) “a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações.”

O direito à privacidade, que é plenamente compatível com a era moderna-tecnológica, pode ser considerado como um direito fundamental à autodeterminação e ao controle informativo, estando ligado ao direito da intimidade e privacidade, previstos no artigo 5º, X da Constituição Federal⁴, no qual este pode decidir os

2 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

3 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

4 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:
[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

dados pessoais e informativos que entram e saem da esfera privativa, sendo considerado uma condição da cidadania nos tempos atuais, não podendo se restringir, entretanto, à auto-regulamentação ou relações contratuais particulares, merecendo enfoque aos efeitos sociais decorrentes de tecnologias da informação e da comunicação (COPETTI; CELLA, 2019).

Neste mesmo sentido, é possível afirmar que a vida privada do indivíduo é inviolável, conforme pode-se constatar a partir da leitura do artigo 21 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/02⁵.

Gize-se que as legislações relacionadas ao tratamento dos dados pessoais buscam garantir que sejam respeitados os direitos e liberdades fundamentais da vida privada, que merece proteção e respeito mesmo diante de ambientes de riscos e incertezas (MARTINI; BERGSTEIN, 2019).

Como a temática está relacionada ao ambiente virtual, importante destacar uma observação ao termo “ciberespaço”, com a intenção de demonstrar a contemporaneidade do tema, e não algo que se planeja somente para o futuro.

O ciberespaço, de um modo geral, oferece novas e diferentes perspectivas e expectativas do futuro. Há um tempo, quando se assistia a um filme de ficção científica, imaginava-se o futuro que estava por vir. Agora, tem-se a impressão de que se aproxima da certeza de que o futuro é agora, e nesse futuro presente, indubitavelmente, é necessário promover uma imersão conceitual do Direito no ciberespaço, visando preservar os direitos humanos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais. (BOFF; FORTES, 2014, p. 16)

Ainda, destaca-se que a tutela da privacidade sobre os dados pessoais deve ser norteadada por princípios, especialmente, pelo solidarismo entre os agentes de tratamentos envolvidos nas relações públicas e privadas (MISUGI; FREITAS; EFING, 2016).

Desta forma, verificou-se, inicialmente, a importância que

5 Art. 21. 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

os dados possuem na sociedade atual, bem como, a necessidade de proteção destes, para que se proteja a autonomia e privacidade dos indivíduos. Assim, passar-se-á a tratar da relevância dos dados pessoais nos processos democráticos.

3 A importância dos dados pessoais nas eleições democráticas

A utilização de dados pessoais nos processos de eleições democráticas sempre foi presente, entretendo, no decorrer dos últimos anos houve exploração neste quesito jamais vista antes. Deve-se enfatizar que a maioria das pessoas não sabe como seus dados são captados, utilizados e manipulados. Portanto, o objetivo principal deste capítulo é explorar a conexão entre o uso de dados pessoais e o posicionamento e conteúdo das plataformas sociais.

Se os indivíduos não conhecem seus direitos sobre a proteção dos dados pessoais, e se esses dados são usados indevidamente, envolvendo manipulação, danifica-se o livre exercício, levando a vícios na expressão de vontade. Para uma nação, é possível lembrar disso ao se realizar as eleições, pois ao se tomar uma decisão, a democracia pode ser ameaçada (FREDES; BORGES, 2021).

Com a popularidade do Google desde 2000 até o presente momento, em cerca de quinze anos, com a adesão massiva das redes sociais, muitas informações sobre todos foram coletadas (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

A técnica de *profiling*, decorrente de avanços tecnológicos, consiste em um método que envolve a construção de um perfil de comportamento do indivíduo, que é elaborado a partir de dados pessoais disponibilizados pelo usuário ou captados (FREDES; BORGES, 2021).

Com tantas informações pessoais disponíveis, torna-se possível a análise, em que um perfil pessoal de cada pessoa ou grupo é criado a partir das informações obtidas. Em outras palavras, todos na rede social criarão voluntariamente um perfil sobre si mesmos

(TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

Esses dados são processados por meio de algoritmos para tentar prever o comportamento futuro e estabelecer o controle ou a seleção direta de possíveis interessados em produtos ou serviços específicos. Isso tem sido feito através da análise diária de todas as pesquisas realizadas nas ferramentas de busca da internet, sendo essas informações vendidas a potenciais interessados (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

Portanto, se faz necessário abordar a importância do livre exercício da personalidade para uma sociedade democrática e como a interferência de dados pessoais a afeta. Uma descrição detalhada dos dados pessoais de uma pessoa através da obtenção de informações pessoais é atualmente constituída como a representação pessoal de um indivíduo no mundo digital, a intimidade e privacidade são expostas diariamente na internet, como um elo entre as pessoas e o ambiente digital externo (FREDES; BORGES, 2021).

Uma vez estabelecida esta conexão básica, pode-se observar que a captura de dados pessoais e o uso de tecnologias para preparar arquivos de configuração poderão dar margem à manipulação de informações externas que chegam aos indivíduos, considerando que essas tecnologias provêm de programas que fornecem aos administradores do comportamento do usuário. Deles podem transmitir notícias ou informações predeterminadas, criando uma espécie de bolha digital, prejudicando a liberdade e a livre construção da identidade pessoal (FREDES; BORGES, 2021).

A autonomia dos indivíduos na sociedade da informação deve ser fundamentada, com foco na “autodeterminação informacional” dos cidadãos, que devem ter o direito de controlar sua informação, escolhendo, ainda, como suas informações serão manipuladas e captadas (RODOTĂ, 2008).

A *big data* é formado por um grande número de combinações de dados disponíveis em diferentes servidores acessíveis para resolver a demanda por informações. Essa tecnologia faz parte das ferramentas utilizadas no contexto da 4ª Revolução Industrial

(Indústria 4.0). Ademais, qualquer pessoa pode gerar informações por meio de aplicativos móveis, sites e dado de navegação na internet (OTTONICAR, 2019).

Portanto, o sistema rastreia os indivíduos e entende suas preferências, para que eles possam recomendar produtos com base nas características das pessoas. Neste sentido, na 4ª revolução industrial, os avanços em sistemas eletromecânicos e redes de sensores sem fio beneficiaram várias áreas, criando oportunidades únicas em impulsadores-chave para melhorar o desempenho humano e organizacional para novos níveis (OTTONICAR, 2019).

A coleta dos dados e preferências dos indivíduos pode acontecer quando utilizam serviços gratuitos (como várias ferramentas de pesquisa disponíveis na internet), ou mesmo quando visita uma loja virtual e procura determinados sites e produtos nela (MARTINS; TATEOKI, 2019).

Diante disso, não é de estranhar que várias plataformas digitais tenham começado a disponibilizar conteúdos mais personalizados, ou seja, em harmonia com os gostos e preferências dos usuários, de forma a manter a sua atenção por mais tempo (MARTINS; TATEOKI, 2019).

Algumas organizações vendem dados pessoais sem o consentimento do indivíduo; a *big data* é usado para espalhar notícias falsas e manipular preferências, especialmente no contexto de redes sociais (OTTONICAR, 2019).

Existe uma ligação importante entre democracia e comunicação. A comunicação é um dos meios pelos quais os indivíduos expressam a sua vontade, por sua vez, a democracia é constituída pela vontade geral do povo. Portanto, considerando que a tecnologia está intimamente ligada ao nosso meio de comunicação, sua transformação pode alcançar o sentido de democracia. Não obstante, conforme mencionado anteriormente, existe uma ligação enorme entre democracia e ciberespaço, tendo em vista que ambos possuem o papel de propiciar liberdade à comunidade (FREDES; BORGES, 2021).

As redes sociais são um novo espaço para o debate social, cultural e político, moldada pela liberdade de expressão, proporcionando a todos que as visitam o direito de saber e de ser informado, assim, a dimensão objetiva da liberdade de expressão é desenvolvida nas redes sociais, ou seja, as redes sociais são um espaço onde o direito de expressar ideias é exercido como um direito subjetivo, mas ao mesmo tempo permite o debate e a reflexão, seja numa eleição ou em qualquer momento (FREDES; BORGES, 2021).

Porém, apesar de se fundamentar na autonomia e liberdade, a internet, conflita com a realidade diante de nossos olhos: a vigilância, que será melhor abordada no próximo capítulo. Na discussão voltada à democracia, as organizações especializadas em recolher dados e elaborar o marketing eleitoral sabem influenciar os usuários, seja através do posicionamento de notícias personalizadas ao destinatário, seja através da divulgação de notícias falsas. Em qualquer caso, há um desequilíbrio de informações, que pode levar à persuasão, o que pode levar à uma falsa conclusão (FREDES; BORGES, 2021).

Outrossim, os dados pessoais são coletados em grande escala, permitindo a criação de um banco de dados com capacidade sem precedentes, a partir do qual perfis de usuários podem ser analisados com base nestes dados (*profiling*). Com esses dados, a empresa pode orientar o conteúdo de anúncios aparentemente inofensivos, ou até mesmo informações subconscientes ou distorcidas que podem mudar as intenções de voto e outras posições políticas (FREDES; BORGES, 2021).

Nessa perspectiva, pode-se observar que as análises realizadas no contexto de *big data* podem ser utilizadas para o bem ou para o mal. Em termos políticos, esta situação é bastante grave, eis que pode ameaçar a democracia e a estabilidade de um país. Como por exemplo tem-se o recente escândalo envolvendo a eleição nos Estados Unidos e a empresa de análise de dados Cambridge Analytica (OTTONICAR, 2019).

Em um outro ponto de vista, o impacto de notícias falsas pode prejudicar a educação e a democracia de um país, ameaçando a capacidade dos cidadãos de discernir informações confiáveis (OTTONICAR, 2019). Neste contexto, tem-se o objetivo de discutir e analisar a importância da proteção dos dados pessoais para a manutenção da própria democracia, evitando que o eleitor seja manipulado ou induzido a votar com base nos dados pessoais recolhidos nas redes eletrônicas ou do candidato, pois quando este mal-intencionados, criando notícias falsas ou tendenciosas, a consciência eleitoral será afetada, fragilizando a liberdade de escolha de candidatos, sendo este um dos pilares da democracia (MARTINS; TATEOKI, 2019).

Desta forma, a internet começa a desempenhar um papel importante na própria democracia, pois os cidadãos estão cada vez mais propensos a utilizar os ambientes virtuais para compreender os acontecimentos, expressar suas preferências, opiniões, críticas, etc., e as questões que são colocadas na agenda política em um momento específico (MARTINS; TATEOKI, 2019).

Os fatos provam que, ao contrário de qualquer período da história, na democracia atual existem problemas específicos com a internet. Como sabemos, o seu conteúdo cobriu com sucesso milhões de pessoas em todo o mundo num curto período de tempo, sem qualquer oportunidade de controle da qualidade e veracidade da informação divulgada (MARTINS; TATEOKI, 2019).

As possibilidades proporcionadas pelas diversas tecnologias de informação permitem que a grande maioria das pessoas participe permanentemente da tomada de decisões políticas. No entanto, não se pode ignorar a possibilidade de sua utilização no processo de governança, vigilância e dominação, que se manifesta principalmente na crescente desigualdade no desenvolvimento e no uso de novas tecnologias em países ricos e pobres (ROVER, 2006).

É preciso lembrar que, em um futuro próximo, a combinação do progresso tecnológico e da internet pode nos levar a repensar o conceito de democracia direta e representativa, pois

pode ser comum que os cidadãos exerçam grande parte de seus deveres cívicos, inclusive de votar pela internet, experiência que foi oficialmente implementada na Estônia e está em fase experimental nos Estados Unidos, Reino Unido e Suíça (SAUAIA, 2014).

Ainda há uma séria preocupação de que, devido à fraca proteção de privacidade, governos e empresas estão usando ferramentas como mineração de dados ou coleta massiva de dados por meio de programas que funcionam permanentemente em servidores de alta velocidade, conforme relatado pelo governo dos EUA, para obter privilégios pessoais informações, o que permitirá a criação de enormes bancos de dados (SAUAIA, 2014).

Algumas pessoas também afirmam que existe uma verdadeira relação simbiótica entre democracia e privacidade, então a desregulamentação da proteção da privacidade significa uma ofensa ao sistema democrático do governo. Por exemplo, o uso de mecanismos de monitoramento, quando utilizado por governos autoritários podem ser utilizados para evitar protestos de grupos sociais com outras inclinações políticas (SAUAIA, 2014).

Deve-se enfatizar que a proteção da privacidade na sociedade de massas também está relacionada à democracia, pois sua proteção se alia ao controle e minimização do impacto da violência simbólica. A falta de privacidade permite aos detentores de informações privilegiadas a coleta coletiva e sobreposições de seus discursos, evitando a ruptura do modelo antidemocrático (SAUAIA, 2014).

O uso de informações personalizadas para fins eleitorais, seja na eleição de Trump, como o Brexit, ou no Brasil, tem causado uma deformação profunda no processo eleitoral (DOWBOR, 2020). A manutenção e o desenvolvimento do sistema democrático brasileiro são baseados na representação e na participação direta dos cidadãos, que, entretanto, vem apresentado problemas. Tem-se a dupla patologia da democracia: a patologia da participação, que se caracteriza pela distância entre a sociedade e a gestão dos interesses públicos, e a patologia da representação, que é marcada

pela crise da representação (KELSON, 2020).

Por um lado, as novas tecnologias da informação trouxeram grandes benefícios aos representantes e à participação, como formas mais flexíveis de consulta pública e fóruns digitais para a realização de tomadas de decisões. Por outro lado, trazem novos desafios à democracia, como a possibilidade dos mencionados mecanismos de vigilância e controle (KELSON, 2020).

Neste sentido, é válido dizer que a democracia está despreparada para a era digital, ainda, a democracia representativa está sendo destruída, tendo em vista que se constrói em um contexto completamente diferente da nova tecnologia de comunicação (HILBERT, 2017).

Big data, conhecido como tecnologia de processamento de grandes quantidades de dados, foi implementado nos Estados Unidos na eleição de Barack Obama em 2012 (HILBERT, 2017).

Barack Obama reuniu uma equipe de 40 engenheiros de grandes empresas de tecnologia e comprou um banco de dados de 16 milhões de eleitores indecisos selecionados, com dados de tweets, postagens no Facebook e localizações geográficas (HILBERT, 2017).

Dessa forma, eles conseguiram persuadir 80% dos eleitores que estavam indecisos por meio de uma comunicação muito precisa e direcionada. Na eleição de Donald Trump, essa abordagem evoluiu e adquiriu um novo perfil (HILBERT, 2017).

Como anteriormente citado, a *Cambridge Analytica* é uma empresa de *marketing* britânica cuja especialidade é analisar grandes quantidades de dados pessoais a fim de formular estratégias supostamente mais eficazes para vários tipos de campanhas publicitárias, sejam puramente comerciais ou políticas. Essas análises envolvem a combinação de elementos da ciência comportamental com técnicas de publicidade que verificam os dados com antecedência (MARTINS; TATEOKI, 2019).

Em março de 2018, veio à tona que *Cambridge Analytica* obteve os dados pessoais de mais de 50 milhões de usuários do

Facebook e usou esses dados para conduzir e influenciar a eleição presidencial dos EUA em 2016, levando à vitória do candidato republicano Donald Trump (MARTINS; TATEOKI, 2019). *Cambridge Analytica* adotou a *big data* e psicométrica e os usou como ferramentas de *marketing* online para atividades políticas. Por exemplo, a empresa forneceu serviços para mobilizar o povo britânico para apoiar a retirada do país da União Europeia. (KELSEN, 2020).

A maioria das campanhas políticas no passado usava dados demográficos para desenvolver estratégias. A *Cambridge Analytica* revolucionou isso, recorreu a uma combinação de psicométrica, análise de *big data* e publicidade direcionada (anúncios que são precisamente ajustados às características de personalidade dos consumidores individuais) (KELSON, 2020).

Em um outro viés, de forma a já introduzir o próximo capítulo, Harari (2018) parafraseando Winston Churchill, disserta que a democracia é o pior sistema político do mundo, com exceção de todos os outros. Quando se trata de algoritmos de *big data*, as pessoas podem chegar à mesma conclusão: eles têm muitos problemas, mas não temos escolha melhor. (HARARI, 2018).

À medida que os cientistas adquirem uma compreensão mais profunda de como os humanos tomam decisões, a tentação de confiar em algoritmos está aumentando. Decifrar decisões humanas não apenas tornará os algoritmos de *big data* mais confiáveis, mas, ao mesmo tempo, tornará os sentimentos humanos menos confiáveis (HARARI, 2018).

Sendo assim, mesmo em uma chamada sociedade livre, os algoritmos podem ganhar autoridade porque aprendemos a delegar cada vez mais tarefas a eles com base na experiência e, gradualmente, perdemos a capacidade de tomar decisões por nós mesmos (HARARI, 2018).

Diante disso, observando-se a importância, e ao mesmo tempo, o perigo do uso desenfreado e sem regulamentação dos dados pessoais, parte-se à um estudo voltado à vigilância de governo

sobre os dados pessoais.

4 Vigilância de governo: uma aproximação da distopia de 1984?

Ao adentrar no presente capítulo, importante que se realize um sopesamento entre a privacidade e o monitoramento, tendo em vista que o custo de um alto nível de monitoramento pessoal acaba com a privacidade e limita o poder pessoal das escolhas (FARIAS, 2020).

No entanto, é importante analisar esses argumentos cuidadosamente. Deve-se considerar que os riscos da vigilância da sociedade podem ser associados ao uso indevido da informação por governantes para o controle dos cidadãos (COSTA; OLIVEIRA, 2019).

Ora, um conjunto de dados só tem sentido quando analisado para produzir conhecimento sobre a realidade. Em se tratando de vigilância, a história está cheia de ligações entre examinar o comportamento individual e gerar classificação e conhecimento para permitir que eles governem seu comportamento (BRUNO, 2008).

Hoje em dia a tecnologia é a regra, os indivíduos estão sempre em contato uns com os outros, e seu uso é diário, normalmente 24 (vinte e quatro) horas por dia, e tudo é registrado. As redes sociais sabem para onde vamos, quando acordamos, quando vamos para a cama, o que gostamos, o que não gostamos e várias outras atitudes e comportamentos captados no nosso dia a dia e o algoritmo conhece todas as nossas informações e pode fazer previsões sobre ações (FREDES; BORGES, 2021). Portanto, manter o poder implica controlar os outros, pois o mesmo conflito que constrói uma sociedade também é a possibilidade de ações que a colocam em risco (SPENGLER; COPELLI, 2015).

Porém, há um aspecto muito importante que merece a devida atenção de toda a sociedade: a implementação de um

forte controle social para acabar com a privacidade. Por meio da tecnologia, a privacidade das pessoas foi severamente reduzida e as consequências desse processo nos próximos anos ainda são desconhecidas (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

A violência urbana e o terrorismo são fatos que fazem com que a privacidade das pessoas diminua. Para intimidar os criminosos, câmeras de segurança estão por toda parte, registrando os passos das pessoas nas ruas, entradas de casas e apartamentos, elevadores, lojas e outros espaços acessíveis ao público. Na entrada do prédio, as pessoas foram solicitadas a fornecer seus nomes, números de identidade e permissão para tirar fotos. Não está claro como essas informações foram processadas ou se foram descartadas corretamente no momento da venda dos computadores (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

Sob as alegações de combate ao terrorismo, as informações enviadas pela internet são monitoradas automaticamente por grandes computadores. Controle o trânsito de pessoas exigindo que todos os passageiros forneçam dados, bem como controle de câmera e coleta de impressões digitais (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

Os métodos mencionados acima, usados por países e empresas para coletar informações privadas, são invasivos. Na verdade, ninguém pode optar por não declarar seus rendimentos, bens, ou impedir estritamente a coleta de dados sobre suas informações físicas ou de acesso ou preferências. No entanto, nos últimos anos, as pessoas deram um novo passo no campo da privacidade. A estratégia não tentou invadir esse campo e suscitar resistência entre as pessoas, mas mudou: o acesso fácil e divertido às redes sociais por meio do computador pessoal e, recentemente, do celular, tem criado um forte estímulo para que as pessoas abram mão de sua privacidade voluntariamente (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

A supervisão excessiva pode minar as liberdades civis, porque as pessoas podem se sentir impelidas ao desespero e incapazes de

expressar suas opiniões, tendo em vista que essa prática abre espaço para intimidação (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

Governos autocráticos frequentemente usam informações falsas, geralmente por meio de mentiras, induzindo a sociedade a acreditar em certos fatos ou situações que são inconsistentes com os fatos. Foi o que aconteceu na Alemanha nazista, onde o Ministro da Propaganda, Joseph Goebbels, disse: “se você contar uma mentira grande o suficiente e ficar repetindo-a, as pessoas acreditarão ser verdade” (MARTINS; TATEOKI, 2019).

O grande fantasma do avanço onisciente é a realização da imagem do *big brother*. Paradoxalmente, essa hipótese de ditadura da censura é ainda mais preocupante do que uma sociedade onde a transparência está aumentando (ROVER, 2006).

A internet, que conecta todos os computadores e telefones celulares, tornou-se uma espécie de *big brother* na prática. No livro de 1984, existem “teletelas” e câmeras. No mundo real de hoje, além das câmeras de segurança, todos estão na frente de telas de computador e telefones celulares o tempo todo. É até um aperfeiçoamento em relação ao livro de 1984, porque a “teletela” é fixa e o computador e o telefone celular são portáteis. (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

Organizações que controlam uma grande quantidade de coleta de dados, impulsionadas pela fraca proteção dos direitos básicos de privacidade, serão capazes de selecionar e agregar informações rapidamente para que possam suprimir ou distorcer as informações. Os detentores de informações apenas divulgam ou omitem o conteúdo que lhes interessa. Para governos autoritários a qualidade e veracidade dessas informações pouco importa, o que realmente tem interesse são os benefícios de manter a governança em detrimento das minorias. Assim, os detentores da informação e, portanto, os detentores do poder, poderão coordenar sua separação de conteúdos desinteressados e difundir o que pretendem ver concretamente como a verdade sobre a pessoa ou grupo (SAUAI, 2014).

Alguns dos riscos que podem surgir com a manipulação dos dados e informações por meio dos algoritmos são: preconceito, censura, discriminação social, violações de privacidade e direitos de propriedade, abuso de poder de mercado, impacto na capacidade cognitiva e riscos crescentes (DONEDA; ALMEIDA, 2017).

O Google é um símbolo poderoso desse conflito. O mecanismo de busca mais utilizado na internet parece constituir não apenas um oráculo onisciente, mas também uma instância legal, servindo como referência pessoal de gestão para milhões de usuários em todo o mundo. Afinal, do que mais se pode duvidar? “Você é o que o Google diz que você é” (DONEDA; ALMEIDA, 2017). O mesmo pode acontecer com um governo autoritário, “Você é o que o governo diz que você é”.

Hoje, tudo é um sinal magnético, informação não material onipresente que pode ser armazenada, processada usando tecnologia de *big data*, analisada por meio de algoritmos e transmitida instantaneamente para todas as partes da Terra. A tecnologia de reconhecimento facial usando câmeras instaladas nas ruas de muitas cidades tem causado indignação. O próprio George Orwell não conseguia imaginar como seria o *Big Brother* em 1984, muito menos a tecnologia em 2020 (DOWBOR, 2020).

O reconhecimento facial em locais públicos continuará existindo, com incontáveis câmeras de vigilância. Deve-se não apenas considerar o que eles fazem com nossas informações, mas também o que podem fazer (DOWBOR, 2020).

A vigilância governamental trará mudanças muito importantes. A ideia de que todos são inocentes antes de serem provados culpados, pode mudar para que todos podem ser culpados e devem ser vigiados até que se prove o contrário (KELSON, 2020).

Isso se baseia na visão de que as pessoas que recebem atenção constante desenvolvem autodisciplina. Outra possibilidade é gerar controle social por meio do medo e da passividade dos indivíduos (RAMONET, 2016).

Esse estado de guerra permanente ao terrorismo é o principal

argumento utilizado como motivo para o estabelecimento de uma base de ferramentas de vigilância e uma desculpa moral perfeita para o fortalecimento do controle social (RAMONET, 2016).

Mais eficazes do que os bastões das forças de segurança, os jatos d'água, as forças armadas, são as novas armas de vigilância que podem identificar líderes de grupos não hegemônicos e retirá-los do campo de batalha com antecedência (RAMONET, 2016).

Essas tecnologias podem ser usadas para dificultar a manifestação e protestos dos cidadãos, impedindo, assim, a livre expressão de ideias, que é o elemento básico da democracia (KELSON, 2020).

Ademais, fazendo uma ligação com a inteligência artificial, afirma-se que a crença liberal em sentimentos pessoais e livre escolha não é natural nem antiga. Por milhares de anos, as pessoas acreditaram que a autoridade vinha da lei de Deus, não do coração, então devemos santificar a palavra de Deus, não a liberdade humana. Somente nos últimos séculos a fonte de autoridade mudou dos corpos celestes para as pessoas de carne e osso. Em breve, a autoridade pode mudar novamente, desta vez, de humanos para algoritmos. Assim como os mitos religiosos legitimam a autoridade sagrada e as narrativas liberais defendem a autoridade humana, as revoluções tecnológicas futuras podem estabelecer a autoridade de algoritmos de *big data* enquanto destrói a ideia de liberdade pessoal (HARARI, 2018).

Ao mesmo tempo, os cientistas da computação estão nos oferecendo recursos de processamento de dados sem precedentes. Quando a revolução da biotecnologia se fundirá com a revolução da tecnologia da informação, ela produzirá algoritmos de *big data* que podem monitorar e compreender meus sentimentos melhor do o próprio indivíduo, e então a autoridade pode ser transferida dos humanos para os computadores (HARARI, 2018).

As pessoas têm medo da inteligência artificial porque não acreditam que ela obedecerá. Já vimos muitos filmes de ficção científica sobre robôs se rebelando contra senhores humanos e

massacrando todo mundo nas ruas. Mas o verdadeiro problema com os robôs é o oposto. Devemos ter medo deles, porque sempre obedecerão a seus mestres e nunca se rebelarão (HARARI, 2018).

O perigo não se limita a máquinas mortíferas. O sistema de vigilância apresenta os mesmos riscos. Nas mãos de um governo benigno, algoritmos de vigilância poderosos podem ser a melhor coisa que já aconteceu à humanidade. Mas o mesmo algoritmo de *big data* também pode fornecer motivação para o *big brother* no futuro. Nas mãos de um governo ditatorial, podemos eventualmente entrar em um sistema de vigilância orwelliano, no qual todos são monitorados o tempo todo (HARARI, 2018).

O resultado pode ser inimaginável até mesmo para Orwell: um regime completamente vigilante que não apenas rastreia nossas atividades externas e fala, mas pode até mesmo penetrar em nossa pele e observar nossa experiência interior (HARARI, 2018).

O totalitarismo atuava por intermédio da violência, mas o poder instrumentário opera através da modificação comportamental, e é aí que o nosso foco precisa mudar. O poder instrumentário não tem interesse nas almas nem tem qualquer princípio a instruir. Não há qualquer treinamento ou transformação para a salvação espiritual, qualquer ideologia pela qual julgar nossas ações. Ele não exige a posse de cada pessoa de dentro para fora. Ele não tem interesse em exterminar nem desgrudar nossos corpos e mentes em nome da devoção pura. Ele recebe dados sobre o comportamento do nosso sangue e da nossa merda, mas não tem interesse em se sujar com as nossas excreções. Ele não tem apetite pelo nosso sofrimento, dor ou terror, embora receba com avidez e de bom grado o superávit comportamental que é infiltrado a partir de nossa angústia. Ele é profunda e infinitamente indiferente aos nossos significados e motivos. (ZUBOFF, p. 429, 2021)

Embora o instrumentalismo não seja cruel, é tão chocante, incompreensível e novo para a história humana quanto o totalitarismo para suas testemunhas e vítimas. Nosso encontro com forças sem precedentes ajuda a explicar por que é difícil nomear e compreender esse novo método coercitivo, que é moldado

secretamente, oculto pela tecnologia e complexidade tecnológica e oculto pela retórica. O totalitarismo é um projeto político que se integra à economia para dominar a sociedade. O instrumentalismo é um projeto de mercado que se integra aos números para concretizar seu tipo único de dominação social (ZUBOFF, 2021).

Com tantas informações pessoais coletadas, é impossível saber para onde você está indo ou para onde estará. Muito provavelmente, o mundo não será a distopia descrita em 1984, tendo em vista que a liberdade é elemento essencial para o funcionamento da economia, o que é diferente do mundo descrito por Orwell (TOMASEVICIUS FILHO, 2014).

Diante do discorrido, faz-se necessário dar uma atenção maior para a proteção dos dados pessoais e a privacidade do indivíduo, tendo em vista o tamanho poder destrutivo social que podem ter se utilizados por governos totalitários, destruindo, assim, qualquer forma de democracia.

5 Conclusão

Pela realização do presente estudo buscou-se demonstrar a importância que os dados pessoais possuem nas sociedades contemporâneas, tendo em vista que podem ser utilizados por candidatos e governantes para manipular a realidade.

O primeiro capítulo foi destinado a dissertar sobre importância que os dados pessoais e a privacidade possuem na sociedade atual, bem como, a necessidade de proteção destes, para que se proteja a autonomia e privacidade dos indivíduos.

Posteriormente, verificar-se-á a importância, e ao mesmo tempo, o perigo do uso desenfreado e sem regulamentação dos dados pessoais nos processos de eleições democráticas. Salienta-se que estes sempre foram utilizados nas mais diversas campanhas políticas, entretendo, no decorrer dos últimos anos houve exploração neste quesito sem precedentes na história.

Por fim, no terceiro e último capítulo deste artigo, realizou-

se a um estudo voltado à vigilância de governo sobre os dados pessoais, sobre as formas de manipulação, distorções de realidades possíveis, sendo um perigo para a democracia, podendo inclusive acarretar em novas formas de totalitarismo.

Assim, como resultado constata-se que a democracia precisa evoluir conforme a tecnologia para enfrentar os diversos problemas da imensa quantidade de dados e sua capacidade de processamento e evitar que estes sejam manipulados para ganhos pessoais de candidatos e governantes.

Resumindo, pode-se analisar os aspectos gerais de dados pessoais, privacidade e sua regulamentação, posteriormente, verificou-se a importância dos dados pessoais nas eleições democráticas e, por fim, foi realizada uma abordagem sobre a vigilância de governo e como este pode se utilizar dos dados pessoais para implementar um totalitarismo, acabando com a democracia.

Referências

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. **A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental**: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. Sequência: Florianópolis, p. 109-127, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília: DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Diário Oficial da União. Brasília: DF, 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRUNO, Fernanda. Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital. **Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia**, n. 36, p. 10-16, 2008. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4955/495550192002.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

CARVALHO, João Pedro Antunes Lima da Fonseca. **A Natureza Jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados à Luz da Teoria do Estado Regulador: Há Espaço Para a Adoção Do Conceito Material De Descentralização Administrativa No Brasil?** Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, [s. l.], v. 12, n. 2, 2020. DOI 10.26512/lstr.v12i2.34714. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.286003aba2e046cf99f071f802b89ca0&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

COPETTI, Rafael; CELLA, José Renato Gaziero. **A Salvaguarda da Privacidade e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.** Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias; v. 5, n. 1 (2019): JANEIRO - JUNHO, [s. l.], 2019. DOI 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2019.v5i1.5417. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.29AF2B23&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 3 jul. 2021.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. O uso de tecnologias de reconhecimento facial em sistemas de vigilância e suas implicações no direito à privacidade. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 5, n. 2, p. 1-21, 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/5777>>. Acesso em: 20 jul. 2021

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.** Espaço Jurídico Journal of Law, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 3 mai. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio AF. O que é a governança de algoritmos. *TECNOPOLÍTICAS*, p. 141, 2017.

DOWBOR, Ladislau. **Sociedade Viglada**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, 2020.

FARIAS, Gabrielle Graça de. **Vigilância movida a dados como mecanismo de combate à covid-19 e seus limites éticos envoltos na proteção de dados pessoais**. *Caderno Virtual*, v. 2, n. 47, 2020. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/viewFile/4703/1854>. Acesso em: 5 jul. 2021.

FREDES, Andrei Ferreira; BORGES, Mariana Godinho. **Dados Pessoais, Privacidade e Democracia**: Uma relação contemporânea necessária. *Direitos Democráticos & Estado Moderno*, n. 2, p. 181-195, 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Dados e técnicas de pesquisa social**. Editora Atlas, 6ª ed. São Paulo, 2008.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Schwarcz S.A, 2018

HILBERT, Martin. **Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída**, 2017. BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>. Acesso em: 5 jul. 2021.

KELSON, Pedro. **O homem nu**: tecnologias de vigilância e os perigos para a democracia. In *Sociedade Viglada*. 2020

MARTINI, Sandra Regina; BERGSTEIN, Laís. **Aproximações Entre o Direito ao Esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**, 2019. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/14/13>>. Acesso em: 2 jan. 2021

MARTINS, Marcelo Guerra; TATEOKI, Victor Augusto.

Proteção de dados pessoais e democracia: fake news, manipulação do eleitor e o caso da Cambridge Analytica. Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES, v. 7, n. 3, p. 135-148, 2019.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Claudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Editora Saraiva, 5ª ed. São Paulo, 2009.

MISUGI, Guilherme; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antonio Carlos. **Releitura da privacidade diante das novas tecnologias: realidade aumentada, reconhecimento facial e Internet das coisas**. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 16, n. 2, p. 427-453, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4433>. Acesso em 15 jul. 2021.

OTTONICAR, Selma Leticia Capinzaiki et al. **Fake news, big data e o risco à democracia:** novos desafios à competência em informação e midiática. 2019.

RAMONET, Ignacio. **O Novo Estado da Vigilância Global**, 2016. Outras Palavras. Disponível em: <http://outraspalavras.net/posts/o-novo-estado-da-vigilancia-global>. Acesso em 15 jul. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROVER, Aires José. **A democracia digital possível**. Seqüência: estudos jurídicos e políticos, v. 27, n. 52, p. 85-104, 2006.

SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **O direito fundamental à privacidade:** contribuições para um olhar democrático. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA, p. 161, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; COPELLI, Giancarlo Montagner. Democracia, conflito e controle social: o fenômeno totalitário é

possível dentro da sociedade de iguais?. REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 8, n. 4, p. 2493-2516, 2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Em direção a um novo 1984?** A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 109, p. 129-169, 2014.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância.** Editora Intrínseca, 2021.

Capítulo 9

O DIREITO A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS E A MOROSIDADE ESTATAL NO CUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL

Aline Trindade¹

Jarbas Paula de Souza Junior²

Suelen Silva de Oliveira³

1 Introdução

Considerando o atual cenário brasileiro, em que os processos, em especial, os criminais levam cerca de 4 a 8 anos para que o Judiciário chegue a uma decisão (conclusão) para todas as partes envolvidas, em particular o réu, visa-se conjecturar a possibilidade jurídica do tema proposto. A presente proposta de pesquisa tem como tema central de estudo verificar a viabilidade na aplicação da medida compensatória (atenuante) devido a não observância do princípio da razoável duração do processo. Isto é, a não observância desse princípio fundamental poderia fundamentar a aplicação do benefício da atenuante do art. 66 do Código Penal. O Direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a insustentabilidade na prestação jurisdicional.

Então, tendo o tempo como sanção, analisar-se-á a

1 Mestranda do PPGD da Faculdade IMED, currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/6201055881085102>, ID ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1806-4793>.

2 Mestrando do PPGD da Faculdade IMED, currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/4312617653077312>, ID ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2232-3663>.

3 Mestranda do PPGD da Faculdade IMED, currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/2168188541729202>, ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6024-511X>.

possibilidade de buscar atenuar a pena do réu com base da legislação atual, ou vislumbrar uma alteração na dogmática penal para possibilitar essa implementação. Assim atingiria se a concretização do direito fundamental, visando uma resposta mais rápida não só para vítima, mas para o próprio acusado.

2 A morosidade estatal no cumprimento constitucional e o direito a um processo sem dilações indevidas

A morosidade jurisdicional além de violar direitos fundamentais importantes, também vai de encontro ao direito do réu em ter seu processo julgado em um prazo razoável, do mesmo modo que não observa a prerrogativa de desfrutar de seu processo penal administrado sem dilações indevidas. Beccaria, a seu tempo, já mencionava que o processo deve ser conduzido sem protelações, pois quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais perto estiver do delito, mais justa e útil a pena será (BECCARIA, 2005, p.59).

Apesar de ser direito de todos os envolvidos no processo penal de desfrutar de prestação de tutela jurisdicional devida com celeridade e eficiência, a morosidade na prestação constitui um dos mais antigos entraves da Administração Pública. A partir da Segunda Guerra Mundial é que nasceram discussões acerca do Direito Fundamental (PASTOR). Esses debates conjugaram com a promulgação da Declaração Universal de Direitos do Homem (10-12-1948), em particular em seu artigo 10, que foi fonte tanto do artigo 6.1 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), bem como dos artigos 7.7 e 8.1 da respectiva CACH. Portanto, a nível internacional o Direito fundamental já possui amparo jurídico, posteriormente foi recepcionado pela legislação brasileira, em especial, pelo artigo 5, parágrafo 2 da Carta Magna. No entanto, em 8 de dezembro de 2004 com o advento da Emenda Constitucional nº 45 houve o acréscimo do inciso LXXVIII em que deixou o texto constitucional ainda mais claro e específico, declarando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Todavia, apesar das estipulações tanto em âmbito internacional (CADH), como a nível brasileiro (CF) prevendo o direito a razoável duração do processo não houve menção em ambas as leis sobre qual seria o prazo máximo de duração ou qual seria o prazo razoável de duração do processo, e tão pouco delegaram para que lei ordinária regulamentasse a matéria. Logo, as leis limitam-se a mera conceptualização e pouca funcionalidade. Ocorre que o direito brasileiro reconheceu a chamada “doutrina do não prazo”, ocasionando em uma regularização ineficaz e questionável.

Oportuno mencionar que apesar do Código de Processo Penal estipular alguns prazos processuais (artigos 400,412,531, dentre outros) não são suficientes para garantir tal direito, sobretudo por serem prazos desprovidos de sanção em caso de descumprimento. Nessa linha de raciocínio, urge mencionar as palavras do doutrinador e pesquisador Aury Lopes Júnior no sentido de que nesse caso há uma equação prazo-sanção = ineficácia, posto que quando se fala em não prazo significa dizer: ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 89).

Em 27 de dezembro de 1968, no caso “Wemhoff” que houve tratativas a fim de estipular alguns critérios para avaliar o que seria a “duração indevida”. Pois bem, a partir disso designou-se a chamada “doutrina dos sete critérios”, considerando o seguinte:

SETE CRITÉRIOS PARA EFICÁCIA DO “PRAZO RAZOÁVEL”:
1. A duração da prisão cautelar;
2. A duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada e caso de condenação;
3. Os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros;
4. A influência da conduta do imputado em relação a demora do processo;

5. As dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.);
6. A maneira como a investigação foi conduzida;
7. A conduta das autoridades.

Fonte: (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 89).

Entretanto, a teoria dos sete critérios não teve “vida” longa, pois não teve abrigo pela TEDH, mas também não foi descartada em sua integralidade. Isso porque foi aproveitada pela Corte em alguns casos, e posteriormente sendo aplicada como ponto de partida para um novo referencial, isto é, a teoria dos três critérios:

TRÊS CRITÉRIOS PARA EFICÁCIA DO “PRAZO RAZOÁVEL”:
1. A complexidade do caso;
2. A atividade processual do interessado (imputado);
3. A conduta das autoridades judiciárias.

Fonte: (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 89).

Portanto, apesar de bem amplos e discricionários ainda, são esses os critérios utilizados atualmente pelo TEDH e pela CIDH, sem dúvida, o melhor cenário seria a clara fixação objetiva da duração máxima do processo, bem como da prisão cautelar, a cima de tudo estipulando sanções em casa de descumprimento total ou parcial, como por, exemplo, extinção do processo penal ou liberdade automática do imputado

Outrossim, faz-se importante que a lei estipule os prazos de duração do processo, tendo em vista que até mesmo para se argumentar sobre a dilação indevida ou excesso temporal do processo precisa-se anteriormente haver norte e limites pré-fixados como ponto de partida a fim de haver um ponto referencial com o objetivo de conseguir chegar-se afirmação se ocorreu ou não dilação indevida. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 90-91).

Nesse interim, Gimeno Sendra justifica que a dilação

indevida corresponde a mera inatividade, dolosa, negligente ou fortuita do órgão jurisdicional. Não constituiu causa de justificação a sobrecarga de trabalho do órgão jurisdicional, pois é inadmissível transformar em “devido” o “indevido” funcionamento da Justiça (GIMENO). Em conclusão, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5, LXXVIII, considerou a teoria do não prazo, e, conseqüentemente, deixando o texto aberto, sem definição objetiva.

Dessarte que a “teoria do não prazo” é a ineficácia do princípio constitucional da razoável duração do processo penal. Dessa forma, Aury Lopes, expõe 4(quatro) critérios dos quais deverão ser aplicados pelos tribunais brasileiros, como já ocorre nos TEDH e na CIDH. Argumenta ainda que esse não é o modelo mais adequado, porém enquanto não há critérios objetivos temporais e definidos em lei, já pode-se acreditar numa luz. São eles:

QUATRO CRITÉRIOS QUE DEVERÃO SER UTILIZADOS:
1. Complexidade do caso;
2. Atividade processual do interessado (imputado), que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria demora;
3. A conduta das autoridades judiciárias como um todo. (polícia, Ministério Público, juízes, servidores etc.);
4. Princípio da razoabilidade.

Fonte: (LOPES JÚNIOR, 2019, p.92).

3 Possibilidade de aplicação da atenuante do art. 66 CP ou necessidade de alteração da dogmática penal

Após discorrer sobre a amplitude e sobre os critérios abertos do que seria o prazo razoável de processo, bem como de quando haveria a dilação indevida, faz-se substancial haver limites normativos mais claros e concretos para sua melhor aplicação e para melhor segurança jurídica. Anteriormente, discorreu-se sobre os critérios subjetivos utilizados pela TEDH e CIDH para “tentar”

limitar o tempo imoderado de processo.

Porém, no Brasil, essa questão é ainda mais delicada, visto que os processos penais não possuem limitação para sua duração e, consequentemente, levam anos e anos até um veredito final (não confundir direito ao prazo razoável com a prescrição). Essa discussão no sistema brasileiro ainda é muito embrionária, com doutrina muito enfraquecida, a contrário sensu no Paraguai o Código de Processo Penal prevê prazo máximo para a duração do processo, que será de no máximo 4 (quatro) anos (art.136 CPP), após esse lapso temporal o processo será extinto.

Ainda, o sistema Paraguaio também estipula limite pré-processual (art.139), que uma vez superado, impedirá a instauração processual futura. Ainda, o CPP Paraguaio reza que, se um recurso contra uma prisão cautelar não for julgado no prazo fixado em lei, poderá o imputado exigir que o despacho seja proferido em até 24 horas. No entanto, caso tal prazo não seja obedecido terá o réu o direito de ser posto em liberdade (LOPES JÚNIOR, 2019, p 94).

Por essa razão, o presente estudo faz primordial diante de sua complexidade e da atual necessidade brasileira, pois versa sobre o tempo de vida das pessoas. Outrossim, há alguns prazos sobre o rito de procedimento no Código de Processo Penal, porém não há qualquer sanção em caso de descumprimento. Portanto, os entraves postos são dois: 1) não existe qualquer definição do prazo máximo de duração de processo, ou seja, até a sentença de primeiro grau e, depois até o trânsito em julgado. 2) E, também, não existe sanção processual pela violação do prazo fixado em lei (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 93).

A partir dessa análise questiona-se: Em caso da instrução processual (rito) não ser realizada dentro do prazo estabelecido em lei, qual seria a sanção aplicável? Nenhuma. Em virtude disso, o direito fundamental a um prazo razoável não tem eficácia prática. Parece mais uma orientação da qual fica a critério discricionário dos membros do judiciário, do que propriamente uma exigência-obrigação. Argumenta-se ainda que o legislador deveria estipular

limites não só para a duração do processo. Portanto, após verificar a necessidade de fixação de prazo, também, vislumbra-se “soluções” em caso de violação desses limites temporais.

Existe uma enorme e injustificada resistência em reconhecer a existência de danos e o dever de indenizar o réu ou sua família pela demora do judiciário na resposta pelo qual foi subsista, sobretudo quando não há prisão cautelar. Diante dessas observações verificar-se-á a possibilidade de aplicação do art. 66 do CP a fim de atenuar a pena do réu, em caso de descumprimento do direito fundamental da razoável duração do processo penal “ **Art. 66** - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Posteriormente, pesquisar a coerência de uma possível alteração na dogmática penal tanto para fixar prazos, como para impor sanções ao descumprimento destes.

O jurista Aury Lopes enumera 3(três) soluções em decorrência das dilações indevidas e do descumprimento à violação ao direito a razoável duração do processo. São elas: compensatórias, processuais e sancionatórias. A primeira “solução” seria a compensação penal que poderá ser pode meio da atenuação de pena ao final aplicado na sentença, isto é, aplicação da atenuante inominada do artigo 66 do CP ou o perdão judicial, nos casos possíveis (art. 121, p. 5, art. 129). Isso pelo motivo de que a dilação excessiva do processo penal atingiu o réu de uma forma tão grave que a sanção penal se tornou desnecessária. (LOPES JÚNIOR, 2019, p 98). Outra hipótese, seria a “solução” processuais, em que a melhor remédio é a extinção do feito, porém essa forma encontra-se maior resistência. A última sugestão dado pelo jurista (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 98-101) é a punição do servidor (juízes, promotores, etc.) responsáveis pela morosidade processual penal indevida. A problemática é que existe uma incursão no Direito Administrativo, Civil e Penal.

No entanto, a Emenda Constitucional n.45, além de prever o direito de ser julgado em um prazo razoável, também estabeleceu

a possibilidade de uma sanção administrativa para o juiz que der causa a morosidade. A redação do artigo 93,II, “e”, reza que: “e) não será promovido o juiz, que injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los aos cartórios sem o devido despacho ou decisão”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), porém, a insegurança é se há aplicação ou a norma fica apenas no mundo teórico.

3.1 Caso concreto sobre a aplicação da atenuante devido à morosidade do processo penal

Há países como o Paraguai em que possui limitação temporal para o término do processo penal, e sanções em caso de desrespeito. Já no Brasil esse cenário é diverso. Apesar de não haver no sistema brasileiro penal fixação em lei a cerca do tempo e tão pouco sanções em caso de exorbitância temporal penal, verificarse-á casos na justiça Brasileira em que se obteve a aplicação da atenuante para o réu ou condenação ao Poder Judiciário devido a sua morosidade.

Pois bem, ocorre que 1 de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes, que já possuía históricos de doença mental, teve uma crise e por essa razão foi internado na Casa de Repouso de Guararapes (Estado do Ceará). No dia 03 de outubro, mesmo internado, teve um surto de agressividade, entrando no banheiro da clínica e se recusado de sair. Diante dessa situação foi imobilizado e retirado a força. Além disso, a vítima (Damião) foi espancada e sedada. No dia seguinte (04 de outubro), sua mãe foi visitá-lo e se deparou com seu filho cheio de hematomas, roupas rasgadas, sujo de fezes e com as mãos amarradas nas costas, sendo relatado pela mãe que a vítima encontrava-se com dificuldades para respirar e agonizando, pedindo que fosse chamado a polícia, bem como pedindo ajuda para os enfermeiros da Casa. No entanto, no mesmo dia Damião veio a falecer.

Tendo em vista a referida situação a família, em especial,

a irmã da vítima (Irene Ximenes) buscou a autoridade policial, denunciou o caso e Secretaria de Saúde e para a Comissão de Direitos Humanos do Ceará. O Inquérito Policial foi instaurado em 27 de março de 2000, oferecida a denúncia pelo Ministério Público. O processo foi tumultuado, censurado e incompleto, tanto que houve pedido da Corte Interamericana para a inclusão de mais réus. Em 04 de julho de 2006, 6 anos após a instauração do processo, não havia ainda sequer sentença de primeiro grau na esfera penal. Percebendo a morosidade do Poder Judiciário a irmã da vítima por meio de uma ONG, apresentou petição na Corte Internacional de Direitos Humanos(CIDH) contra o Brasil.

A comissão da Corte solicitou esclarecimentos ao Brasil, no qual ignorou, também foi colocado ao país instrumentos de solução amistosa, porém também não se manifestou. Por último, a Comissão entendeu, a partir dos documentos e provas juntados, que havia sido violado os artigos da CF. Dessa forma, a comissão recomendou ao Estado Brasileiro uma série de medidas para sanar essas violações e fixou o prazo de 2 meses para que o país informasse as medidas adotadas. Apenas nessa ocasião o Brasil se manifestou solicitando prorrogação do prazo de 2 meses, se manifestando de forma absolutamente intempestiva.

Dessa forma, em 4 de julho de 2006 o Brasil foi condenado por violação a vida, integridade física, negação de jurisdição pela demora(violação do direito de ser julgado no prazo razoável). O ponto central é ressaltar que a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) considerou que houve injustificada demora na prestação da tutela penal. A Corte chegou a essa conclusão após analisar 3 critérios (complexibilidade do caso, atuação do Estado e atuação processual dos interessados). (LOPES JÚNIOR, 2019, p 94 -98). Portanto, a Corte, proferiu, em 4 julho de 2006, a primeira sentença condenatória por violação do disposto no artigo 8.1 da CIDH, c.c o art 5 da CF, no qual censura a dilação indevida.

8.1 -Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido

anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CIDH, 1969) (grifei).

Portanto, a condenação Brasileira foi para que: pague 125 mil dólares a título de compensação financeira a família da vítima, mais de 10 mil dólares a título de ressarcimento das despesas processuais. Esse valor deverá ser pago no prazo máximo de 1 ano a contar da data da imitação da sentença, não poderá incidir impostos de qualquer natureza sobre esses valores, e, em caso de atraso incidirá juros moratórios bancários. (LOPES JÚNIOR, 2019, p 94 -98).

Em conclusão, apesar do valor ser irrisório para o Brasil e baixo para a família da vítima, foi um avanço em termos de conquista de eficácia dos direitos humanos e fundamentais, como, o direito de ser julgado em um prazo razoável. Logo, nota-se da importância de avançar estudos a cerca da duração razoável dos processos penais brasileiros, e, conseqüentemente objetivar uma resposta mais rápida e eficaz tanto para a vítima quanto para o acusado, dado que ambos sofrem pelo demora processual.

4 Conclusão

Assim, o presente artigo não visa esgotar um tema tão complexo e nem buscar soluções rápidas e ilusórias, porém anseia questionar a possibilidade de alteração da dogmática penal ou buscar atenuar a pena do réu em caso de morosidade estatal no cumprimento Constitucional, visto que este possui Direito a um processo sem dilações indevidas. Isso ocorre porque o fator tempo elevado de processo gera maior insustentabilidade e ainda prolongada o tempo de pena do réu, ou seja, pena em duplicidade: tempo-processo e tempo-pena.

Diante disso, alguns dos direitos fundamentais são violados, como, por exemplo, o direito a ser julgado em um prazo razoável. Ainda, a violação a direitos fundamentais só aumenta na medida em que a intensidade e demora do processo penal aumenta. Portanto,

a ineficiência estatal para com o réu é, em síntese, uma dívida do Estado em relação aos particulares envolvidos no processo. Dessa feita, a demora em uma resposta jurisdicional é equiparada à negação de jurisdição.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005.

CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e Direito**. Trad. de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

BOFF, Leonardo. **A terra na palma da mão: uma nova visão do planeta e da humanidade**. Petrópolis: Vozes, 2016.

DIAS, Felipe; ZAMBAM, Neuro; SILVEIRA, Alexandre. **A insustentabilidade social violadora de direitos humanos no modelo de controle penal e a privação das capacidades (capabilities)**. Revista de Ciências Jurídicas: Pensar, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8431> Acesso em: 04 de março de 2021.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EINSTEIN, Albert. **Vida e pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. José Geraldo Vieira. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HAWKING, Stephen W. **Uma breve história do tempo: do Big Bang aos buracos negros**. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de

Janeiro: Rocco, 2015.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 04 de março de 2021.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas.** 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processo Penal.** 16^o edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOTARIANO JÚNIOR, Antônio de Pádua. **Garantia da razoável duração do processo: reforma do Poder Judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OST, François. **O tempo do Direito.** Trad. de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PASTOR, Daniel R. **Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Processo Penal.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 52, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2001.

THOMPSON, Augusto. **A questão da penitenciária.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Os limites do aprisionamento.** Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, n.3, v.1, p. 51-54, 1988.

Capítulo 10

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, CIDADANIA E NOVAS TECNOLOGIAS: O QUE ESPERAR DO INESPERADO

Wellinton Silva Gnoatto¹

Luis Paulo Bressan Pasinato²

1 Introdução

A sociedade, em geral, passa por um período jamais visto de polarização contemporânea. As desigualdades econômicas e sociais crescem, ao mesmo passo da monopolização da renda, aumentando cada vez mais o abismo cultural e econômico entre as pessoas, gerando instabilidade política e social, e causando diversos problemas – já notórios em telejornais.

Nesse cenário, atitudes governamentais e de cidadãos embasadas em argumentos nacionalistas, patriotas e conservadores, eivados de vícios compartilhados de geração em geração e com desrespeito aos direitos humanos estipulados de forma internacional são os percalços de um processo de humanização necessário para a própria convivência em sociedade.

Com o período pós-guerra de 1945 em diante, e consequentemente com o Tribunal de Nuremberg, estabeleceu-se a iminente necessidade de uma norma geral, inédita e global acerca dos direitos humanos, para que houvessem direitos fundamentais a serem respeitados, tendo-se como carros-chefes a vida e a dignidade

1 Graduado em Direito. Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – IMED/RS. Advogado. E-mail: wgnoatto.adv@gmail.com.

2 Graduado em Direito. Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – IMED/RS. E-mail: luispaulo1919@gmail.com.

da pessoa humana.

Tais valores possuem consenso mundial e, apesar de culturas e limites territoriais, a consonância entre os povos é manifesta e assertiva no tocante a esses direitos fundamentais. Atrocidades jamais vistas (ou conhecidas) não poderiam sair impunes e ressurgidas sob um argumento atemporal de limite territorial e soberania nacional.

Nesse sentido, cresce cada vez mais a necessidade de se estabelecer uma linha (não-tênue) acerca da temática da cidadania. O “direito a ter direitos” não pode se restringir a normas nacionais com meros limites territoriais. A ampla e veloz globalização e a progressão em grande escala dos meios de comunicação demonstra(ram) que a empatia do ser humano deve ser universal, para todos.

Temas sensíveis como da migração e o *brexite* evidenciam que os governos e pessoas conservadoras estão alocando-se de argumentos genéricos e ultrapassados como a “deturpação da família”, “patriotismo” e “nacionalismo” para permanecerem em um modelo de vivência que desaba seus malefícios de forma concentrada em apenas um público-alvo: os mais pobres.

Diante desses problemas, percebe-se que a cidadania e as novas tecnologias podem afetar os próprios direitos da personalidade. Nesse sentido, as tecnologias cada vez mais evoluídas possibilitam a troca de informação de forma quase como instantânea, bem como um diálogo com pessoas do outro lado do mundo, aproximando-as e gerando uma intimidade em relação às suas prerrogativas e problemas sociais.

O presente trabalho é composto de duas partes. Na primeira, busca-se estabelecer uma intimidade com o tema da cidadania, explorando sua conceituação e suas nuances de aplicação no atual cenário mundial. Posteriormente, na segunda parte, adentra-se no estudo dos direitos da personalidade e sua influência com as novas tecnologias.

Dessa maneira, utilizando-se para a pesquisa o método de abordagem o hipotético-dedutivo, e como método de procedimento

o bibliográfico, amparando-se em livros, doutrinas e artigos científicos de pesquisadores das áreas do conhecimento exploradas no trabalho.

Portanto, a presente pesquisa busca esclarecer o seguinte problema: de que modo as novas tecnologias podem afetar os direitos da personalidade e a própria cidadania do indivíduo?

Nesse sentir, as hipóteses levantadas são: a) as novas tecnologias são capazes de deturpar os direitos de personalidade, através de manipulações que são multiplicadas com o amparo das novas tecnologias, e; b) as novas tecnologias possuem a capacidade de multiplicar informações por meio de suas plataformas, porém não detêm a capacidade de deturpar os direitos da personalidade e a cidadania dos indivíduos.

Por conseguinte, a medida de delimitar a conceituação de uma noção de cidadania é um passo fundamental para relacionar a temática à matéria, buscando-se relativizar sua atual forma de aplicação para que, amplamente, haja uma revolução em sua estrutura.

2 Em busca de uma delimitação conceitual à noção de cidadania

Uma delimitação conceitual da cidadania implica na compreensão de um complexo conjunto de circunstâncias históricas e jurídicas. Em que pese essa dificuldade em estabelecer um conceito bem delineado, alguns autores empreendem esforços nesse sentido. Lafer (1988), em uma breve síntese, destaca que a cidadania se trata do “direito a ter direitos”. Para Loureiro (2009), a cidadania abarca também o dever de lutar por esses direitos, bem como a necessidade de reconhecimento progressivo de novos direitos. Para Kant (1985, p.15) a cidadania diz respeito à situação dos cidadãos, considerada como situação puramente jurídica, se funda nos seguintes princípios: “(1) A liberdade de cada membro da sociedade enquanto homem; (2) A igualdade frente a qualquer

outro enquanto súdito; e, (3) A independência de cada membro da comunidade enquanto cidadão”. Rivas (2007) compreende que a cidadania é uma condição social que se manifesta na capacidade do indivíduo em participar plenamente da vida política, econômica e cultural de uma sociedade.

Todas essas linhas conceituais convergem em uma noção de cidadania enquanto “direito a ter direitos”. Esse conceito de cidadania se solidificou a partir da teoria sociológica de Marshall, responsável por elencar como direitos do cidadão os direitos civis, cooptados ainda no século XVIII; os políticos, adquiridos no século XIX; e os sociais, conquistados no século XX (GORCZEWSKI; MARTIN, 2011).

Nessa ótica, ser cidadão, portanto, compreende a realização do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, e, em resumo, a ter direitos civis. Além disso, a cidadania está relacionada também ao cenário de participação do indivíduo na sociedade, abrangendo assim os chamados direitos políticos. Para além dos direitos civis e políticos mencionados, o exercício da cidadania compreende ainda a satisfação dos direitos sociais: educação, trabalho, salário justo, saúde, moradia, entre outros (PINSKY; PINSKY, 2013). Dessa forma, a cidadania plena é construída a partir da fruição integrada desse conjunto de direitos civis, políticos e sociais.

Cumprе referir que a cidadania não se trata de uma definição engessada, mas de conceito histórico, o que importa esclarecer que seu sentido varia no tempo e espaço. Nessa perspectiva, a condição de cidadão na Alemanha, Estados Unidos, ou no Brasil, se diferem, justamente em razão dos distintos direitos e deveres que caracterizam estruturalmente o conceito de cidadão em cada Estado-nação (PINSKY; PINSKY, 2013). Assim, para que se possa compreender a construção contemporânea da cidadania, é indispensável uma rápida reflexão sobre a evolução histórica desse conceito.

Muito embora a antiguidade clássica se consagre como berço

de ideias norteadoras do conceito de cidadania, verificou-se, nesse período, o desenvolvimento de um modelo de participação política e social seletivo³. Para Aristóteles, o cidadão, em sentido estrito, era aquele que detinha o poder de tomar parte na administração deliberativa ou judicial da cidade (ARISTÓTELES, 2008).

A condição de cidadão, portanto, se restringia a um corpo de indivíduos que participava direta e ativamente do funcionamento das cidade-estado (COMPARATO, 1993). Essa seletividade, no que toca ao exercício da cidadania, acentuou os conflitos existentes entre as classes ricas e pobres, desencadeando profundas divisões sociais. Nesse sentido, a civilização greco-romana vivenciou, de fato, um cenário de crise estrutural, marcado pela intensificação das demandas sociais, cristalizadas nas palavras de ordem de redistribuição de terras e de perdão de dívidas dos pequenos camponeses (GUARINELLO, 2013). Percebe-se assim, que a emblemática relação existente entre poder econômico e participação política e social permeou também a antiguidade.

A decadência – e consequente desaparecimento – da civilização greco-romana foi acompanhada da supressão da noção de cidadania. Durante o medievo o status de cidadão foi substituído por um complexo de relações hierárquicas de dominação privada. A ruptura dessa estrutura medieval ocorre, sobretudo, a partir do antropocentrismo renascentista. A ideia de participação política, por meio de canais democráticos, é então retomada, guardando características muito semelhantes às da cidadania antiga. Assim como na tradição greco-romana, os detentores de direitos políticos, no Estado Liberal, constituíam uma parcela minoritária da população (COMPARATO, 1993).

À luz da concepção antropocentrista, a relação do homem para com o seu entorno deixou de ser guiada pela divindade e passou a se pautar na autonomia e na liberdade. Notadamente, a liberdade individual sustentou um catálogo de direitos que

3 Estrangeiros, escravos, mulheres e crianças não eram considerados cidadãos na antiguidade clássica.

asseguram ao indivíduo proteção frente ao Estado. A sociedade, do mesmo modo, se reorganizou a partir do indivíduo, de tal forma que a própria relação dialógica indivíduo-sociedade abre uma via de integração e revela o cidadão como canal de socialização da individualidade (CAMPUZANO, 2000).

A superação dessa cidadania liberal-individualista se principia com o advento da sociedade de massa e o fenômeno do subdesenvolvimento econômico e social. Nesse contexto, a ideia-mestra da nova cidadania está diretamente relacionada a ampliação da participação social do povo, tornando-o parte principal do processo de desenvolvimento e da promoção da justiça social. A proteção da pessoa humana antes amparada no instituto das liberdades públicas, pedra angular do Estado liberal, se mostrou insuficiente, de tal forma que a necessidade de promoção da igualdade social se tornou eloquente (COMPARATO, 1993).

Contudo, a ideia de uma cidadania reconhecida como princípio emancipatório da vida social é relativizada a partir do momento em que o paradigma da modernidade se reduz ao desenvolvimento capitalista. As sociedades modernas passam a vivenciar uma contradição entre o princípio emancipatório, que aponta em direção à integração social, e os princípios de regulação, que passam a reger os processos de desigualdade e exclusão produzidos pelo próprio desenvolvimento capitalista (SANTOS, 2005). Logo, assegurar o exercício da cidadania torna-se uma tarefa árdua, uma vez que as suas raízes se encontram assentadas em um solo infértil. Essa infertilidade é produto de um processo de desigualdade progressiva alicerçado pela inefetividade dos direitos humanos reconhecidos em âmbito internacional (DAHL, 2012).

A condição cidadã pressupõe uma organização social justa e a fruição integrada dos direitos civis, políticos e sociais. Talvez essa seja uma das maiores dificuldades encontrada pelos Estados-nação na atualidade: articular um ambiente favorável à realização da cidadania. É perceptível que a organização social contemporânea escapa do controle autenticamente democrático e entrega os espaços públicos à regência de um capitalismo predatório. A mansidão

definitiva da cidadania implica assim na finitude da participação política, ou seja, os espaços públicos, mais do que nunca, encontram-se instrumentalmente voltados à realização indiscriminada dos interesses econômicos (CAMPUZANO, 2000).

Notadamente, o fenômeno da globalização econômica tornou ainda mais clara a necessidade de reconstrução do ser humano como ser político e a superação das estruturas ideológicas de alienação da civilização capitalista (CAMPUZANO, 2000). Quando se trata da temática globalização, dificilmente se pode desassociá-la da ideia de um espaço sem fronteiras. O desenvolvimento tecnológico ampliou de forma significativa as redes de comunicação e as relações econômicas. Contudo, essa mobilidade nem sempre encontra respaldo político na esfera de predomínio das soberanias estatais (GERVASONI, 2017).

Muito embora a concepção de uma economia globalizada, sem qualquer controle fronteiriço, tenha se solidificado, não é possível observar essa tendência no que diz respeito ao reconhecimento e proteção de direitos em um contexto global. Há um descompasso gritante entre aquilo que se prega no âmbito econômico e as práticas supostamente democráticas adotadas pelos Estados-nação. A exemplo disso pode-se mencionar a problemática da emigração diante do enrijecimento das fronteiras.

Diante das novas perspectivas trazidas pela globalização, já não é possível pensar no mundo de forma isolada. Os espaços se inter-relacionam e, frente a essa realidade, não se pode conceber uma noção de cidadania atrelada ao exercício dos direitos fundamentais nos limites de um determinado Estado-nação.

3 Delimitação estrutural dos direitos da personalidade

A evolução tecnológica iminente e irreduzível possui grande relevância, principalmente quando confrontada a direitos fundamentais, uma vez que a disciplina e a fiscalização dos agentes e órgãos públicos possuem uma linha tênue entre o atrapalho da

evolução tecnológica e a salvaguarda dos direitos do cidadão.

Com isso, a delimitação preliminar dos direitos da personalidade passa pela necessidade de se diferenciar o direito da garantia. O direito, ao revés da garantia institucional, possui uma característica de possibilidade de exercer poderes ou, até mesmo, da exigibilidade de determinadas condutas. Os direitos individuais, portanto, “destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, **traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado**” (BARROSO, 2015, p. 211, grifo nosso).

Como se bem sabe, historicamente o Estado influenciou e deturpou direitos dos cidadãos, uma vez que era o próprio quem disciplinava quais eram tais direitos. Com isso, infere-se que a necessidade de haver uma positivação dos direitos nasce de forma oportuna, iniciando uma revolução na própria cidadania e na forma em que os direitos podem – e devem – ser exercidos quando se convive em sociedade.

Segundo Sarlet (2018) a doutrina e a o próprio direito positivo têm utilizado expressões ambíguas e bipartidas acerca da definição conceitual de um direito fundamental, com expressões como “direitos humanos”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, dentre outros, podendo este panorama ser observado, inclusive, na Constituição de 1988, com uma diversidade semântica que prejudica a eficácia desses direitos.

Os direitos da personalidade, nesse sentido, entendem-se como aqueles de caráter subjetivo de concessão de um conjunto de atributos inerentes à condição humana, com o fito de possibilitar ao indivíduo o desenvolvimento pleno de seus projetos de vida em potencial, e por esse motivo não são suscetíveis à instrumentalização para qualquer fim, uma vez que decorrem da dignidade da pessoa humana (MARCA e PINHO, 2017).

Primordialmente, em meados de 1887, surge de forma inédita a expressão “o direito de estar só”, explanada pelo então Presidente da Suprema Corte de Michigan Thomas McIntyre Cooley, sendo posteriormente impulsionado pelos estudos de

Warren e Brandeis, da universidade de Harvard, com produção acadêmica no intuito de direcionar à tutela da personalidade humana, dissociando-se da outrora regulação assemelhada aos aspectos da vida privada (CANCELIER, 2017).

A globalização possui relevante participação na disseminação e conscientização acerca do direito a intimidade, uma vez que a alteração de cenário em sua forma estrutural se deu por volta da década de 1960, motivada justamente pelo crescimento de circulação de informações e seus consequentes processamentos. Com velocidade exponencial, o direito a intimidade expande suas fronteiras e alcança e engloba novos sujeitos e objetos, derrocando estruturas regulamentares e restritivas da parte do Estado (CANCELIER, 2017).

Por conseguinte, segundo Dworkin (2002), em que pese a última palavra referente aos direitos particulares que os cidadãos possuem seja do governo – visto que a polícia fará o que as autoridades e tribunais ordenarem de maneira objetiva, não é crível afirmar que o ponto de vista governamental é o correto. “Quem quer que pense assim está obrigado a acreditar que homens e mulheres só possuem os direitos morais sancionados pelo governo, o que significa que não possuem direitos morais de espécie alguma.” (DWORKIN, 2002, p. 284).

No Brasil, o Direito a intimidade possui status de direito fundamental, positivado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso X (BRASIL, 1988). Dessa forma, a carta constitucional trata do direito a intimidade como àquela relação subjetiva de trato íntimo da pessoa enquanto vida privada – e todas suas circunstâncias familiares e afetivas, interligando-se ao direito de uma vida privada (MORAES, 2018).

Importante relembrar que a Constituição Federal de 1988 possui um cunho pluralista e de substantiva importância no que concerne aos direitos fundamentais, visto que nasce após um período conturbado de ditadura militar que havia vigorado no país por 21 anos, bem como ocorrera em outras constituições de

período Pós-Guerra, como a Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e a Constituição italiana de 1947 (SARLET, 2018).

Dentro do campo dos direitos da personalidade, há uma autodeterminação informativa incumbida e trajada de direito fundamental alinhada ao direito à privacidade, sendo um direito do cidadão conhecer o tratamento concedido aos seus dados pessoais e, eventualmente, corrigi-los e determinar sua divulgação ou utilização, não podendo haver usurpação desses direitos sob uma premissa de bem maior, mascarando-se em políticas de privacidade ilegíveis (RAMINELLI e RODEGUERI, 2016).

4 Considerações finais

A compreensão de que determinada ação ou omissão impacta a humanidade como um todo, e não apenas uma determinada comunidade é um passo a mais no caminho de um modelo de justiça acessível e acertado em sentido amplo de aplicação. A lógica se demonstra plenamente viável e justificável, ao

Ao passo em que a globalização impactou e revirou o sistema financeiro completamente, com a inter-relação de nações em todos os aspectos – é impossível imaginar um país que não tenha impacto determinante em seu PIB referente à exportação e/ou importação de bens, produtos e serviços, o diagnóstico iminente, em relação aos direitos humanos e princípios balizadores da conduta humana, é o de multiculturalismo que prescinde de meros limites territoriais.

Os movimentos decorrentes da globalização sempre trouxeram desconforto àqueles que não suportam modificações no *status quo*, entretanto, a democratização do acesso a informação e comunicação liberal – desde que nos limites da lei, são movimentos progressivos e atuais, principalmente em países emergentes.

O ativo mais valioso passa a ser os dados pessoais, e na atual selva de (ir)responsabilidade, as pessoas ainda não possuem entendimento dos efeitos de um armazenamento e posterior manipulação dessas informações, prosseguindo com a aceitação

de subterfúgios alheios e o eterno clique na afirmação “aceito os termos e condições”.

Nesse sentido, o objetivo do trabalho foi de analisar a capacidade das novas tecnologias podem obter em detrimento dos direitos da personalidade e da cidadania, ressaltando seus pontos respectivos e sua consonância,

Foi possível concluir que a cidadania, em que há doutrinadores que a definem como o “direito a ter direitos”, é elementar para qualquer modelo democrático de direito, uma república propriamente dita. Outrossim, os direitos da personalidade são aqueles que merecem uma proteção integral, inclusive em face do Estado, geralmente conceituados como direitos individuais e fundamentais.

Outrossim, percebe-se que o tema é explorado por pesquisadores de enorme qualidade e competência, demonstrando que o tema merece atenção, principalmente sob uma revolução denominada de 4.0 em que os meios de produção têm tomado uma conotação tecnológica e, principalmente, digital.

De outra banda, conclui-se que não se trata de uma escolha de “se”, mas sim de “quando” isso vai ocorrer, muito em detrimento da veloz globalização e em compasso à evolução social econômica das pessoas em seus países, gerando maior interdisciplinaridade entre as nações e, cada vez mais, verdadeiros políglotas e pessoas com menor apego à ideia de nacionalismo e representatividade de ideais restritos.

Referências

ARISTÓTELES. **Política**. Livro III. Capítulo I. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2020.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. **En las encrucijadas de la modernidad:** política, derecho y justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova.** São Paulo. n. 28-29. abr. 1993. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100005&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 30 jun. 2020.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência – UFSC**, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-240, ago. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n76p213/34870>>. Acesso em 15 de ago. 2020.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão de tradução por Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **Estado e Direito em transito na pós-modernidade.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GORCZEWSKI, Clovis. MARTIN, Nuria Bellosso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Grécia: cidades estados na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania.** 6. ed. São Paulo: Contexto, 2013.

KANT, Immanuel. En torno al tópico. In: **Teoría y praxis.** Madrid: Tecnos, 1985.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOUREIRO, Patrícia. A cidadania da União Europeia: mito ou realidade? In: SOUSA, Mônica Teresa Costa e LOUREIRO, Patrícia (Org.). **Cidadania. Novos temas, velhos desafios**. Ijuí: Unijuí, 2009.

MARCA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda; PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. Possibilidades e limites para a tutela da intimidade e da privacidade enquanto direitos meta-individuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 278-301, jan/abr. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28492>>. Acesso em 12 ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2013.

RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGUERI, Letícia Bodanese. A Proteção de Dados Pessoais na Internet no Brasil: análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 89-119, dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/61960>>. Acesso em 02 de ago. 2020.

RIVAS, Edelberto Torres. Poblaciones indígenas y ciudadanía: elementos para a formulação de políticas sociales em América Latina. In: BALTODANO, Andrés Pérez. (Coord). **Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones e contradicciones**. Caracas: Nueva sociedad, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Desigualdad, exclusión e globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. In: **Revista de Interculturalidad**. ano 1 n. 1 out –

mar. Chile: 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

As implicações jurídicas que decorrem das novas relações entre o Direito, Democracia e a Tecnologia possuem impactos sociais e acadêmicos, ante as conexões e interdependências entre o Direito e a Democracia. Contempla-se os impactos experimentados pela sociedade em razão das transformações tecnológicas e repercussões no campo da sustentabilidade, obrigatória para o agir humano responsável, inerente aos direitos e deveres fundamentais e as normas. A presente obra busca expressar as percepções jurídicas da academia e retomada teórico-crítica das possibilidades de reconstrução das relações entre Direito e Democracia, com um olhar pela sustentabilidade das relações na era tecnológica.

