

Stefano Civitarese Matteucci
Paulo Junior Trindade dos Santos
Cristhian Magnus de Marco
(Organizadores)

Liberdade, Contrato e Propriedade: por um Direito Privado Contemporâneo frente à complexidade social e a experiência jurídica



Vol. 2

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

editora
unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Esther Arnold
Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

L695 Liberdade, contrato e propriedade: por um direito privado contemporâneo frente à complexidade social e a experiência jurídica: volume 2 / organizadores Stefano Civitarese Matteucci, Paulo Junior Trindade dos Santos, Cristhian Magnus de Marco. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2021.

418 p. ; 23 cm.

ISBN e-book: 978-65-86158-79-3
Inclui bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Liberdade. 3. Propriedade. 4. Direito privado. I. Matteucci, Stefano Civitarese, (org.). II. Santos, Paulo Junior Trindade dos, (org.). III. De Marco, Cristhian Magnus, (org.).

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Pró-reitora Acadêmica
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marceli Maccari
Daniele Cristine Beuron

Pró-reitor de Administração
Ricardo Antonio De Marco

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES.....	5
APRESENTAÇÃO DA COLETÂNEA	7
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....	9
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	21
Leonel Severo Rocha, Júlia Francieli Neves Scherbaum	
NANOTECNOLOGIAS, NOVOS DIREITOS E (NECESSÁRIA) REGULAÇÃO: A INSERÇÃO NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	45
Raquel von Hohendorff, Daniele Webber, Paulo Junior Trindade dos Santos	
DEVANEIOS DE ÍCARO: UMA REFLEXÃO LIGEIRA ACERCA DE INCONGRUÊNCIAS VIVIFICADAS PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA.....	77
Marcos Catalan	
A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA APLICADA À PESSOA COM AUTISMO: LIMITES ENTRE PROTEÇÃO E AUTONOMIA	89
Denner Pereira da Silva, Alexandre Barbosa da Silva	
<i>BIG BROTHER</i> BRASIL E O CASO LUCAS PENTEADO: UM ESTUDO ACERCA DA LIBERDADE CONTRATUAL NOS LIMITES DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	115
Karine Maria Rossato, Francielle Benini Agne Tybusch	
COVID-19 NO BRASIL, DIREITO HUMANO À SAÚDE E OS BENS COMUNS	149
Gustavo Borges	
ORTOTANÁSIA E AUTONOMIA PRIVADA: CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO PACIENTE TERMINAL	177
Riva Sobrado de Freitas, Gracieli Baumgarten Bauer	

CONFLITOS ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE COLETIVA INDÍGENA E A PROPRIEDADE PRIVADA PARTICULAR	199
Wilson Martins dos Santos	
IMPACTOS DA PANDEMIA NO DIREITO À MORADIA E PROPOSTAS PARA A PROTEÇÃO DESSE DIREITO EM TEMPOS DE CRISE: DA URGÊNCIA DE SE REPENSAR A MORADIA PARA ALÉM DE UM OBJETO DE CONSUMO	217
Paulo Junior Trindade dos Santos, Cristhian Magnus De Marco, Gabriela Samrsla Möller	
A ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMO INSTITUTO EFETIVO PARA AS DISPUTAS ENVOLVENDO <i>DOMAIN NAMES</i>	275
Aleteia Hummes Thaines, Marcelino Meleu	
POSSIBILIDADE DE PENHORA DA VERBA DE NATUREZA SALARIAL PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.055/SP	311
Eduardo Fernando Piran	

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES

Stefano Civitarese Matteucci, é Doutor em Direito pela Università di Firenze. É professor ordinário na Università di Chieti Pescara, e é contratado junto a Facoltà di Economia Università del Molise, além disso hoje é colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. Somado a isso é professor pesquisador honorário na York Law School, também é membro na GEV, membro do colégio de docentes do doutorado em ciência jurídica da Università degli studi di Firenze, membro do colégio de docentes do doutorado em negócios, instituições e marketing pela Università degli studi di Chieti-Pescara, membro do Comitê Diretivo de Istituzioni del Federalismo, membro da direção editorial de Diritto Pubblico. É ainda, co-diretor da série editorial de Orizzonti del Diritto Pubblico, membro do comitê de arbitro da Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogota, e por fim foi pesquisador visitante na York Law School, e no Real Colegio Complutense, Harvard University, Cambridge, também foi pesquisador da faculdade de direito da Universidad de Barcelona e da Faculty of Law, British Columbia University, Vancouver, foi membro da sociedade científica da Society of Legal Scholars e do I-Cons, International Society of Public Law; Law and Society Association.

Cristhian Magnus de Marco, é Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, concluído em 2017, com pesquisas sobre o princípio da sustentabilidade. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, finalizado em 2012. Tema da tese: O direito fundamental à cidade sustentável. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, em 2000, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade

do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Áreas de interesse: Teoria dos Direitos Fundamentais; Direito à Moradia; Desenvolvimento Sustentável.

Paulo Junior Trindade dos Santos, é Advogado e Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc (direitos fundamentais e sua relação com o direito privado, e efetivação de direitos). Pós-Doutorando em Direito pela Unoesc/SC (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede – 2019). Pós-Doutor (direito, novas tecnologias e transdisciplinariedade – 2019), Doutor (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2018) e Mestre (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2014) em Direito pela Unisinos, com auxílio de Bolsas Capes e CNPq. Ganhador do Prêmio Caed-JUS 2019 de Teses (Filosofia do Direito Processual (da Jurisdição ao Processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito). Grupos de Pesquisa em que atua: 1) Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, do(a) Universidade Federal do Paraná; 2) Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unoesc; 3) Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa – Unoesc; 4) Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder – Unisinos. Pesquisador nas áreas: 1) Direito Público com ênfase em “Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional” e em Direito Processual Civil; 2) Direito Privado: ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade; 3) Constitucionalização do Direito; 4) Filosofia do-no Direito e 5) Direito e Tecnologia.

APRESENTAÇÃO DA COLETÂNEA

A obra compõe uma coletânea com os mais diversos Professores de Programa de Pós-Graduação em Direito do Brasil, demarcando, assim, a relevância da pesquisa em rede, dando relevo a estudos contemporâneos do direito, principalmente relativos aos direitos fundamentais civis, os quais enfrentam temas como liberdade, propriedade, contratos e família, pilares estes do direito privado e ressemantizados pelos direitos fundamentais.

Tem como objetivo central o livro trazer textos científicos que visem a compreender os direitos fundamentais civis frente aos impactos da sociedade complexa e de incertezas quanto à geração de efeitos na produção jurídica e no desenvolvimento do direito, uma vez que as repercussões dos impactos sociais abalam a estrutura jurídica tradicional, exigindo um repensar do direito perante os desafios atuais da sociedade, principalmente voltando-se à funcionalização e à humanização do direito. Assim, a disciplina busca explorar novos contornos jurídicos diante dos desafios da sociedade atual, explorando correntes transdisciplinares que dão aporte para compreender os impactos no direito frente aos três pilares do direito civil. Importante destacar que tem como interesse o estudo da pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade dos pilares dos direitos fundamentais civis, produtores eles do direito civil.

Resta evidente que nossa rede de pesquisa é fruto da interação de vários alunos e professores, e é reflexo do Grupo de Pesquisa em Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa, somado à proposição de nossa futura Rede de Pesquisa Internacional, a exemplo da interação, segue como organizador do livro o Professor Stefano Civitarese Matteucci, que ministrou o Componente Curricular de “Tópicos Especiais em Direitos Fundamentais Civis”, e assim propôs trazer junto a disciplina temas jurídicos

relevantes, transversais e emergentes no âmbito dos Direitos Fundamentais Cíveis, oportunizando com isso o conhecimento internacional da literatura e os casos especializados relativos a União Europeia, estabelecendo assim um estudo comparativo entre os diversos sistemas jurídicos no que tange aos direitos fundamentais cíveis.

E ainda, para fortalecer a cooperação institucional e o desenvolvimento local, o Professor Cristhian Magnus De Marco juntamente com o Professor Paulo Junior Trindade dos Santos, criaram grupo de estudos e pesquisa junto a Capes, que detém o nome de “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, com intuito de fortalecer e consolidar as pesquisas e aproximar o diálogo de saberes entre as disciplinas de ambos os professores.

Além disso, temos interação com vários Programas de Graduação e Grupos de Estudo, para que viéssemos absorver estudos e pesquisas atuais. Os grupos que interagimos são: **1)** Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Universidade Federal do Paraná; **2)** Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unoesc; **3)** Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa – Unoesc; **4)** Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder – Unisinos.

Importante destacar que a obra é fruto de muitos esforços.

Dos organizadores.
Entre meados e fins do rigoroso inverno de 2021,
Chapecó e Joaçaba – SC.

Paulo Junior Trindade dos Santos
Cristhian Magnus de Marco
Stefano Civitarese Matteucci

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

Aleteia Hummes Thaines

Doutora em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos), com estágio pós-doutoral em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Especialista em Controladoria pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (Imed), e em Administração de Empresas pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Faccat/RS. Coordenadora adjunta do Curso de Direito da Faccat/RS. Docente do Curso de Direito da Faccat/RS. Pesquisadora em: Propriedade Intelectual; Teoria das Organizações; Teoria Sistêmica; Desenvolvimento e Mediação e Arbitragem. E-mail: ale.thaines@gmail.com.

Alexandre Barbosa da Silva

Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado – do Centro Universitário de Cascavel (Univel). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Conceito 6 Capes). Bolsista Capes no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior, com estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (2002). Graduado em Direito pela Universidade Paulista (1994). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Univel e da Escola da Magistratura do Paraná. Foi Coordenador do Curso de Direito da Univel. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processual Civil e Hermenêutica Jurídica. É Procurador do Estado do Paraná.

Angélica Baumgärtner Cardoso

Advogada. Graduada em Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis (Fema). Especialização em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Estudos e atuação direcionados na defesa e estratégia adequadas aos desafios da sociedade empresária, especialmente em situações de crise econômica, financeira e patrimonial. Dedicção integral na área do direito empresarial com ênfase em recuperação judicial. Foco na solução de problemas através de mecanismos extrajudiciais.

Cristhian Magnus de Marco

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, concluído em 2017, com pesquisas sobre o princípio da sustentabilidade. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, finalizado em 2012. Tema da tese: O direito fundamental à cidade sustentável. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, em 2000, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Áreas de interesse: Teoria dos Direitos Fundamentais; Direito à Moradia; Desenvolvimento Sustentável.

Daiana Flores

Doutoranda em Direito (Unisinus). Mestre em Direito. Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil e Empresarial. Possui graduação em Direito e em História. Atualmente é Tabeliã de Protesto. Tem mais de 10 anos de experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Notarial e Registral. E-mail: daianafloresnana@yahoo.com.br.

Daniela Lavina Carniato

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduada em Direito pela mesma Universidade. Bolsista Capes. E-mail: dani_carniato@hotmail.com.

Daniele Weber da Silva Leal

Doutoranda (com bolsa de estudos Capes/Proex, selecionada em 2.º lugar) e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinus, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”. Integrante do Grupo de Pesquisa Jusnato (CNPq). Primeira colocação na seleção de ingresso do mestrado Unisinus, linha 2. Graduação em Direito pela Unisinus (2009). Especialização em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (LFG). Integrante do Grupo de Pesquisa Jusnato (CNPq) e do Grupo de Meios autocompositivos no Vale do Paranhana (como professora

coorientadora). Professora no Centro Universitário e faculdades Uniftec, disciplinas de Direito Civil, Filosofia do Direito, Sociologia e Antropologia jurídica, História do Direito; Professora da Faccat – Faculdades Integradas de Taquara, nas disciplinas Metodologia da Pesquisa, Bioética e Biodireito e Ética Profissional. Professora visitante no Curso de Especialização da Escoop. Professora visitante na Unifin – Faculdade São Francisco. Experiência profissional na área de Direito como Assessora de Procurador do Estado, na PGE. Posteriormente, exercido cargo de Assessora Jurídica junto à Diretoria de Saúde do Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul – Ipergs. Na sequência, foi Secretária de Desembargador no segundo semestre de 2014, na 11.ª Câmara Cível. Atualmente é advogada em escritório familiar com ênfase em Direito civil, Direito de Família, Processual Civil, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, nanotecnologias e empresarial.

Denner Pereira da Silva

Mestrando em Direito pela Univel (2021). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Univel (2020). Bacharel em Direito pela PUC/PR (2017). E-mail: denner.pereira2@hotmail.com.

Eduardo Fernando Piran

Graduado em Administração (FAF). Graduado em Direito (Unoesc). Pós-graduado em Logística (Facell). Discente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. Atua como professor Universitário na Unetri Faculdades. Bolsista CAPES.

Francielle Benini Agne Tybusch

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (Fapergs). Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria (Fapas). Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Coordenadora do Laboratório de Extensão da Universidade Franciscana (UFN). Professora Substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade

(GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecomplexidade da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Autora do livro “Vidas Deslocadas: O caso Mariana – MG como modelo de aplicação para o Direito dos Desastres”, lançado pela Editora Íthala.

Gabriela Samrsla Möller

Doutoranda (2021) com Bolsa Prosuc/Capes e Mestra (2021) em Direito pelo PPGD/Unoesc. Professora no Curso de Direito da Unoesc – Joaçaba. Bolsista de iniciação científica durante a Graduação em grupo voltado ao estudo do Processo Civil e da Teoria do Direito. E-mail: gabi.moller@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7378-3235>.

Gabriel Cemin Petry

Bolsista de Iniciação Científica no projeto Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo Risco Ambiental da Universidade Feevale. Graduando do Curso de Direito na Universidade Feevale. E-mail: gabrielcpetry96@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2357-1573>.

Gustavo Borges

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2014), com bolsa de pesquisa PNPd/Capes. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2013). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2007). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris (2003). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Atualmente, é Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade) na Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/Unesc). É Coordenador e professor da Pós-graduação lato sensu da Unesc (Especialização em Direito Civil e Processo Civil). Pesquisador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc), vinculado à Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos e à Área de Concentração Direitos Humanos e Sociedade. Parecerista em diversas revistas nacionais e internacionais. Participante em diversos projetos de pesquisa vinculados à Unesc. Pesquisador do Núcleo de

Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (Nupec/Unesc). Autor de livros e diversos trabalhos científicos desenvolvidos nas áreas do Direito em diálogo com a Bioética e a Medicina. Avaliador do Curso de Direito pelo Inep/MEC. Membro de bancas examinadoras de concurso público. Tem experiência no Direito, com atuação acadêmica nas áreas: Direitos Humanos, novos direitos, Direito Civil e Direito do Consumidor. E-mail: gustavoborges@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9673-4321>.

Gustavo André Olsson

É Doutor em Direito Público e Professor da Graduação em Direito na Unisinos/RS. Mestre em Direito pela Unisinos/RS (recebendo uma distinção em razão de conquistar nota máxima em todas as disciplinas do curso e na dissertação) e ex-bolsista CNPq. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), currículo de seis anos, atingindo o Coeficiente de Rendimento de 9,214 e 2º lugar na Classificação Geral do Curso no momento da colação de grau. Fora Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2013-2016). Exerceu atividades de tutoria no curso a distância da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. É sócio de um escritório de Advocacia. Pesquisas nas áreas de Ciências Criminais, Sociologia Jurídica, Antropologia Jurídica, Filosofia Jurídica, Economia Comportamental, Direito Penal, Processual Penal, Análise Econômica e Teoria Sistêmica.

Gracieli Baumgarten Bauer

Bacharel em Direito. Estagiária (2016-2018) – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apresentação e publicação de artigo científico no VI Congresso Nacional de Pesquisa Em Ciências Sociais Aplicadas na área de conhecimento: Direito. Eixo: Humanas. Tema: O paciente terminal e as diretivas antecipadas da vontade como garantidoras do direito fundamental a morrer com dignidade. Apresentação de Resumo no I Congresso de Psicologia em São Miguel Do Oeste, com eixo temático: Psicologia e Judiciário, tema: As diretivas antecipadas da vontade e o direito fundamental de morrer com dignidade. Apresentação e publicação do artigo Ortotanásia e autonomia privada: caminho para efetivação dos direitos do paciente terminal. In: XXVII Congresso Nacional do Conpedi Porto Alegre – RS, 2018, Porto Alegre. Direitos e garantias fundamentais III. Formação com Certificado na área de

Capacitação em Competências da Mediação Judicial. Palestrante: Eutanásia – Aspectos jurídicos e psicológicos. Apresentação e publicação de artigo VII Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas na área de conhecimento: Direito. Eixo: Humanas. Tema: Inviolabilidade do direito à vida e os aspectos jurídicos da autodeterminação do paciente em estado grave de saúde – Mestra – Unoesc.

Haide Maria Hupffer

Pós-Doutora em Direito pela Unisinos. Doutora e Mestre em Direito pela Unisinos. Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa: Direito e Desenvolvimento – CNPq/Feevale. Líder do Projeto de Pesquisa: Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo Risco Ambiental. E-mail: haide@feevale.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4965-9258>.

Júlia Francieli Neves Scherbaum

Doutora em Direito Público pela Faculdade de Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/RS). Especialista lato sensu em processo civil da Universidade Anhanguera (Uniderp). Advogado. E-mail: julianeves15@hotmail.com.

Joana Alice De Ré

Graduanda de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Bolsista de Pesquisa Científica pelo Programa de Bolsas Universitárias Uniedu. E-mail: joanaalice77@gmail.com.

Joana Carla Ruppenthal Guerreiro

Advogada.

Jones Leo Santos

Graduando em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Juliana Barth Litvin

Jornalista, bacharela em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Juliano Jung

Doutorando em Direito Unisinos. Mestre em Direito. Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil. Possui Graduação em Direito. Atualmente é Tabelião de Notas do 8 Tabelionato de Notas de Manaus/AM. Conta com mais de 10 anos de experiência na área jurídica, com ênfase em Direito Notarial e Registral. E-mail: julianojung@yahoo.com.br.

Karine Maria Rossato

Acadêmica do 10 semestre da Universidade Franciscana – UFN. E-mail: karine_rossato@hotmail.com.

Leonardo Jensen Ribeiro

Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz – Unisc, na linha de pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2012). Atualmente é professor de Introdução ao Direito na Faculdade Dom Alberto, para os cursos de Administração e Ciências Contábeis. Foi servidor do Poder Judiciário (posse em 2013 – exoneração em 2019) – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em várias Comarcas do estado. Tem experiência na área jurídica, atuando em diversos setores do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, Tribunal Regional Eleitoral e AGU na Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS. Foi mediador e conciliador junto ao Cejusc Santa Cruz do Sul. Também é especialista em Docência do Ensino Superior pelo Grupo Faveni – Faculdade Dom Alberto.

Leonel Severo Rocha

Doutor em Direito pela Escola de Estudos Superiores em Ciências Sociais (Paris) e com pós-doutorado em sociologia do direito pela Università degli di Lecce (Itália). Atualmente é professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e coordenador do 3º ciclo em Direito. Pesquisador Nível II do CNPq. Membro Honorário e ex-Presidente do Conselho Nacional

de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). E-mail: leonel.rocha@uol.com.br.

Marcelino Meleu

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2014), com estágio pós-doutoral concluído em 2016. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI-Sto. Ângelo (2009). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc (2007). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2000). Professor concursado do quadro efetivo da Universidade Regional de Blumenau – FURB, lotado no Centro de Ciências Jurídicas – CCJ. Vice-coordenador e docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Furb (PPGD-Furb) – Mestrado Acadêmico. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça”, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela Furb. Atuou como professor permanente no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó, onde liderou o Grupo de Pesquisa “Cidadania; Justiça e Solidariedade”, coordenando as linhas de pesquisa “Justiça na Policontextualidade” e “Solidariedade e Políticas Constitucionais”. Atua também como professor, em nível de graduação e pós-graduação lato sensu. Atuou como coordenador do curso de especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário – edição do Campus de Xaxim da Unochapecó (Chapecó/SC) e da Imed (Passo Fundo/RS). Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: cidadania; justiça; solidariedade; reconhecimento; democracia; direitos fundamentais; sistemas e políticas constitucionais; sistema social de tratamento de conflitos; mediação de conflitos; justiça restaurativa, acesso e efetividade da justiça; jurisdição constitucional; jurisdição comunitária, jurisdição e inteligência artificial e, teoria sistêmica. Participou, como coautor e membro da equipe técnica do Projeto Justiça Comunitária do Ministério da Justiça, implantado na cidade de Passo Fundo/RS. E-mail: mmeleu@furb.br; Skype: marcelino.meleu. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2567-7248>; Publons: <https://publons.com/researcher/3287974/marcelino-meleu/>.

Márcia Marcondes Diniz de Freitas

LLM em Direito Empresarial – FGV Rio – Fundação Getúlio Vargas (2020). Mestrado Profissional em Administração na Unoesc – Universidade do Oeste de Santa Catarina (2015). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – Uniderp (2013). Exame OAB – 1ª prova prestada (2011) – aprovação IV Exame Unificado. Graduada em Direito pela Unoesc – Universidade do Oeste de Santa Catarina em Joaçaba/SC (2010). Especialista em Docência no Ensino Superior pela UDC – União Dinâmica de Faculdades Cataratas em Foz do Iguçu/PR (2004). Graduada em Administração (habilitação em Hospitalar) pela União Educacional de Brasília em Brasília/DF (2003). Interesses de pesquisa nos temas de Inovação, Gestão do Conhecimento, Empreendedorismo, Projetos Sociais, Desenvolvimento. Mentoria para os pré-incubados do Núcleo de Inovação Tecnológica. Professora de graduação dos componentes curriculares: Empreendedorismo, Administração de Projetos, Comportamento Organizacional, Gestão de Conhecimento Organizacional, Direito aplicado a Administração II, Direito Constitucional II, Direito Empresarial I e II, Direito Tributário, Direito das Coisas I e Orientação de Trabalhos de Conclusão de Curso.

Marcos Catalan

Doutor summa cum laude em Direito pela Faculdade do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no PPG em Direito e Sociedade da Unilasalle. Visiting Scholar no Istituto Universitario di Architettura di Venezia (2015-2016). Estágio pós-doutoral na Facultat de Dret da Universitat de Barcelona (2015-2016). Professor visitante no Mestrado em Direito de Danos da Facultad de Derecho da Universidade da República, Uruguai. Professor visitante no Mestrado em Direito dos Negócios da Universidade de Granada, Espanha. Professor visitante no Mestrado em Direito Privado da Universidade de Córdoba na Argentina. Editor da Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Líder do Grupo de Pesquisas Teorias Sociais do Direito e Cofundador da Rede de Pesquisas Agendas de Direito Civil Constitucional. Advogado parecerista.

Nathalie Kuczura Nedel

Pós-doutoranda em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutora em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Mestre em Direito pelo

Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade. Graduada em Direito pela UFSM. Endereço: Rua 24 de fevereiro, número 412, apartamento 702, Santa Maria-RS, telefone: 55 996634707. E-mail: nkuczura@gmail.com.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Advogado e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito na Unoesc. Pós-Doutor pela Unoesc (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede) e Unisinos (direito, novas tecnologias e transdisciplinaridade), e ainda, é Doutor e Mestre em Direito Público pela Unisinos (filosofia do direito processual como gênese do direito), ambas titulações se deram com Bolsa de fomento à pesquisa remuneradas pela Capes – CNPq. Detém graduação em Direito pela Unoesc (ativismo judicial contemporâneo). Áreas de atuação são o Direito Privado e o Direito Processual Civil, ambos com ênfase na constitucionalização do direito e na filosofia do direito.

Priscila Zeni de Sá

Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do PPGD e da graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – Furb; professora convidada da PUC-PR e da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (Esmesc) Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – Constinter” registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela Furb. E-mail: priscilasa@furb.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0232080339688923>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7498-6181>.

Raquel von Hohendorff

Doutora em Direito Público Unisinos (bolsista Capes). Mestre em Direito Público pela Unisinos (Conceito Capes 6, bolsista Capes). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Unisinos, ministrando a disciplina Educação, Transdisciplinaridade e Transformação Social. Participante do grupo de pesquisa Jusnano (CNPq/Unisinos). Conselheira Municipal do Meio Ambiente, pela Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Conselheira titular da Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Possui especialização em

direito do trabalho pela Unisinos, com atuação na área trabalhista preventiva, especialmente voltada para a saúde, segurança e meio ambiente do trabalho. Possui graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998), graduação em Bacharelado Em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009) e mestrado em Ciências Veterinárias pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2003). Atualmente é advogada – Escritório de advocacia Dr. Arminio Joao von Hohendorff e técnico superior medicina veterinária da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Zoologia, com ênfase em Comportamento Animal, atuando principalmente nos seguintes temas: animais silvestres, manejo, patologia, cativeiro e doenças infecciosas.

Ricardo Murilo da Silva

Mestrando em Direito pela PUC-PR. Graduado em direito pela Universidade Regional de Blumenau – Furb (2012); especialista em Direito Imobiliário pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (2015); especialista em Direito Processual Civil no Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Cesusc (2017). Atualmente advogado atuante no ramo do direito civil e administrativo, tendo como foco o processo civil, direito imobiliário e ambiental.

Riva Sobrado de Freitas

Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982), obteve seu mestrado (1996) e doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Em 2007, realizou seu Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra – Portugal. Foi Professora Assistente-Doutora da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (1988-2012). Atualmente cursa formação em Psicanálise junto à Escola Brasileira de Psicanálise de formação lacaniana, realiza o segundo Pós-Doutorado junto à Faculdade de Direito da UFSC. É Professora e Pesquisadora do Programa de pesquisa, extensão e graduação em Direito da Unoesc desde 2011. É professora convidada do Curso de Economia e Relações Internacionais da UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina para a disciplina: Direitos humanos e a construção da identidade de gênero.

Roberta Diniz Rodrigues

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2021).

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Pós-doutora junto à Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne (UMR 8103). Doutora em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Líder do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora convidada do Centre de Recherche “Droit, Science et Technique” (2015). Revisora dos periódicos Espaço Jurídico (ISSN 2179-7943), Pensar (ISSN 1519-8464), Direito Empresarial (ISSN 1806-910X-00015), Direitos Fundamentais e Justiça (ISSN 1982-1921) e Revista da Ajuris (1679-1363). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos, contrato e biotecnologia, contratos imobiliários, contratos de consumo, responsabilidade civil, direitos fundamentais, metodologia e ensino jurídico.

Wilson Engelmann

Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos pelo Centro de Estudios de Seguridad (Ceseg), da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha; Coordenador Executivo, Professor e Pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da Unisinos; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa Jusnano, credenciado junto ao CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br.

Wilson Martins dos Santos

Bacharel em Direito pela Unoesc – Chapecó, MBA Direito Civil e Processo Civil pela FGV, Mestrando em Direito pela Unoesc – Chapecó, advogado desde 2002.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO¹

Leonel Severo Rocha

Júlia Francieli Neves Scherbaum

Resumo: Analisam-se as repercussões jurídicas das diferentes formas de constituição familiar, geradas pela transformação social, objetiva-se ampliar a diversidade da produção das fontes de sentido do Direito, que geram conflitos no âmbito familiar, que dificultando o reconhecimento jurídico das diferentes formas familiares. Problematiza-se: Em que medida os valores constitucionais permitem ao ser humano a capacidade de tomar consciência de cidadão, de direito autônomo, capaz de se autodeterminar, de criar sua própria história. Conclui-se que as novas formas de solução de conflitos podem ser ampliadas por meio da perspectiva da democracia contínua.

Palavras-chave: Afetividade. Direito constitucional. Direito de família. Democracia social.

Abstract: *The legal repercussions of the different forms of family constitution generated by the social transformation are analyzed, aiming at widening the diversity of the production of the sources of the meaning of the Law, which generate conflicts within the family, which makes difficult the legal recognition of the different forms relatives. It is problematic: To what extent do constitutional values allow the human being to be able to become aware of a citizen, of an autonomous right, capable of self-determination, of creating his own history. It is concluded that new forms of conflict resolution can be expanded through the perspective of continuous democracy.*

Keywords: *Affectivity. Constitutional right. Family right. Social democracy.*

¹ Este artigo é resultado de projeto de pesquisas de Direito do PPG da Unisinos, financiado pelo CNPq.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional, que era o Direito do Estado, tornou-se o Direito da Sociedade; o Direito Constitucional, que estava fechado em si, conectou-se não somente com outras áreas do Direito, mas com outras áreas da sociologia, filosofia. Neste sentido o direito constitucional tornou-se a reflexão da democracia, neste estudo analisar-se-á os modos de afirmação, expressão e proteção dos direitos fundamentais no direito de família (ROUSSEAU, 2015).

Apresenta-se o importante momento de transição que a sociedade contemporânea está passando, em relação às várias composições familiares e o sistema do direito. Com reconhecimento das diversas formas de família, que tem igualmente consequências complexas, criadoras de novas dificuldades e o tratamento dos conflitos familiares que podem ser ampliados segundo Rousseau (2015) por meio da democracia contínua, perspectiva da democracia plural, um caráter inovador da democracia moderna a partir da concretização da constitucionalização pela participação do povo.

Percebe-se, que os valores constitucionais exprimem essa tensão constitutiva da consciência humana, como do princípio da liberdade, do princípio da afetividade, devido as grandes promessas, basta analisar as formas de igualdade entre os homens e as mulheres, a liberdade individual, são entre outros, valores constitucionais que a exclusão e as injustiças sociais revelam-se ineficazes (ROSSEAU, 2015).

Diante dessa insuficiência das promessas constitucionais e a miséria do mundo nasce a possibilidade de uma crítica da positividade social, crítica à autoridade reforçada pelo fato de poder se enraizar não em um outro lugar ideológico, mas diretamente nos valores enunciados pela constituição. Assim, os valores constitucionais permitem ao ser humano a capacidade de tomar consciência do estatuto de cidadão, isto é, de sujeito de direito autônomo,

capaz de se autodeterminar, de criar sua própria história, de refleti-la, de discuti-la e de pensá-la (ROCHA, 2003).

Rocha destaca a importância da epistemologia jurídica que é um espaço em permanente construção, cujos limites, paradoxalmente, quanto mais se determinam e objetivam, mais produzem lacunas e vazios. Portanto a epistemologia deve aproximar-se da democracia e inserção social (ROCHA, 2003).

Para Rosanvallon (2000) a expressão democracia contínua foi elaborada por Dominique Rousseau para explicar a perspectiva “*démocratie plurielle*”. Sem voltar à inspiração democrática e não liberal na qual foi pensada, no momento da Revolução, uma instituição de controle da representação, deve-se destacar a crítica sobre dois aspectos: a figura do litigante e a do indivíduo. A figura do cidadão é múltipla, plural; ela não se reduz ao eleitor e ao direito de voto; mas sim de inserção social dos direitos sociais, de acordo com a realidade atual.

As dimensões amorosas na globalização adquirem também um aspecto mais amplo e assim são cada vez mais constitutivas de demandas familiares pela evolução do Direito, originando novos vínculos jurídicos nessas relações, e novas formas de solução de conflitos (ROCHA; OLIVEIRA; SCHERBAUM, 2018).

Neste sentido, o presente estudo não fará somente uma simples análise de textos jurisprudenciais no Brasil, mas tecerá considerações sobre as transformações do indivíduo no sistema social visando contribuir para uma maior compreensão e consciência da democracia. Tendo em vista, que a figura do povo introduzida no caos provocado pela globalização dê às sociedades a chave para a compreensão da realidade para que se tornem visíveis para si mesmas, para promover uma maior integração, reflexão e democratização das questões sociais.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DA INTIMIDADE NO SISTEMA SOCIAL

Ao longo das últimas décadas o debate sobre a crise da família, no Ocidente, foi propiciado pelos efeitos da generalizada aceitação social do divórcio, do declínio da instituição do casamento e da baixa taxa de fecundidade. Para compreender as transformações sociais em termos de relacionamentos, observam-se as mudanças culturais, onde as pessoas foram recebendo uma educação que as fizeram ser mais independentes de estruturas religiosas, sociais e políticas.

O ponto em comum existente entre a família antiga e a família moderna, na compreensão do autor, consiste em contribuir para a função da reprodução biológica e social da sociedade, e ambas procuram manter e melhorar a posição da família no espaço social de uma geração a outra (SINGLY, 2007).

Hoje o mundo impulsiona a sociedade a pensar diferenças e pluralidades. Entretanto, indicando também a compreensão de que se delineara o enfraquecimento da família, quanto sugeriram a análise do surgimento de novos modelos familiares, caracterizados, por sua vez, pelas mudanças nas relações entre os sexos e as gerações, tais como: controle mais intenso da natalidade, autonomia da sexualidade, inserção massiva da mulher no mercado de trabalho, questionamento do relacionamento paternal.

Contudo, é inegável a pluralidade de formas de relacionamentos de identidades, devido à diversidade cultural. Em 1976, foi publicado o 1º volume da História da sexualidade “A vontade de saber”. Trata-se de “uma primeira abordagem” de uma série de estudos históricos, que resultariam em seis volumes, sendo o segundo intitulado: A carne e o corpo. Que sofreu profundas modificações temáticas e cronológicas, que levaram à publicação, apenas em 1984, de O uso dos prazeres (vol. 2) e O cuidado de si (vol. 3).

O livro a História da sexualidade III, no capítulo *O corpo*, em *O cuidado de si*, mostra-se, como na época helenística, que a mudança na Dietética e na problematização da saúde se deu por meio “de uma definição mais extensa e detalhada das correlações entre o ato sexual e o corpo, uma atenção mais viva à ambivalência de seus efeitos passa-se a temer o ato sexual, pelo conjunto de seus parentescos com as doenças e o mal” (FOUCAULT, 1984, p. 233). Ou seja, a atividade sexual produz uma inquietação mais intensa, sendo problematizada, cada vez mais, em termos patológicos e morais.

Foucault percebe, então, que enquanto questionava a relação entre a concepção jurídica do poder e a sexualidade, formulava uma crítica o bem mais radical do que a crítica à teoria do desejo e, com ela, à psicanálise, definida por ele, em termos explicitamente lacanianos, como a “teoria da mútua implicação essencial entre a lei e o desejo” (FOUCAULT, 1984, p. 121).

Neste sentido, as importantes pesquisas coordenadas por François de Singly, com uma clara pretensão de propor uma análise geral da família contemporânea ocidental, a questão principal gira em torno do desenvolvimento do individualismo, tema central para a teoria da família conjugal onde se localizam seus estudos (SINGLY, 2007).

Observa-se nessa teoria a dialética da privatização/controlar social, isto é, a relação estabelecida entre o indivíduo que se individualiza e um “Estado” que constrói as condições para que isso ocorra (DÉCHAUX, 2008).

Segundo Singly (2007) aborda a família em seu processo de autonomização da parentela e dependência do Estado, tese que navega na direção contrária à ideia de privatização das relações familiares. Nesse sentido, para ele:

A família contemporânea pode ser definida pelo peso de uma exigência específica, a demanda por parte dos homens e das mulheres de obter satisfações relacionais, afetivas no seio do casal, associado à demanda de um reconhecimento da personalidade de cada um dos filhos (SINGLY, 2007, p. 58).

Tais exigências, próprias do espaço privado, só podem ser feitas e satisfeitas, se assim o forem, pela instância responsável pela regulação dos comportamentos privados – o Estado. No prefácio da obra *Família e Individualização Singly* (2007) discorre sobre o processo de nascimento do “indivíduo individualizado” e seus efeitos na vida conjugal e familiar.

Beck e Beck-Gernsheim (1998) explica como a sociedade moderna houve interrompido, em grande medida, o conceito de família tradicional e os diferentes tipos de relacionamento amoroso surgidos com a chegada da contemporaneidade. Investigam todos os tipos de relacionamentos a larga distância e como as novas formas de comunicação permitem que estas se mantenham e se consolidam, perpassando desde os matrimônios cujos integrantes vivem em países distintos e que conectam culturas e continentes (ex: Skype). Como resultado as famílias territoriais convertem-se em globais.

As novas famílias apontam um aspecto positivo para a globalização, como é a criação de um espaço intermediado pelo mundo tecnológico que aproximam as pessoas. Apesar do problema de poder viver o paradoxo de que as pessoas que mais querem estão longe de você e que, em contrapartida, temos elas ao nosso lado pratica-se a arte de viver juntos nem que seja virtualmente (BECK, 1992).

Denota-se também a afirmação de que, as sociedades ocidentais contemporâneas são marcadas por dois imperativos: o da construção da identidade pessoal original do indivíduo e do indivíduo autônomo. Tais imperativos, que levam Singly (2007) a considerar as sociedades ocidentais contemporâneas como sociedades individualistas, seriam, segundo o mesmo, responsabilidades da família ou, mais propriamente, do casal conjugal e seus filhos. Em suas palavras, no contexto atual, a família mudou para produzir esses indivíduos.

As transformações que Singly e vários outros autores destacam como marcas da família contemporânea, como por exemplo, o aumento do divórcio,

da coabitação, a redução dos casamentos, etc., são por ele tomadas para ilustrar o nascimento do que nomeia de uma “família individualista e relacional”, ou “família moderna 2”, ou ainda de “família da segunda modernidade”. Essa família seria o grupo social responsável por oferecer suporte ao indivíduo autônomo que não quer deixar de conviver com os demais. A concepção de individualização apresentada por Singly não pressupõe um indivíduo egoísta que se forma sozinho, trancado em si, mas, um indivíduo que necessita interagir com o meio social, interligando a vida privada com a esfera pública, ou, como ele mesmo diz, trata-se de indivíduos que “[...] querem, ao mesmo tempo, ter asas e criar raízes” (SINGLY, 1984, p. 135-140).

De fato, é a própria esfera pública, apresentada por Singly como “o Estado”, que oferece suporte para que o processo de individualização ocorra e que a família o assuma, garantindo para cada um de seus membros um espaço privado onde possam se desenvolver. Desse modo, para Singly, esse espaço privado caracteriza-se no nível da relação conjugal, pela maior independência das mulheres, a possibilidade de divórcio mútuo, o fim da autoridade parental e, no nível da relação pedagógica, com o desenvolvimento da negociação das necessidades da criança (SINGLY, 1984).

Do ponto de vista da instrução das decisões jurídicas no direito de família, prossegue, esses modelos servem de pano de fundo cognitivo, uma espécie de pré-compreensão do problema. Os modelos de famílias, são construções especificamente sociais mas que tem um amparo jurídico. Essa diferença reflete a condição essencial da resolução jurídica dos conflitos sociais: para isso, do ponto de vista normativo, o sistema jurídico deve constituir-se como uma realidade própria, um enclave de realidade entre realidades, observando o caso concreto.

Como processo de individualização se comporta no Brasil é uma das questões que se coloca nesta pesquisa. Apesar de haveremos poucos estudos voltados para esta questão, podemos afirmar que a individualização é um

fato que se apresenta a *posteriori*, inclusive como forma de demonstrar a transformação da família patriarcal e a afirmação da família nuclear e democrática. Esses estudos são influenciados por uma leitura da sociedade brasileira a partir do processo de modernização. Do mesmo modo, pelas análises realizadas por François de Singly de como a modernidade se afirma e é ultrapassada no mundo ocidental.

Na modernidade em que as relações familiares são extremamente complexas e ressignificadas, o direito precisa promover novas formas de organização, diálogos e capacidades para observar os conflitos gerados (ROUSSEAU, 2015).

Neste sentido, a tratamento dos conflitos familiares pode ser ampliada por meio da democracia continua, visando a “*inserção sócial*”, contida nas reflexões que faz a respeito da nova significação que os direitos sociais deveriam ter à luz da realidade contemporânea (ROSANVALLON, 2000, p. 412).

Podemos chegar à concepção de que não é apenas a realidade social de atores que produz o direito, mas o inverso também procede: o direito cria realidade social, no sentido de que o código enseja que os atores sociais reordenem suas ações e expectativas conforme a lógica jurídica subjacente às interações (TEUBNER, 1989).

O reconhecimento de que vivemos na era global em sociedades multiculturais, compostas de uma pluralidade de identidades, instiga a importância do destaque do olhar dos outros, na dimensão relacional presente no processo constitutivo da identidade pessoal dos indivíduos, em que os outros significativos são, em geral e prioritariamente, o cônjuge ou o parceiro para um homem ou uma mulher, os pais para os filhos e reciprocamente, ou seja a família contemporânea se define mais pelas relações internas travadas no cerne familiar e menos como instituição (SINGLY, 1984).

3 SOCIOLOGIA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

O Direito atravessa uma outra fase teórica, o avanço para a discussão a respeito da reflexão da família contemporânea que é relacional, é privada e pública, é individualista e precisa de horizonte intergeracional, ou seja eixos norteadores através dos quais explicita suas ideias. Esse entendimento é a perspectiva condutora das análises de Singly (2007) em Sociologia da família contemporânea, que aborda a individualização das relações familiares, especificamente na França, estabelecendo associações entre as mudanças da modernidade e seus efeitos na família. O autor, focaliza os comportamentos interpessoais no âmbito conjugal, procurando demonstrar que, nas sociedades contemporâneas ocidentais, os indivíduos possuem uma dimensão relacional presente no processo constitutivo da identidade pessoal dos indivíduos.

A característica referente ao duplo movimento da família contemporânea de ser privada e, ao mesmo tempo, pública, é destacada pelo autor, que apreende a família como um espaço no qual os indivíduos acreditam proteger mais a sua individualidade, suas relações internas, ao tempo em que sofrem intervenção da instituição Estatal mediante a regulação legislativa, como por exemplo: regulação das uniões homoafetivas (SINGLY, 2007).

O autor, que formula uma abordagem sociológica da percepção de como se expressam sentimentos e emoções no âmbito da família durante o século XX, destaca a predominância, a partir da segunda metade desse século, de relações menos hierarquizadas, quer entre o casal, quer entre pais e filhos, ambas sob o olhar atento dos agentes do Estado (demógrafos, psicólogos, assistentes sociais e sociólogos). Assinala, todavia, que os conflitos não deixam de existir no contexto familiar. Singly (2007) examina detalhadamente as relações travadas entre Estado, escola e família.

Nesse sentido, reflete sobre análises de Parsons, contrapondo-se à sua ideia, predominante na sociedade norte-americana nos anos 1950, de que toda responsabilidade assumida pela instituição escolar é retirada da família. Na tentativa de elucidar os elos existentes entre a família e a escola, Singly (2007) ratifica algumas concepções de Àries (1981), como aquela de que as preocupações educativas são pilares norteadores da família moderna, e de Bourdieu (1996), ao salientar a predominância do capital escolar nas sociedades contemporâneas.

Um esboço da tendência geral dos processos de formação familiar pelas novas gerações é traçado por Singly (2007) com o desuso da recorrência aos casamentos arranjados e questionando se as alianças são seladas apenas pelo amor e pelo desinteresse. O autor utiliza, então, o conceito de capital cultural formulado por Bourdieu (1996), para apreender algumas mediações que tornam possível o amor desinteressado e a defesa dos interesses sociais o corpo e o caráter revelam os capitais escolares e sociais.

O aparato conceitual construído por Pierre Bourdieu é fecundo para a análise das condições da dominação masculina como violência simbólica. As suas consequências para a reflexão sobre as possibilidades de resistência e de um Direito transformador são evidentes e inerentes à própria elaboração do sociólogo. Enquanto violência simbólica, a dominação masculina se constrói na história tomando como essências construções, formas de classificação a partir de princípios de visão e divisão cujo objetivo é a construção de uma ordem de dominação e que, sexual, tem no masculino o seu paradigma.

Pelo habitus se constata a construção de hexis corporal sob a matriz da cosmovisão androcêntrica, de modo relacional em que homem e mulher, e também gays e lésbicas, de forma consciente e inconsciente, têm seus corpos construídos ao modo da ordem de dominação. Essa forte construção teórica é já uma resistência à ordem de dominação. Da natureza relacional da dominação simbólica se conclui que toda ação transformadora deve

transformar também aquele que a empreende, quer dizer, deve incluí-lo em seu questionamento (BOURDIEU, 1996).

Singly (2007) demarca que o período contemporâneo se caracteriza pelo maior domínio do destino individual e familiar, devido a um sistema de valores que aprova a autonomia e a recusa dos indivíduos em seguirem costumes referentes ao desempenho dos papéis sociais de marido e esposa, das gerações passadas. Destacam-se duas formas de famílias modernas: A família modernidade 1: está centrada no grupo, e os adultos estão a serviço da família e, principalmente, das crianças. Já a família moderna 2: ocorrer a partir dos anos 1960, quando a modernidade na Europa muda de direção e entra no período denominado por Giddens (1991, p. 177), de “modernidade avançada”, a família atribui peso ao processo de individualização.

Esta segunda fase da família contemporânea, do ponto de vista das relações entre os sexos, é assinalado por Singly (2007): diminuição sensível da dependência objetiva da mulher, manutenção dos investimentos profissionais e domésticos diferenciados segundo o sexo e fuga dos papéis sexuais que surgiram com o compromisso conjugal. No entender do autor, o movimento de individualização que perpassa as relações conjugais encontra-se inacabado, indicando a permanência das desigualdades do trabalho doméstico, devido à atribuição desse trabalho às mulheres, bem como a exclusão dos homossexuais do casamento. Considera que as sociedades ocidentais não seguem nem seguirão um processo similar de etapas, o que não significa que elas estejam ao largo da modernidade entendida sob a perspectiva da individualização.

Percebe-se, a cultura pós-moderna, ou seja, no interior de uma sociedade que conseguiu neutralizar a apatia, o que fundamentava o impulso modernista, isto é, a mudança. Com a dissolução da crença e da verdade divina e suprema, implantada pela sociedade burguesa, surgiu a institucionalização da dúvida. O processo de construção de identidade pessoal, que possui uma

multiplicidade de papéis e valores que se oferecem ao indivíduo, já não se faz acompanhar por referentes orientadores.

A partir do pressuposto de que nem sempre foi assim – no tocante a relação de dominação – e de que não há poder – pautado em identidade e diferença – inocente, conclui-se que é apontada a necessidade da desconstrução cultural da *naturalização* das identidades de feminino e masculino e a superação da *relação de dominação*, consolidada na opressão e inferiorização das mulheres, que não impediu o reconhecimento da identidade de mulher, mas que o tornou *distorcido* sob um olhar tendencioso e masculino (BOURDIEU, 1990).

Nesse sentido Singly (2007), faz uma reflexão, tal como a modernidade, a família se define por um futuro incerto, pois, embora os entraves e constrangimentos sociais estejam presentes, os indivíduos constroem suas histórias. Porém, o acúmulo dessas transformações resulta na imposição de nova imagem da família. Desse modo, a família perde sua função tradicional de reprodução econômica e passa a ser pensada como responsável pela realização pessoal de seus membros. A interpretação das relações familiares tem orientado a constituição das representações sociais sobre a família e os modos do Estado intervir nas relações familiares.

Conforme Rousseau (2015), o problema é que a democracia está doente, e o populismo é o seu sintoma. Pois, o populista não acredita na capacidade política autônoma dos cidadãos ou na capacidade de os seres humanos se libertarem de suas emoções. Ele entende que o populismo emerge do atual momento democrático que é de crise generalizada, como por exemplo a crise da família, que se desagrega; crise da escola, que deixa de ser um santuário, entre outras.

Segundo Sieyès (1789) o povo só pode falar, querer e agir por intermédio de seus representantes. Rousseau destaca que é essa forma política, a forma representativa, que está em crise, e dessa crise vem uma

nova forma política, rompendo com a anterior, denominada “democracia contínua” (ROUSSEAU, 2015).

Portanto, o princípio de Rousseau é o oposto do que diz Sieyès (1789) e o seu enunciado é simples: o direito que a Constituição dá a todo cidadão de “abrir a boca” permanentemente, de falar continuamente, isto é, entre dois momentos eleitorais e fora das eleições, para formular as regras da vida comum. A democracia contínua, portanto, não se reduz à esfera estatal, porque, se o poder está em toda parte, como disse Alain (CHARTIER, 1934), a palavra do cidadão, isto é, o pensamento também deve estar em toda parte. Ela não termina na porta das empresas, segundo uma expressão antiga, ela adentra nelas como adentra em todas as outras esferas sociais para dar à sociedade, não ao Estado somente, sua qualidade democrática (ROUSSEAU, 2015).

Observa-se a importância da construção política do povo, a longa história de lutas sociais pelo direito ao voto, direito à saúde, direito de dispor livremente do próprio corpo ocupa um lugar eminente, de constituir família não tradicional. Mas todas essas lutas buscam num dado momento o direito, porque só ele tem, nas sociedades de hoje, a capacidade de transformar uma reivindicação social em lei. O povo, assim, é um coletivo de cidadãos-sujeitos de direitos, ligados por esses direitos e conscientes de compartilhar a mesma experiência de direitos, que não ocorre somente na votação. Um presidente, um governo ou uma assembleia resultante do sufrágio universal dispõem de uma legitimidade eleitoral, não necessariamente de legitimidade democrática. Só adquirem essa legitimidade se exercerem o poder em condições que respeitem os direitos e as liberdades dos cidadãos (ROUSSEAU, 2015).

Contudo, os direitos humanos podem ser concebidos não como liberdades individuais, mas como “liberdades de relações”, nas palavras de Claude Lefort (1980). Nota-se que as manifestações individualizantes na sociedade brasileira estão muito bem localizadas e só são possíveis graças a uma rede de relações que lhes oferecem suporte.

Percebe-se, que o reconhecimento formal, principalmente por parte da jurisprudência, tem desempenhado importante papel na busca pela igualdade de direitos sociais e civis dos gêneros, rompendo o sistema fechado das ordens do Antigo Regime e o substitui por um sistema aberto. O que os direitos humanos inauguram não é a criação de um espaço privado em que cada indivíduo se isolaria, mas a criação de um espaço público no qual o corpo e as ideias de cada homem podem circular livremente, confrontando-se necessariamente com os corpos e as ideias dos outros (ROUSSEAU, 2015).

4 AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA AFETIVIDADE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

Houve uma verdadeira reformulação na família. O modelo tradicional de família perdeu espaço para o aparecimento de uma “Nova Família”, mediante uma dissociação entre reprodução, sexualidade e conjugalidade, influenciada pelas transformações políticas, sociais, culturais e econômicas sofridas pela sociedade moderna (CAMPOS, 1993).

O resultado mais importante dessa transformação familiar, entre reprodução e sexualidade, reside na construção de práticas e representações sociais nas quais a função primordial da conjugabilidade deixa de ser o asseguramento da reprodução da espécie humana. Como função primordial da família, deve-se apontar, para além da sobrevivência material, para a sobrevivência psíquica e afetiva dos membros, seja na seara das famílias de origem, seja no âmbito das famílias instituídas por adultos que volitiva e reciprocamente se escolhem como companheiros afetivos – sexuais (MELLO, 2005).

Recentemente, entendimentos atinentes ao direito e ao próprio processo civil, em especial aos direitos de família, foram modificadas

em virtude de julgamentos do Supremo Tribunal Federal – STF. Por mais que sejam julgados de recursos de processos que versam sobre direitos individuais, como bem se sabe, o Supremo Tribunal Federal recebe casos que versam sobre questões de direitos, de forma que as matérias apreciadas pelos ministros ditam o próprio entendimento do ordenamento, gerando súmulas que unificam a jurisprudência.

Primeiramente, no dia 21 de setembro do ano passado, o Plenário do referido tribunal negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 898060 (STF, 2016a) no qual o pai biológico recorria contra acórdão que estabeleceu sua paternidade, o obrigando a arcar com as obrigações patrimoniais decorrentes do vínculo reconhecido.

O Recurso encontrava fundamento na existência de um pai afetivo, devendo o pai biológico ser eximido da responsabilidade. Segundo o relator do RE, ministro Luiz Fux, propôs a fixação da tese de repercussão geral de que: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (STF, 2016a).

Diante desta decisão constou-se no registro do filho o nome do pai biológico e do socioafetivo. Para o ministro relator, o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos daquele contemplado pela concepção tradicional, não autoriza ao julgador decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos, de forma que as obrigações patrimoniais decorrentes da filiação também são contempladas.

Através das transformações dos costumes a Constituição deu uma nova dimensão à concepção de família, introduzindo, um termo generalizante: entidade familiar. E alargou o conceito de família, passando a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento; também emprestou juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então

marginalizados pela lei, colocando o concubinato sob o regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre homem e mulher foram reconhecidos como entidade familiar, com o nome de união estável; a proteção também se estendeu aos vínculos monoparentais, formados por um dos pais e seus filhos (DIAS, 2007).

As famílias monoparentais constituem um exemplo de entidade familiar fora do contexto da conjugalidade. Seja oriunda de uma adoção singular, seja oriunda de uma procriação medicamente assistida, seja originária de uma reprodução natural, sem reconhecimento do respectivo pai, ou originária do falecimento de um dos progenitores, a entidade constituída pelo filho com qualquer ou apenas um de seus pais, configura uma família, conforme prevê a CF/88 no artigo 226 § 4 (CHAVES, 2011).

Outro conceito de família é a entidade formada por parentes que não são pais e filhos, que se pode chamar de família anaparental, por exemplo: a convivência duradoura de dois irmãos que reúnem esforços para construção do patrimônio. Entende-se na doutrina brasileira que, no caso de falecimento de um deles, é iníqua a solução de dividir o patrimônio igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária (DIAS, 2007).

Ainda atinente ao direito de família, o STF concluiu julgamento, no dia 10 de maio de 2017, que discutia a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios. A referida decisão partiu do julgamento, pelos ministros, dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694 (STF, 2016b), trazendo à baila a própria questão da união homoafetiva no que concerne às questões sucessórias.

Quanto ao julgado, o tribunal fixou tese válida para ambos os processos,

[...] no sistema constitucional vigente é inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil/2002, tendo em vista a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser

aplicado tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002 (STF, 2016b).

Segundo o relator do RE 878694, o ministro Luíz Roberto Barroso, mesmo que a equiparação dos institutos frente à sucessão já tivessem sido matéria de lei (Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996), o Código Civil de 2002 não contemplou a questão. Isso porque, segundo o ministro, o código foi fruto de um debate realizado nos anos 1970 e 1980, anterior a várias questões que se colocaram na sociedade posteriormente. Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de família (BRASIL, 2002).

O direito em si está em constante movimento. Todos os aspectos da vida em sociedade influenciam na criação do direito, da mesma forma que o direito criado influencia diretamente na sociedade. Sob esse mesmo diapasão, é evidente que o direito que emana da sociedade para a sociedade acompanha os fatos, devendo cumprir com as demandas criadas pela sociedade à qual foi criado.

O Código Civil de 1916 conceituava a “família” como algo constituído unicamente pelo matrimônio. Era uma visão extremamente tradicionalista, no sentido que vedava a dissolução do casamento, estabelecia distinções entre os próprios membros da família (patriarcalismo) e discriminava as pessoas unidas sem casamento e os filhos havidos dessas relações. No mesmo sentido, os chamados vínculos extramatrimoniais e os filhos ilegítimos, eram premissas para excluir direitos, e não para constituí-los (DIAS, 2015).

Já no atinente à questão de filiação, há de se falar no entendimento, já consagrado, que se tinha difundido mesmo na doutrina, de que o fato de se reconhecer a paternidade socioafetiva, ensejaria que fossem rompidos, automaticamente, os vínculos com o pai biológico, que se tornaria, meramente, o genitor, não podendo ser compelido a prestar alimentos e não transmitindo

herança para o filho que estabeleceu vínculo com outrem, bem como não podendo exercer o próprio poder familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

O que se vislumbra, e que é comum às duas matérias, é que as mudanças umas mais tardias que outras atinentes às antigas concepções decorrem, em boa parte, do advento da Constituição Federal de 1988. Uma constituição é superiormente hierárquica aos demais diplomas normativos de um sistema jurídico, isso é fato, e, como já teorizado por muitos doutrinadores, a norma vigente que não respeita os preceitos constitucionais é inválida.

Na tentativa de explicar o referido, fala-se em uma “Constitucionalização do direito civil” que, nas palavras de Maria Berenice Dias é o fenômeno em que “grande parte do direito civil foi parar na Constituição, que, por sua vez, enlaçou temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade”. Por tratar de questões próprias do direito civil e fixar princípios intolerantes a qualquer tipo de discriminação, seja no âmbito do direito de famílias ou qualquer outro, a Constituição Federal acabou por ditar o rumo do direito civil de maneira especialmente expressiva.

A carga principiológica da Constituição Democrática, sempre atrelada às garantias fundamentais, inevitavelmente faz a norma infraconstitucional romper com preceitos conservadores oriundos de outras realidades. As conceituações abertas e os princípios igualitários e protetivos nela constantes providenciam que os vícios das normas sejam sanados, cedo ou tarde.

Esses novos modelos de família, demonstram que a Constituição Federal, por ter sido redigida sob um viés progressista e democrático, cumpre com o papel de possibilitar a sujeição das normas infraconstitucionais mesmo as anteriores à vigência da Carta Magna, às próprias demandas de determinado contexto social, uma vez que o direito não se perpetua e deve mudar de acordo com a realidade e as perspectivas da sociedade. Com a adequação das normas aos preceitos constitucionais, seja pela atividade

legisladora ou pelo controle de constitucionalidade, nos aproximamos cada vez mais do ideal garantista.

Esses novos modelos de família demonstram que o patriarcalismo, fundado na tripla desigualdade de homens em relação a mulheres, pais em relação a filhos e de heterossexuais em relação a homossexuais, findou com a CF/88. Percebe-se assim que desde o conhecimento da dignidade constitucional de outras formas de vida em comum, diversas da tradicional família legítima, até a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, o regime político da família hoje vigente operou uma ruptura com o paradigma institucional antes prevalente, atualmente pensa-se em “um ninho multicomposto, pleno de amor e afeto” para os filhos.

Os Direitos Humanos alicerçam o espaço das relações humanas. Em todos os lugares, afirma-se que os Direitos Humanos valorizam ou mesmo santificam o indivíduo, destroem qualquer possibilidade de bem comum e rompem todos os coletivos sociais: a família deixa de ser uma entidade e passa a ser uma associação de indivíduos que dispõem cada um de direitos (ROUSSEAU, 2015).

Portanto os direitos humanos são, na realidade, o princípio do individualismo relacional, de um espaço público, que “público” significa “comum” que liga os indivíduos uns aos outros. A questão política, hoje, não é a do indivíduo, nem mesmo a de uma sociedade que seria feita de indivíduos fluidos, para usar a expressão de Bauman (ZYGMUNT, 2004). Mas sim que o indivíduo tem sido, há muito tempo, o princípio do político (ROUSSEAU, 2015).

Portanto, se o processo social e histórico é o de uma sociedade de indivíduos, a questão política se desloca; ela passa a ser a da organização da fluidez social, da harmonização dessa fluidez para que não produza uma sociedade caótica; a questão é a do instrumento para a construção do comum, da generalidade nessa sociedade fluida (ROUSSEAU, 2015).

Desta forma, a Constituição, atualmente entendida como um conjunto de direitos e liberdades do homem pode ser o instrumento comum aos indivíduos no qual eles se reconhecem em sua particularidade, seu próprio ritmo, mas também em valores compartilhados, que segundo Habermas são valores constitucionais comuns chamado de “patriotismo constitucional” (HABERMAS, 1973). Desta maneira, a Constituição se apresenta como um conjunto de princípios compartilhados, como um lugar onde o indivíduo pode reconstruir uma identidade comum.

Desta forma, os valores constitucionais permitem ao ser humano a capacidade de tomar consciência do estatuto de cidadão, isto é, de sujeito de direito autônomo, capaz de se autodeterminar, de criar sua própria história, de refleti-la, de discuti-la e de pensá-la, o que Rousseau chama de democracia contínua que explica a perspectiva da democracia plural, a figura do cidadão é múltipla, plural (ROUSSEAU, 2015).

Denota-se a importância de destacar que admitir a existência de comunidades familiares é respeitar os valores constitucionais da democracia, do estado democrático de direito, do indivíduo e da eficácia dos direitos fundamentais, afastando qualquer tipo de moralidade dominante sendo inegável a pluralidade de formas de vida amorosa.

5 CONCLUSÃO

Para compreender as transformações sociais em termos de modelos de família, é importante que se observem as mudanças culturais ocorridas nos últimos períodos, caracterizadas por uma maior independência das estruturas religiosas, políticas e familiares.

A postura da jurisprudência, juridicizando e inserindo no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, parentais, monoparentais, pluriparentais, eudemonista, simultânea, uniões estáveis hetero como

entidades familiares, é um marco significativo. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da juridicidade. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil contribuiu para essa evolução, representando uma conquista decisiva para a ordem jurídica privada na qual o Direito de Família se insere. A elevação desse princípio ao topo do ordenamento alterou substancialmente a estrutura outrora em vigor no direito nacional, influenciando sobremaneira a interpretação/aplicação dos institutos jurídicos.

A constitucionalização do Direito de Família, impondo a igualdade conjugal e atribuindo a absoluta prioridade às crianças e adolescentes no grupo familiar, por exemplo, foi essencial ao processo de humanização das relações familiares e à derrocada da estrutura patriarcal então vigente; perdeu seu respaldo com a atual constituição.

Atualmente, diante da diversidade cultural, principalmente em termos de família, a sociedade é convidada a vivenciar uma pluralidade de identidades e a conviver com novas formas de agrupamentos familiares. Segundo Dominique Rousseau (2015) “o povo só pode falar, querer e agir por intermédio de seus representantes”. É essa forma política, a forma representativa, que está em crise, e dessa crise vem uma nova forma política, rompendo com a anterior, que é a “democracia contínua”. Para que o cidadão possa discutir, reivindicar seus direitos constitucionais, inserindo o cidadão nas reflexões que faz a respeito da nova significação que os direitos sociais deveriam ter à luz da realidade contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ÀRIES, P. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- BECK, U.; BECK-GERNSHEIM, E. **El normal caos do amor**. Barcelona: Editora El Roure Editorial, 1998.
- BECK, U. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage, 1992.
- BOURDIEU, P. La domination masculine. **Actes de la recherche en sciences sociales**. v. 84, sep. 1990.
- BOURDIEU, P. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas, SP: Papirus, 1996.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2021.
- CAMPOS, D. L. A Nova família. In: TEIXEIRA, S. F. (coord.). **Direitos de Família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CHARTIER, A. É. **Une édition électronique réalisée à partir du livre d'Alain Propos de politique**. 2. ed. Paris: Éditions Rieder, 1934. (Collection Europe).
- CHAVES, M. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.
- DÉCHAUX, J.-H. **Sociologie de la famille**. Paris: La Découverte, 2008 (Coll. Repères).
- DIAS, M. B. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Jus Podium, 2012.

FOUCAULT, M. **Histoire de la sexualité 2: l'usage des plaisirs**. Paris: Gallimard, 1984.

GIDDENS, A. **Conseqüências da modernidade**. São Paulo: Ed. Universidade Federal Paulista, 1991.

HABERMAS, J. **Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.

LEFORT, C. **Droits de l'homme et politique**, in Libre, n. 7, Paris, Payot, 1980.

MELLO, L. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

ROCHA, L. S. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROCHA, L. S.; OLIVEIRA, B. N.; SCHERBAUM, J. F. N. **Afetividade no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2018.

ROSANVALLON, P. L. **La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple em France**. Paris: Gallimard, 2000.

ROUSSEAU, D. **Radicaliser la démocratie**. Propositions pour une refondation, Paris: Seuil, 2015.

SIEYÈS, E. J. Discours sur le veto royal du 7 septembre 1789. **Archives parlementaires**, 1 re série, tome VIII, 1789.

SINGLY, F. La famille et le droit d'après Jacques Commaille. **Revue française de sociologie**, Année 1984, v. 25, n. 1, p. 135-140, 1984.

SINGLY, F. **Sociologie de la famille contemporaine**. Paris: Armand Colin, 2007.

STF. Notícias STF. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório**. 2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> >. Acesso em: 19 maio 2018.

STF. Notícias STF. **Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico**. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781> >. Acesso em: 19 maio 2018.

TEUBNER, G. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

ZYGMUNT, B. **Amor Líquido**. São Paulo: Jorge Zahar Editores, 2004.

NANOTECNOLOGIAS, NOVOS DIREITOS E (NECESSÁRIA) REGULAÇÃO: A INSERÇÃO NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Raquel von Hohendorff

Daniele Webber

Paulo Junior Trindade dos Santos

Resumo: Observa-se na atual sociedade a complexidade das novas tecnologias, como inserção das nanotecnologias, explorando propriedades de materiais em nanoescala. Neste sentido, surgem diversas novas demandas face a inovação, sendo que o Direito não possui meios adequados para sanar tal lacuna. Verifica-se incerteza científica sobre efeitos no meio ambiente e vida humana. Desta maneira, ao mesmo tempo que se vislumbra possibilidades de grandes avanços e benefícios pelas nanos, na contramão apresentam-se possíveis danos ao ecossistema. Uma regulação apta a tratar de tais particularidades é necessária. Neste viés, ainda demonstra-se confusão entre direito público e privado. Nesta intersecção se verifica a ligação entre a constitucionalização do direito privado, fenômeno que vem quebrando as barreiras dicotômicas entre público e privado, bem como retornando aos direitos fundamentais para obter resposta adequada às novas demandas. Sob quais condições a constitucionalização do direito privado e as nanotecnologias se encontram? A flexibilidade do Direito e a utilização das cláusulas gerais, atentado ainda para o retorno aos direitos fundamentais, possibilitam a prestação de respostas mais adequadas às nanotecnologias? A hipótese provisória que se estruturou é que, face as premissas da constitucionalização do direito privado, refutando a categorização estanque do direito privado e do direito público, possibilitando uma legislação mais flexível, com a utilização das cláusulas gerais, e ainda fomentando o diálogo das fontes do direito, é possível prestar respostas adequadas à sociedade, bem como prover uma regulação apta para as nanotecnologias, respeitando igualmente os direitos fundamentais e a precaução exigida neste contexto.

Palavras-chave: Nanotecnologias. Risco. Constitucionalização do direito privado. Flexibilização. Diálogo entre as Fontes do Direito.

Abstract: *The complexity of new technologies, such as the insertion and production of nanotechnologies, exploring (manipulating) the properties of materials at the nanoscale is observed in the present postmodern society. In this sense, the most diverse demands occur because of innovation, and the law has no means to remedy this gap. In addition, there is scientific uncertainty about its effects on the environment and human life. In this way, at the same time as it is possible to see great advances and benefits for the nanos, in contrast there are potential harms to the environment and human health. A regulation capable of dealing with such particularities is necessary. In this bias, the confusion between public and private law is still evident. At this intersection there is a link between the constitutionalization of private law, a phenomenon that has been breaking the dichotomic barriers between public and private, as well as returning to fundamental rights as an adequate response to these new demands. Under what conditions do the constitutionalization of private law and nanotechnologies meet? Does the flexibility of the law and the use of the general clauses, which still attack the return to fundamental rights, make it possible to provide better answers to nanotechnologies? The provisional hypothesis was that, given the premises of the constitutionalization of private law, refuting the stagnation of private law and public law, enabling more flexible legislation, using the general clauses, and encouraging the dialogue of sources Law, it is possible to provide adequate responses to society, as well to provide appropriate regulation for nanotechnologies, while respecting the fundamental rights and the precaution required in this context.*

Keywords: *Nanotechnologies. Risk. Constitutionalization of private law. Flexibility. Dialogue between the Sources of Law.*

1 INTRODUÇÃO

Presencia-se no atual contexto pós-industrial a evolução de tecnologias anteriormente sequer pensadas. No panorama de inovações, encontram-se as

nanotecnologias, que seriam o conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas graças às especiais propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas (HOHENDORFF, 2015). Nano é o nome que vem do grego e, significa *anão*, um termo fundido com a palavra tecnologia que surgiu em 1974, o famoso termo nanotecnologia. É uma ciência transdisciplinar, e de difícil explicação pelo fato desta fazer parte das ciências da complexidade, ou seja, é uma ciência não pura como a física, a química e a matemática, mas, sim, uma ciência heterogênea, e em seu bojo há a combinação de muitas disciplinas. Portanto, poderá haver em único produto feito com esta ciência, traços de engenharia usando química, física, biologia, matemática, dentre outras novas ciências (LIMA, 2014).

O nanômetro equivale a bilionésima parte de um metro, e à título exemplificativo, consoante cartilha da ABDI, esse tamanho é aproximadamente 100 mil vezes menor do que o diâmetro de um fio de cabelo, 30 mil vezes menor que um dos fios de uma teia de aranha ou 700 vezes menor que um glóbulo vermelho (ABDI, 2010). O mundo na escala nano sempre existiu, ou seja, integra a natureza. No entanto, somente da metade para o final do Século XX, o ser humano conseguiu acessar esta ordem de grandeza, graças ao desenvolvimento de nanoscópios, em condições de visualizar a bilionésima parte de um metro. Provavelmente, o “fascínio da criatividade”¹ levou os cientistas a desenvolver condições técnicas para pesquisar nesta escala, desvendando um “mundo novo”, com possibilidades e riscos ainda em grande parte desconhecidos.

Este cenário das novas descobertas em nanoescala acaba por desenvolver uma série de novas demandas a serem geridas pela sociedade. Uma vez que se utiliza das nanotecnologias em grande parte da indústria, verifica-se a crescente distribuição de novos produtos no mercado,

¹ Expressão encontrada em Winfred Weier, conforme Faria Costa (2005, p. 27).

que possuem nanomateriais, entretanto, os benefícios prometidos (e já comprovados) por esta nova tecnologia são acompanhados por incertezas científicas. Por outro lado, na contramão destes benefícios, existem diversos estudos que demonstram a capacidade nanotóxica destes produtos, os quais poderiam causar diversos malefícios ao meio ambiente e saúde humana. Tal dúvida desperta uma grande preocupação entre os cientistas, pois existe a latente possibilidade dos nanomateriais causarem danos (futuros) ao homem e ecossistema de uma maneira geral.

Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela Nanotechnology Products Database (NPD) – Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8674 produtos com nanotecnologias, produzidos por 2181 companhias, oriundos de 60 países (NPD, 2019).

Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas. Exatamente neste contexto que se encontram as nanotecnologias, trazendo novos produtos, promissores em benefícios, mas acompanhados da possibilidade de dano futuro. Diante destas novas tecnologias, surgem também novas demandas da sociedade, como a preocupação com os danos (possíveis), necessidade de informação dos consumidores, fomento de pesquisas científicas na área.

Entretanto, muito embora a nanotecnologia apresente todo este potencial de inovação e avanço tecnológico (como em momento anterior surgiram os transgênicos, por exemplo) não existe nenhuma regulação a respeito. É neste sentido que se vislumbra o grande problema, pois uma vez que não existe certeza científica sobre seus efeitos na vida humana e meio ambiente, necessário que se tome alguma medida para regular a utilização das mesmas. Até mesmo como forma de precaução. Percebe-se o conflito entre o limite entre o que seria direito privado e o que seria direito público, pois a liberdade de comercialização irrestrita, não se observando condutas mínimas de informação, por exemplo, poderá afetar o bem comum, que seria a saúde da sociedade e do meio ambiente. É neste sentido que localiza a intersecção entre a dualidade de privado e público, onde as nanotecnologias esbarram em outro fenômeno bastante discutido no âmbito do Direito, chamado de Constitucionalização do Direito Privado.

A constitucionalização do direito privado – na qual se assevera o retorno aos direitos fundamentais contidos na constituição – insere-se também no contexto de superação da dicotomia entre público e privado, principalmente porque nas novas demandas apresentadas à sociedade, muitas vezes se torna difícil conseguir separar o que se refere ao particular e o que se relaciona com o público. Não se procura simplesmente dar fim ao direito privado ou público, mas sim superar tal ponto a fim de constituir uma forma mais coerente de conceber um adequado tratamento jurídico às relações intersubjetivas em toda sua crescente complexidade, sem fazer *tabula rasa* das ideias e valores fundamentais do Direito (LUDWIG, 2002).

Portanto, percebe-se que é preciso refutar a categorização do direito público e do privado, como esferas estanques, pois desta maneira tornam-se autoexcludentes. A dicotomia que servia para encarregar a divisão dos poderes do Estado e limitar seu âmbito de atuação, entre si e entre os cidadãos, hoje não mais é suficiente para dar respostas adequadas e eficazes a sociedade,

razão pela qual a constitucionalização do direito privado relaciona-se com as nanotecnologias. Estas novas tecnologias, que desempenham um papel econômico importante dada a vultuosidade de recursos nelas dispendidos, sequer possuem regulação.

Da mesma forma que a Constitucionalização do Direito Privado envolve uma maior abertura das normas, como no caso da utilização das cláusulas gerais, as nanotecnologias precisam de uma regulação adequada à toda complexidade apresentada, razão pela qual ela acompanha esse movimento de flexibilização. Os efeitos das nanotecnologias podem afetar gerações inteiras, e assim, deve ser vista mais com o viés público. Portanto, urge que a regulação a ser elaborada, seja adequada, baseada no diálogo das fontes e na releitura da Teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda (ENGELMANN, 2010).

Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, buscando realizar a revisão das publicações em livros, artigos científicos e sítios oficiais da internet. A proposta de estudo dar-se-á através da abordagem metodologia sistêmico-constructivista, utilizando-se de bases que não compõem o Direito tradicional, possibilitando a conexão e aplicação de outros institutos regulatórios, realizando a interligação de outras áreas da ciência, Este recurso metodológico será alinhado à análise de conteúdo, nos moldes apresentados pelo livro de igual nome, de autoria de Laurence Bardin (2011), uma vez que é necessário correlacionar e analisar dados e estatísticas que se alinhem ao conteúdo teórico das pesquisas apresentadas. Para tanto, necessário que se parta de um prévio conhecimento acerca das nanotecnologias, suas aplicações, benefícios e o risco; ademais, explicar-se-á sobre o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado, pois ambos se encontram no sentido de que a regulação e o direito atual devem estar mais flexíveis e utilizar as cláusulas gerais, a fim de prestar respostas adequadas às demandas complexas da sociedade.

Portanto, o problema que se pretende enfrentar neste artigo, poderá ser assim circunscrito: sob quais condições a Constitucionalização do Direito Privado e as nanotecnologias se encontram? A flexibilidade na regulação e a utilização das cláusulas gerais, atentando ainda para o retorno aos direitos humanos, se observarmos Erik Jayme, e aos fundamentais, na proposta de filtro constitucional de Engelmann, possibilitam a prestação de respostas mais adequadas às nanotecnologias?

A hipótese provisória que se estruturou a partir da revisão da bibliografia é a seguinte: baseado nas premissas da Constitucionalização do Direito Privado, refutando a categorização estanque do direito privado e do direito público, possibilitando uma legislação mais flexível, com a utilização das cláusulas gerais, e ainda fomentando o diálogo das fontes do direito, é possível prestar respostas adequadas à sociedade, e prover uma regulação apta para as nanotecnologias, respeitando igualmente os direitos fundamentais e a precaução exigida neste contexto.

2 A INSERÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS NA VIDA HUMANA E O RISCO: A NECESSIDADE DE UMA REGULAÇÃO ADEQUADA ÀS NOVAS DEMANDAS

As nanotecnologias encontram-se nos mais variados setores da vida cotidiana. Esta tecnologia em ultrapequena escala encontra-se no mercado, sendo amplamente consumida, como nos protetores solares, telefones celulares, medicamentos, cosméticos, medicamentos veterinários, entre outros. Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de desenvolvimento das nanotecnologias (HOHENDORFF, 2015). Outra área bastante abrangida pelas nanotecnologias são os agroquímicos, uma vez que o Brasil se encontra como um dos maiores produtores mundiais de grãos, o que invariavelmente acarretará consequências (futuras?) na produção dos

alimentos e na agroindústria (HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014). Os dois autores ainda afirmam que (2014, p. 19):

[...] neste cenário, destaca-se a possibilidade de ampliação da produção agrícola através do uso de produtos nanoagroquímico, aventada pelas grandes empresas produtoras de agroquímicos como uma alternativa para o combate da fome mundial. Desta forma, é preciso procurar entender melhor como as nanotecnologias poderão interferir na cadeia produtiva de alimentos, bem como quais serão as consequências diretas e indiretas do seu uso à saúde humana e ambiental.

Em nível internacional, o tema das nanotecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro “Horizonte 2020” da União Europeia (HORIZON 2020..., 2019), estabelecendo expressamente:

[...] As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos ligeiros, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa.

Além disso, cabe destacar a revisão de junho de 2015 do documento intitulado: *High-Level Expert Group on Key Enabling Technologies* (EUROPEAN COMMISSION, 2015), referente a uma comunicação da Comissão Europeia datada de 2009, intitulada: *Preparing for our future: developing a Common Strategy for Key Enabling Technologies in the EU*. Neste documento foram identificados seis *Key Enabling Technologies* e uma delas são as nanotecnologias. Tendo em vista os inúmeros produtos lançados com nanotecnologia, iniciou-se uma gama de estudos com a finalidade de averiguar esta nova tecnologia, e diversos órgãos internacionais e nacionais chegaram a alertas importantes.

Por exemplo, a Niosch (2016), agência americana de proteção em saúde ocupacional, identificou 10 tópicos críticos, nos quais vem desenvolvendo

pesquisas na atualidade, para orientar na resolução de lacunas e para fornecer recomendações sobre as aplicações e implicações dos nanomateriais nos ambientes de trabalho (ABDI, 2012), dentre os quais pode-se citar a) toxicologia e dose interna, b) avaliação de risco, c) epidemiologia e vigilância, d) controles de engenharia e EPI, e) métodos de medida, f) avaliação da exposição, g) segurança contra incêndio e explosão, h) recomendações e orientações, i) comunicação e informação, j) aplicações.

A Comissão Europeia (UE), pela JRC (*Joint Research Centre*) de 2015, também vem destinando grandes esforços na área das nanotecnologias, conforme relatório geral apresentado, o qual reporta as atividades desenvolvidas, realizações e recursos relacionados com o trabalho desenvolvido pela comissão em 2015. É apresentação de um panorama das realizações e atividades científicas. No documento, expõe a contribuição para a revisão em curso da definição de nanomateriais e reforçou a base industrial com duas novas tecnologias de ponta provenientes da investigação nuclear (EUROPEAN UNION, 2016).

Ainda, afirmam que definição exata de um nanomaterial representa a porta de entrada para a sua produção, utilização e segurança de avaliação da saúde e meio ambiente. A Comissão está revisando suas definições e o resultado estava previsto para 2016. Ademais, estabeleceu-se a futura colaboração no domínios da energia, dos transportes, nanotecnologia, referência de materiais, saúde e ambiente, inovação e crescimento. Esta comissão e as autoridades da academia de Ciências já colaboraram com sucesso em vários projetos científicos no âmbito da Estratégia-Quadro da Programas de investigação e inovação, bem como em redes científicas internacionais, tais como as Academias de Ciências da região do Danúbio (EUROPEAN UNION, 2016):

The exact definition of a nanomaterial represents the gateway to its wider production, use and safety assessment for human

health and the environment. [...]. This set the framework for future collaboration in the fields of energy, transport, nanotechnology, reference materials, health and environment, innovation and growth. The JRC and the Slovak Academy of Sciences have already cooperated successfully on several scientific projects under the EU's Framework Programmes for research and innovation, as well as within international scientific networks, such as the Academies of Sciences of the Danube region.²

Como visto, as nanotecnologias estão inseridas em nível mundial, onde desde as maiores nações desenvolvidas (como a Alemanha, que possui um plano de ação, em departamento próprio e interdisciplinar no governo federal, chamado de *Action Plan Nanotechnology 2020*) – até mesmo países em desenvolvimento (como o Brasil) colocam em pauta inúmeras pesquisas, bem como desenvolvem em grande escala produtos com o uso da nanotecnologia.

A presença das nanotecnologias está em quase todos os ramos da indústria, desde farmacêutica, bélica, cosméticos, até mesmo em aparelhos domésticos dos mais comuns, como se pode observar no guia publicado por uma revista on line americana – *The Conversation* –, intitulado “*A guide to the nanotechnology used in the average home*” (THE CONVERSATION, 2016), onde colocam uma série de produtos domésticos com esta nova tecnologia. Portanto, a era nanotecnológica vem dominando todos os espaços da sociedade, despejando no mercado inúmeros nanoprodutos, o que traz à tona complexidades antes sequer pensadas, que geram novos direitos e demandas, para os quais o Direito deve reformular-se para prestar respostas adequadamente. Um dos aspectos mais preocupantes sobre as nanos,

² “Definição exata de um nanomaterial representa a porta de entrada para uma avaliação mais ampla de produção, uso e segurança para a saúde humana e o meio ambiente. [...]. Isso estabeleceu a estrutura para colaboração futura nos campos de energia, transporte, nanotecnologia, materiais de referência, saúde e meio ambiente, inovação e crescimento. O CCI e a Academia de Ciências da Eslováquia já colaboraram com êxito em vários projetos científicos ao abrigo dos Programas-Quadro da UE para a investigação e inovação, bem como no âmbito de redes científicas internacionais, como as Academias de Ciências da região do Danúbio”, livre tradução dos autores.

relacionam-se com a potencialidade de risco, que acompanha a promessa de benefícios, que passará a ser exposto na sequência.

2.1 A AMBIVALÊNCIA DA ERA NANOTECNOLÓGICA: DAS BENESSES AOS POSSÍVEIS DANOS (FUTUROS?)

A quantidade de nanoprodutos cresce rapidamente, e paralelo a esse desenvolvimento crescem as preocupações sobre os danos que as nanotecnologias poderão provocar, especialmente em relação aos trabalhadores, em virtude de sua exposição, devendo trazer-se o foco para a relação com o meio ambiente, saúde e segurança (ENGELMANN, 2011). É dessa forma que nos deparamos com o risco, o qual demanda por óbvio uma conduta precaucional quando nos referimos às nanotecnologias, cada vez mais inseridas no nosso dia a dia (WITTMANN, 2015).

Conforme leciona Engelmann, a respeito das nanotecnologias, o “*chamado futuro já começou*”, pois elas estão em processos de instalação constante e crescente, e apesar de desconhecer a maioria dos riscos que este conjunto de novidades está carregando consigo, a melhor opção não é ser contra e nem promover o movimento da moratória (ENGELMANN, 2015, p. 107).

Outro ponto importante a ser investigado: os riscos³. Eles existem e estão sendo destacados por pesquisas científicas publicadas em revistas qualificadas de diversas áreas, relacionadas a diversos nanomateriais como os nanotubos de carbono⁴ e a nanop prata. Esse último é um dos nanomateriais

³ “Los programas y las obligaciones procedimentales de definir programas son importantes para el Derecho de los riesgos. Estos tienen una función de dirección de la discrecionalidad y se parecen, de esa forma, a los reglamentos que concretan normas. Aquí se hace evidente cómo la práctica genera nuevas formas de racionalización de los márgenes de decisión a los que pueden conectarse la dogmática y los controles. [...]” (FRANZIUS, 2015, p. 231).

⁴ O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em conjunto com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), lançaram em 2011, edital para a formação das primeiras redes sobre nanotoxicologia no Brasil. Até este momento, ainda não havia nenhum fomento específico para o desenvolvimento desta área de pesquisa.

engenheirados (aqueles produzidos a partir da ação humana) mais comuns usados em produtos para o mercado consumidor. Tem uma relevante atividade antibactericida e baixo custo de produção. No entanto, apresenta mecanismos de toxicidade, aspecto que não está recebendo a devida atenção pelos fabricantes ou, pelo menos, esse “detalhe” não aparece em nenhum rótulo ou material de divulgação. A nano prata⁵, por exemplo, é utilizada na linha branca de eletrodomésticos, bebedouros, aparelhos de ar condicionado e outros itens de uso e contato diário pelo consumidor.

Estes estudos ratificam a necessidade de um crescente cuidado com a saúde e a segurança do ser humano e a atenção com o meio ambiente. As respostas obtidas das Ciências Exatas, que também poderão ser denominadas

No âmbito desse edital foi apresentado o projeto de pesquisa intitulado “Nanotoxicologia ocupacional e ambiental: subsídios científicos para estabelecer marcos regulatórios e avaliação de riscos” (MCTI/CNPq processo 552131/2011-3), que já produziu alguns resultados, apontando efeitos tóxicos de algumas nanopartículas investigadas: a) a comprovação de evidências de que os nanotubos de carbono são potencialmente perigosos em ambientes aquáticos, e que o mecanismo de toxicidade é complexo e insuficientemente compreendido até o momento (BRITTO *et al.*, 2012. p. 86); b) Outro estudo mostra possíveis efeitos tóxicos no cérebro (neurotoxicidade) dos peixes Zebrafish (*Danio rerio*) expostos aos nanotubos de carbono (OGLIARI DAL FORNO, 2013); c) Compostos da indústria de nanotecnologia, como os nanomateriais à base de carbono, são fortes candidatos a contaminar ambientes aquáticos, pois sua produção e eliminação têm crescido exponencialmente em poucos anos, sem que se tenha estudos conclusivos sobre a sua efetiva interação com o meio ambiente. Recente estudo demonstrou que o fulereno C60 diminuiu a viabilidade das células e prejudicou a detoxificação de enzimas, evidenciando interações toxicológicas (FERREIRA *et al.*, 2014. p. 76-83). Procurando confirmar as informações sobre a toxicidade dos nanotubos de carbono, destaca-se a seguinte matéria: “Estudos conduzidos em parceria por pesquisadores da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Laboratório Nacional de Nanotecnologia (LNNano) e do Instituto de Pesca do Estado de São Paulo, em Cananeaia, no litoral sul paulista, mostraram que quando nanotubos de carbono entram em contato com substâncias tóxicas como chumbo e pesticidas em ambientes aquáticos há um aumento expressivo de toxicidade para peixes como tilápias-do-nylo (*Oreochromis niloticus*), camarões-d’-água-doce e outras espécies. Os mais recentes resultados da pesquisa que avaliou a interação entre esses nanomateriais e carbofurano, um pesticida com alta toxicidade utilizado no Brasil em culturas agrícolas, foram publicados on-line na revista *Ecotoxicology and Environmental Safety* em novembro e sairão na edição impressa em janeiro de 2015” (INTERAÇÕES FATAIS, 2021).

- ⁵ Cabe destacar o seguinte acontecimento nos Estados Unidos: em 24 de março de 2015, a Agência (americana) de Proteção Ambiental (EPA) concordou em regular o nanomaterial de prata como um novo pesticida, resultado de uma ação judicial movida pelo Centro de Segurança Alimentar (Center for Food Safety, que é uma organização nacional americana de interesse público e defesa ambiental, sem fins lucrativos, trabalhando para proteger a saúde humana e o meio ambiente, reduzir o uso de tecnologias de produção de alimentos nocivos e à promoção de formas orgânicas e de agricultura sustentável) (EPA, 2021).

como Ciências Produção, até o momento, são provisórias, não conclusivas e, muitas vezes, contraditórias, mas com evidências de riscos, merecendo a atenção das Ciências de Impacto⁶. Aqui se abre um interessante campo para a regulação, que deverá ser ocupado com criatividade pelo Direito, mobilizando o diálogo entre as fontes do Direito, como um modo de inserir o jurídico no cenário da Revolução Nanotecnológica.

Observa-se a ambivalência de várias tecnologias e produtos gerados em escala nano. As possibilidades ou efeitos positivos são muito grandes, entretanto, a probabilidade de riscos é muito significativa ao ecossistema de maneira geral. As pesquisas desenvolvidas até o momento contribuem para esta preocupação, o que gera uma aproximação entre os países, com o intuito de produzir nanotecnologia respeitando o meio ambiente (ENGELMANN, 2015). De outra banda, encontram-se alguns estudos bem recentes que causam atenção na comunidade científica, de uma maneira positiva. Pode-se citar pesquisas nos Estados Unidos, que se apresenta como atual precursora nesta área. Na Universidade de Harvard, em estudo recente (junho de 2016), intitulado “*Nanotechnology and math deliver two-in-one punch for cancer therapy resistance*”, foi encontrado um novo método de encolhimento de tumores, o qual ainda impede a resistência em cânceros agressivos, ativando duas drogas dentro da mesma célula ao mesmo tempo (LQES NEWS, 2016a), utilizando-se de uma nanopartícula.

⁶ Uma pesquisa, que analisou mais de 10 mil publicações produzidas desde o ano 2000 examinou os efeitos na saúde humana ou pontos finais biológicos em animais ou culturas de células de diversos nanomateriais, tendo constatado que o número de estudos divulgados sobre o tema da segurança das nanotecnologias aumentou quase exponencialmente nos últimos 15 anos o número de artigos sobre nanotoxicologia. Apesar de terem sido encontrados apenas cerca de 200 documentos sobre o tema da “Nanomateriais: efeitos ambientais e de saúde” antes do ano 2000, esse número explodiu para mais de 10 mil desde 2001 até o início de 2014, período final de elaboração da bibliometria. A maioria desses estudos, no entanto, não oferece qualquer tipo de indicação clara sobre a segurança dos nanomateriais. Pelo contrário, a maioria deles são autocontraditórios ou chegam a conclusões completamente equivocadas (KRUG, 2014).

Mais recentemente, a nanotecnologia foi utilizada para analisar através do hálito, a detecção de câncer e outras 16 doenças, conforme matéria da LQES News (2017):

Os pesquisadores desenvolveram um dispositivo que utiliza nanopartículas para identificar 17 diferentes doenças, incluindo o câncer de pulmão e mal de Parkinson. Para isto basta você apenas soprar dentro do aparelho que analisa o ar com uma taxa de sucesso de 86%. O dispositivo pode, assim, permitir o acompanhamento regular da população e incentivá-la a realizar outros testes em caso de detecção positiva de uma das doenças abrangidas pelo aparelho. O dispositivo é interessante, pois não só é compacto, como também, usa um método de rastreamento não-invasivo permitindo, assim, promover a prevenção. O aparelho é capaz de localizar na respiração 13 moléculas encontradas em 8 tipos de câncer, doença de Crohn, doença de Parkinson, hipertensão pulmonar e outras doenças. Cada uma destas moléculas orgânicas voláteis está presente em quantidades variáveis no ar de exaustão, criando, assim, um tipo de assinatura, um ID de doença.

Entretanto, observa-se também o lado negativo das nanos, como por exemplo a capacidade de acumulação no meio ambiente⁷. A preocupação com este lado ainda nebuloso dos nanoprodutos fez com que o governo brasileiro, através do secretário de Desenvolvimento Tecnológico e Inovação do MCTIC, Álvaro Prata (LQES NEW, 2016b), discutisse a regulamentação destes produtos:

Ele observou, ainda, que a definição de critérios objetivos facilita não apenas o trabalho do regulador, que precisa conferir a ação e os efeitos adversos de cada item avaliado, mas também do agente inovador. 'O produtor vai ficar sabendo exatamente quais informações ele terá que apresentar para sua invenção ser aprovada. Isso vai acelerar todo o processo, o que trará muitos benefícios para o país, principalmente do ponto de vista econômico, já que queremos que as inovações se transformem em produtos comerciais', explicou. De acordo com Granjeiro, a principal preocupação está relacionada aos efeitos crônicos da nanotecnologia. 'Ainda é preciso realizar mais estudos sobre as consequências, tanto para as pessoas quanto para o meio ambiente, do uso continuado destes materiais'.

⁷ Para maiores informações ver a matéria sobre a ecotoxicidade do nanozinco no meio ambiente, em pesquisa realizada pela EMPA-Suíça (LQES NEWS, 2021).

Portanto, ao lado das possíveis benesses da tecnologia em nanoescala encontram-se os alertas de impactos no meio ambiente e na vida humana, o que causa preocupação. E diante este aspecto, necessário que sejam tomadas todas as medidas para que uma regulação seja efetivada, de maneira que seja apta a responder tais demandas complexas. A proteção da saúde ambiental como um todo deve permear as atitudes de todos os envolvidos no processo produtivo, tendo sempre como objetivo a prevenção de novos incidentes e a busca de uma maior qualidade de vida para todos.

Desta forma, tendo em vista a amplitude dos reflexos da revolução nanotecnológica nos mais diferentes campos da sociedade, optou-se pela abordagem específica do risco que permeia os nanomateriais, o que demonstra a imposição de regulação. Tal aspecto demonstra a inserção na complexa tarefa de diferenciar até que ponto a livre iniciativa do comércio e distribuição dos produtos poderá afetar futuramente a vida humana e meio ambiente, caso não tomadas medidas precaucionais. Assim, o bem maior passa a ser a segurança das novas gerações, o que gera a mistura entre o Público e o Privado, que mais adiante será apresentado, dentro do fenômeno da constitucionalização do direito privado.

Uma vez que não existe regulação específica sobre tal nova tecnologia, discute-se de que maneira tal tecnologia estará inserida no meio jurídico, já que é clara a preocupação do bem comum, que é a saúde humana e o equilíbrio do meio ambiente, o que desta forma permeia a discussão que se verá a seguir, na superação dos limites entre o direito público e direito privado. No mesmo sentido que a constitucionalização do direito privado promove a reinserção da flexibilização das normas, fazendo jus a utilização das cláusulas gerais, a regulação das nanotecnologias deverá acompanhar esta flexibilização, de forma que uma norma estanque e engessada jamais daria conta de prover respostas adequadas a tais demandas.

3 A ABERTURA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO PARA AS NANOTECNOLOGIAS E O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DAS DICOTOMIAS

Conforme apresentado anteriormente, as nanotecnologias inserem-se no conceito de inovação, onde surgem novas demandas originárias da complexidade desta tecnologia, e ainda desvelam-se novas preocupações e direitos que o meio jurídico tem o dever de dar suporte. São novos direitos, novas necessidades, que o Direito desatualizado e engessado em leis positivadas não conseguirá dar conta se não fizer uma releitura em suas bases e buscar uma resposta adequada. É nessa intersecção que se apresenta o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, enfrentando exatamente a superação das dicotomias impostas pelo positivismo, entendendo que atualmente questões anteriormente da esfera privada, agora podem estar na abrangência do direito público, dada a complexidade da sociedade.

Conforme discorre Tepedino (2003, p. XV) sobre o assunto, dada a crise das fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil em vigor, a própria doutrina precisa se empenhar em construir novas saídas, novos modelos, retirando do elemento normativo toda potencialidade, respeitando a Constituição, buscando assim a máxima eficácia social:

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República. Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva e servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não

percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional.

Uma das características apresentada pelo autor supra citado, e que se torna relevante na discussão deste estudo, é a adoção da técnica de cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais, introduzindo-se no código a função social da propriedade privada e da atividade contratual. A relevância apresentada é que estas cláusulas gerais revelam uma atualização em termos de técnica legislativa, contudo, exige-se todo cuidado do intérprete (TEPEDINO, 2003, p. XVIII).

Em códigos anteriores geravam certa desconfiança, dada a discricionariedade atribuída, a qual necessita de uma construção doutrinária capaz de atribuir um conteúdo menos subjetivo. Entretanto, este é o intuito da constitucionalização, retornando aos sentimentos, voltando-se aos direitos fundamentais, fazendo as devidas interpretações das cláusulas gerais com respeito aos ordenamentos constitucionais, levando em conta a transformação social e científica ocorrida. Encontra-se neste mecanismo uma alternativa e apoio nas novas demandas impostas pela sociedade da inovação, das novas tecnologias, como as nanos, tendo em vista que a legislação posta e estanque, que não acompanha a dinâmica acelerada destes produtos e os riscos dela originários, nunca será suficiente para dar respostas adequadas.

No que tange à superação das dicotomias, no Direito Privado Constitucionalizado, cumpre ressaltar que o direito privado, atualmente, contempla normas de ordem pública, bem como o direito privado contém preceitos de interesse geral, e por fim, os institutos de direito privado possuem marcada função social (LUDWIG, 2002). Então, imperativo que se refute a classificação “publicização do privado” e “privatização do público”, pois se assim entendido, estar-se-ia aceitando a perspectiva dicotômica combatida (LUDWIG, 2002, p. 98).

De certa forma, seria verificado uma supremacia do público sobre o privado (na publicização do privado), e na contramão, a supremacia do privado sobre o público (na privatização do público). Não é esta a finalidade, mas sim, criar mecanismos harmônicos de conciliação, pois dadas as complexidades observadas na atual sociedade, diversas vezes é difícil diferenciar o que é privado, e o que é público.

Verifica-se também a possibilidade de se falar em princípios gerais comuns tanto a atividade pública quanto a privada, muito embora não haja uma teoria geral sobre este assunto. Por outro lado, Estorninho afirma que o próprio direito positivo vigente não oferece uma regulamentação homogênea da atividade de direito privado da Administração Pública, o que frustra a individualização destes princípios. Vislumbra-se o esforço em entender novos modelos de ação administrativa a fim de compreender este novo fenômeno (ESTORNINHO, 2009).

Portanto, é imprescindível que se defenda no ordenamento jurídico o respeito à dignidade da pessoa humana e a observância dos direitos fundamentais arrolados na Carta Magna de 1988, unificando-se os dois ramos, tendo por base o renovado papel que se atribui à Constituição (LUDWIG, 2002; MORAES, 2017). Ademais, vale reforçar ainda que os direitos fundamentais geram efeitos *prima facie* no âmbito das relações privadas, o que, além de supor uma metódica diferenciada, também implica o reconhecimento de uma relação de complementaridade entre a vinculação dos órgãos estatais e vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais (SARLET, 2014). Neste cenário, pelo contexto histórico, verifica-se então o processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes de um corpo legislativo monolítico – chamado de monossistema – para uma realidade fragmentada, plural, com estatutos autônomos. Assim, o *códex* civil perdeu a capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, que se caracteriza pelo

aumento de leis tidas como autônomas, então chamados de microsistemas. Acrescenta-se ainda a incidência das normas supranacionais (tratados, convenções, pactos internacionais, dentre outros), que demonstra a crise de fontes normativas (TEPEDINO, 2000). Tepedino (2000, p. 5) questiona:

Afinal, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e do pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da proliferação desmesurada da produção legislativa estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar mecanismos de regulamentação.

Fica latente a necessidade de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos. E sem dúvida, no fenômeno da constitucionalização do direito privado, o retorno aos direitos humanos seria a espinha dorsal da produção normativa contemporânea (TEPEDINO, 2000).

Tepedino (2000, p. 10) ainda evidencia a importância do retorno aos sentimentos de Erik Jayme⁸, – quando reporta a utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como forma de adequação a esta nova realidade:

Torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à técnica narrativa, de algum modo à retórica e aos sentimentos (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo democraticamente os valores predominantes na realidade social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objetos do direito, multiplicam-se a cada momento.

⁸ Professor de Heidelberg, no curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia, sob o significativo título *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne*, sustentou a existência de uma “Cultura jurídica pós-moderna, caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos, cujo papel primordial seria dos direitos humanos” (TEPEDINO, 2000, p. 6).

O legislador atual, intérprete, e o aplicador do direito, tem a meta de compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes mais diversas, como as normativas, formais, informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extra codificadas, valendo-se de prescrições narrativas e analíticas, que consagra expressamente os critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, e todas as demais regras do sistema sejam interpretadas de maneira homogênea. Supera-se assim a antiga desconfiança gerada pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, do passado (TEPEDINO, 2000, p. 11).

Na mesma senda leciona Ludwig (2002) quando afirma que o modelo codificado, com pretensão de plenitude e exclusividade, dentro da visão dicotômica combatia, não mais atende aos anseios e novas demandas da sociedade, razão pela qual necessita-se de um código estruturalmente mais aberto aos valores do sistema, principalmente aos valores constitucionais. Por fim, Ludwig (2002, p. 114), acrescenta:

O código civil deve ser aberto, móvel, entremeado por cláusulas gerais, para que seus institutos jurídicos possam ser constantemente arejados pelos princípios constitucionais fundamentais; tal é o problema estudado pela disciplina impropriamente apelidada de 'direito civil constitucional'. Alcançado tal arranjo metodológico, temos então um direito privado como um sistema aberto.

Deve-se recuperar em outras diretrizes/normas a forma de superação da crise das fontes, sendo que as leis positivas e códigos fechados e ultrapassados já não mais dão conta desta nova realidade, sendo que o pluralismo ensejou a desconstrução deste sistema fechado (código), das categorias e dos institutos jurídicos, e inútil seria buscar recompor o sistema de um novo e unificado corpo legislativo. Afasta-se ainda o pretenso caráter abstrato do legislador e, no plano metodológico, as bases interpretativas meramente formais (TEPEDINO, 2000). Somente buscando a flexibilização

do sistema jurídico, adotando outras normas até mesmo as estranhas ao direito, ou utilizando as cláusulas abertas, de maneira responsável, e por fim absorvendo todo o conhecimento existente sobre as nanotecnologias em outras áreas da ciência, será viável construir respostas jurídicas adequadas à atual complexidade e suportar a sociedade na era de novos direitos.

3.1 A AFIRMAÇÃO DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES ATRAVÉS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: DA SUPERAÇÃO DAS DICOTOMIAS À VIABILIDADE DE UMA REGULAÇÃO APTA PARA A COMPLEXIDADE

Através dos pressupostos do movimento da constitucionalização do Direito Privado, que ganha força o Brasil a partir da Carta Magna de 1988, seria possível ainda promover a revisão das categorias pontesianas, realinhando-as ao “Diálogo entre as fontes do Direito”, como forma de atingir propostas de respostas e regulações aptas para suprir as novas demandas, de acordo com a lição de Engelmann (2010). Toda a obra de Pontes aborda com profundidade o Direito Privado, mas para dar continuidade a ela, deverá ser adaptada e atualizada, incorporando os movimentos atuais, em evidência a transformação científica.

Todos esses movimentos inéditos, antes sequer imaginados, requerem do Direito respostas inovadoras e sem precedente, com o devido planejamento, “*sob pena de se erigir um mundo nanotecnológico sem a sua participação*” (ENGELMANN, 2010, p. 290). Ressalta-se ainda que a rápida evolução social e a emergência de direitos não cabem mais no direito estanque, e por isto através da orientação projetada no “Diálogo entre as Fontes do Direito”, poderia aumentar o âmbito para além do texto da lei. Engelmann (2010) salienta que a utilização de outras fontes, primando pela pluralidade, com

ênfase na Constituição, daria conta da juridicidade produzida, superando os desafios impostos pela complexidade da sociedade pós-moderna:

Uma das características da visualização de uma pluralidade de fontes é considerar além da lei em seu sentido mais lato, com ênfase na Constituição da República, os princípios, a jurisprudência – notadamente aquela expressa em Súmulas e, mais recentemente, também as Súmulas Vinculantes, as decisões judiciais projetadas nos acórdãos dos Tribunais – a doutrina, os costumes, os contratos, o poder normativo dos grupos sociais, as decisões oriundas de negociação, mediação e arbitragem, as normas internacionais como o 'direito de produção' e a Lex mercatória, os Tratados e Convenções Internacionais, costumes internacionais e os princípios gerais do Direito Internacional. Esse conjunto é que se deverá considerar como a expressão 'Fontes do Direito' e é nele que se deverá potencializar o diálogo (ENGELMANN, 2010, p. 297-298).

Neste sentido que se relaciona com o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, onde se faz o retorno à valorização dos Direitos Humanos, do elemento humano, da substituição do conteúdo pela forma. De outra banda, este tema traz a ideia de transposição das fronteiras das ordens jurídicas nacionais, e que não se deve deixar de observar as vantagens de um diálogo cada vez mais aberto a modelos transnacionais e estruturas argumentativas de cunho universal, sendo que as soluções para problemas específicos devem levar em conta as circunstâncias e peculiaridades de cada ordem jurídica (CANARIS, 2014).

Ademais, o diálogo entre as fontes do Direito está em sintonia com as já explanadas transformações que o Direito Civil vem sofrendo, a partir da superação das dicotomias impostas no positivismo, entre “Direito Público” e “Direito Privado”, por meio do movimento da constitucionalização do Direito Privado, possibilitando uma melhor resposta jurídica, observando-se o caso concreto, e não somente a forma. Até mesmo a Constituição precisa dar espaço a contornos mais flexíveis – dada a atual tônica de flexibilidade, desenhado pelo constitucionalismo moderno para efetiva instalação dos direitos humanos –, tendo em vista a interface entre os sujeitos transnacionais

e a recuperação do papel e do lugar da Constituição e do Estado, buscando ainda a harmonização entre os diversos centros produtores normativos, provocados por estes outros locais de regulação (ENGELMANN, 2005).

É por todo o contexto apresentado, que a constitucionalização do direito privado supera a dicotomia entre público e privado, buscando a adoção de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras, mas que expressem a tábua de valores da sociedade, vinculados à Constituição (TEPEDINO, 2000). As cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea (TEPEDINO, 2003).

Tepedino (2003) reforça a mudança no papel da integração do sistema do Direito, bem como à atenção a certas cláusulas gerais:

De todo modo, cabe ao intérprete, e não mais ao legislador, a obra de integração do sistema jurídico; e esta tarefa há de ser realizada em consonância com a legalidade constitucional. No que concerne à parte geral, algumas cláusulas gerais utilizadas pelo codificador merecem especial atenção, relativamente à proteção dos direitos de personalidade e à boa-fé objetiva como cânone interpretativo (TEPEDINO, 2003, p. XXI).

Portanto, inserindo-se a questão das nanotecnologias (e suas demandas complexas) no espaço entre público e privado, vislumbra-se a ligação entre a constitucionalização do Direito, alicerçado no diálogo de Engelman (2010, p. 302):

Dada essa característica⁹ do Direito e a emergência de um espaço alternativo entre o público e o privado, especialmente a incorporação de vários temas ao contexto constitucional, o diálogo entre as fontes do Direito resta fortalecido pela constitucionalização do Direito, onde a Constituição ganha o

⁹ Remonta à dicotomia e a dinamicidade do Direito.

lugar principal, contendo princípios éticos fundamentais [...] Portanto, ao mesmo tempo que a constituição renova a relação entre o Direito Público e o Direito Privado, gerando o 'espaço público-social'; ela também sofre os reflexos desde novo trânsito jurídico trazido pelo diálogo entre as fontes do Direito.

Especificamente sobre as nanos, até o momento nenhuma metodologia foi alcançada a fim de fornecer respostas adequadas para nossos questionamentos, em relação aos possíveis efeitos dos nanomateriais sobre o meio ambiente e sobre a saúde humana. É primordial o cotejamento e relacionamento de demais áreas da ciência, promovendo então o diálogo, como em outras palavras, Engelmann (2014, p. 357) propõe:

A doutrina precisa reassumir o seu papel de promover a transformação ordenada nos significados dos modelos jurídicos; ressignificação. Por conta desses predicativos da Doutrina, pensa-se que ela estará em condições de assumir o papel de ponto de condução do fato nanotecnológico pelas diversas fontes de direito. O diálogo entre as mencionadas fontes do Direito, pois não se tem a pretensão de realizar uma apresentação exaustiva, deverá ser capitaneado pela Doutrina, percorrendo as demais fontes do Direito – tanto nacionais como internacionais (veja-se o quadro de agências e países acima explicitado) antes de mergulhar a resposta construída em dois filtros: a Constituição Federal e os Documentos Internacionais relativos aos Direitos Humanos.

Diante este contexto das nanotecnologias, será possível a adequação destas normas ao direito interno, devidamente filtrado pela constituição (ENGELMANN, 2015). Por outro lado, a estruturação para estas respostas não mais estará alicerçada somente na lei, mas na pluralidade aventada. A horizontalização terá passagem obrigatória pela Constituição (conforme acima explanado), tendo de ser vencido o filtro da constitucionalidade, que passará a representar o conformador suporte fático do Direito Civil Constitucionalizado, expresso pelo Direito Privado irrigado pelos reflexos do Direito Público (ENGELMANN, 2010, p. 302). Por derradeiro,

Veja que a produção dos efeitos jurídicos deverá ser perspectivada pelo individual e o coletivo e vice-versa, mas

sempre concomitantemente. Aí também a delimitação do espaço público-social que substituirá a visão dicotômica entre o Direito Público e o Direito Privado.

Desta maneira, ante o fenômeno da constitucionalização do direito privado, verifica-se a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, o que demonstra o progresso alcançado face a nova realidade da sociedade. Tendo em vista que se necessita respostas efetivas e aptas a responder às novas demandas, vislumbra-se a flexibilização do direito no sentido de utilizar de cláusulas abertas e o diálogo entre as fontes, como maneira de sanar esta lacuna, principalmente se inserirmos na conjuntura das nanotecnologias.

4 CONCLUSÃO

Presencia-se uma sociedade pós-moderna, com novos anseios e necessidades. Uma sociedade complexa que vivencia a era nanotecnológica, que pode oferecer extraordinárias promessas de benefícios e grandes avanços (sendo que alguns benefícios já são realidade, desfrutados pelos consumidores, como por exemplo, no caso de nanomateriais eficientes e mais leves, e protetores solares mais eficazes).

Entretanto, o alerta do risco das nanotecnologias e de possíveis danos à saúde humana e meio ambiente vêm de encontro aos benefícios, razão pela qual os cientistas vem buscando respostas a esta dúvida latente. Neste ínterim, não há qualquer regulação que possa guiar a utilização das nanotecnologias, desconsiderando alguns riscos apresentados em pesquisas, o que deixa a sociedade totalmente descoberta e vulnerável aos possíveis danos que esta nova tecnologia poderá causar às gerações futuras, dispensando qualquer atitude precaucional, inerente deste cenário.

Ademais, tendo em vista que se presencia uma série de novos direitos e demandas originárias da complexidade da era nanotecnológica, o Direito acaba tendo de responder a demandas antes sequer imaginadas, o que na conjuntura atual encontrada, não está apto a dar suporte. Acaba-se por observar também uma fusão ou enlaçamento entre questões de Direito Público e Direito Privado, o que vai ao encontro com a tentativa de superação das dicotomias impostas pelo positivismo, observada em outro fenômeno, chamado de Constitucionalização do Direito Privado.

É neste cenário que a Constitucionalização do Direito Privado acaba por se relacionar com as demandas nanotecnológicas, pois é necessário que se possibilite respostas adequadas (não só aos problemas das nanos, mas de outras necessidades apresentadas nesta nova sociedade), e constitucionais, a esta complexidade apresentada, buscando-se através do retorno aos sentimentos, dando ênfase aos direitos fundamentais protegidos na Constituição, um suporte e retorno.

Observa-se em paralelo a superação das dicotomias defendidas no positivismo, de maneira que fica claro a importância das duas searas do direito, público e privado, e que ambas trabalham em complementariedade, não havendo supremacia de uma sobre a outra. Na sociedade atual, constatam-se dificuldades em distinguir determinadas questões, se são públicas ou privadas, dada a complexidade. Uma vez que se lida com a dinâmica acelerada das novas tecnologias e outros questionamentos da sociedade pós-moderna, o Direito precisa reinventar-se, buscando saídas alternativas, como na utilização das cláusulas gerais, com uma interpretação responsável e hermenêutica, bem como ainda possa fomentar o “Diálogo entre as fontes do Direito”.

Engelmann (2010, p. 298) assim apresenta a proposta um diálogo entre as fontes do Direito, ao contrário (ou no mesmo sentido) do diálogo das fontes de Jayme, o diálogo entre as fontes do Direito é mais amplo, pois esse diálogo ainda tem como objetivo salvar uma das normas em conflito. Ou

se a, “[...] propõe um efetivo diálogo, que não exige necessariamente apenas a interlocução de duas fontes, mas uma efetiva reordenação das diversas fontes de onde emergem normas jurídicas”.

A solução aqui é ordená-las de forma horizontal (uma ao lado da outra) e não mais verticalizada na forma de um modelo escalonado em pirâmide, proporcionando, assim, a abertura do ordenamento jurídico para uma pluralidade de fontes a fim de que estas incorporem o lugar da lei na caracterização do suporte fático, tendo a Constituição como principal filtro (ENGELMANN, 2010).

Por derradeiro, o diálogo entre as fontes do Direito está em sintonia com as já explanadas transformações que o Direito Civil vem sofrendo, a partir da superação das dicotomias impostas no positivismo, entre “Direito Público” e “Direito Privado”, por meio do movimento da constitucionalização do Direito Privado, possibilitando uma melhor resposta jurídica, observando-se o caso concreto, e não somente a forma.

Até mesmo a Constituição precisa dar espaço a contornos mais flexíveis – dada a atual tônica de flexibilidade, desenhado pelo constitucionalismo moderno para efetiva instalação dos direitos humanos –, tendo em vista a interface entre os sujeitos transnacionais e a recuperação do papel e do lugar da Constituição e do Estado, buscando ainda a harmonização entre os diversos centros produtores normativos, provocados por estes outros locais de regulação.

Nesta senda, utilizar outras fontes, formais e informais, nacionais, supranacionais, num movimento horizontalizado de hierarquia, permitindo a complementariedade destas fontes alternativas, que ao mesmo tempo, vão ao encontro dos direitos humanos. Tendo em vista que respostas efetivas e aptas para dar conta destas novas demandas são necessárias, e atualmente cobradas do Direito, vislumbra-se a flexibilização do sistema jurídico no sentido de utilizar-se de cláusulas abertas e do diálogo entre as fontes, como maneira de sanar esta lacuna, principalmente se inserirmos na conjuntura

das nanotecnologias, o que é permitido ainda pela abertura do fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado.

REFERÊNCIAS

ABDI. **Cartilha sobre nanotecnologia**. Brasília: ABDI, 2010. Disponível em: http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwn_L1296148052.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

ABDI. **Nanotecnologia na área da saúde: mercado, segurança e regulação**. 2012. Disponível em: <http://www.abdi.com.br/Estudo/GUTERRES%20E%20POHLMANN%20APRESENTACAO%20FINAL%20corrigida.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ACTION PLAN NANOTECHNOLOGY 2020. **An inter-departmental strategy of the Federal Government. Alemanha**. Out. 2016. Disponível em: https://www.bmbf.de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRITTO, R. S. et al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C60 and fullerol C60 (OH)18-22 on gills of fish *Cyprinus carpio* (Cyprinidae) exposed to ultraviolet radiation. **Aquatic Toxicology**, p. 114-115, 2012. Disponível em: www.elsevier.com/locate/aquatox. Acesso em: 10 abr. 2021.

CANARIS, C.-W. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

ENGELMANN, W. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, J. L. B. (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 225-272.

ENGELMANN, W. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do Direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, A. L. et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, Porto Alegre, n. 7, p. 289-308, 2010.

ENGELMANN, W. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. *In*: ENGELMANN, W.; SPRICIGO, C. M. (org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina: desafios do século XXI**. Curitiba: Multideia, 2015. p. 105-122.

ENGELMANN, W. O direito das nanotecnologias e a (necessária) reconstrução dos elementos estruturantes da categoria do “direito subjetivo”. *In*: ENGELMANN, W.; ROCHA, L. S.; STRECK, L. L. (org.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2014. p. 339-359.

ENGELMANN, W. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. *In*: CALLEGARI, A. L.; ROCHA, L. S.; STRECK, L. L. (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 339-363.

EPA. **Agrees-to-regulate-novel nanotechnology-pesticides-after-legal-challenge**. Disponível em: <http://www.centerforfoodsafety.org/press-releases/3817/epa-agrees-to-regulate-novel-nanotechnology-pesticides-after-legal-challenge>. Acesso em: 10 abr.2021.

ESTORNINHO, M. J. Implicações: as fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado. *In*: ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 139-158.

EUROPEAN COMMISSION. **High-level expert group on key enabling technologies**. Final Report, June 2015. Disponível em: http://ec.europa.eu/growth/industry/key-enabling-technologies/european-strategy/high-level-group/index_en.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

EUROPEAN UNION, 2016. **The European Commission’s science and knowledge service**. Annual Report 2015. Disponível em: file:///C:/Users/daniele/Downloads/lbna27501enn_new_2.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

FARIA COSTA, J. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERREIRA, J. L. R. et al. Co-exposure of the organic nanomaterial fullerene C60withbenzo[a]pyrene in Danio rerio (zebrafish) hepatocytes: Evidence of toxicological interactions. **Aquatic Toxicology**, v. 147, p. 76-83, 2014. Disponível em: www.elsevier.com/locate/aquatox. Acesso em: 10 abr. 2021.

FRANZIUS, C. Autorregulación regulada como estrategia de coordinación. *In*: GARDELLA, M. et al. **Estrategias del derecho ante la Incertidumbre y la globalización**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

HOHENDORFF, R. V.; ENGELMANN, W. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil**: a gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá, 2014.

HOHENDORFF, R. V. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. *In*: ENGELMANN, W.; WITTMANN, C. (org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí, Paco Editorial: 2015. p. 9-47.

HORIZON 2020 em breves palavras: O programa-quadro de investigação e inovação da EU. Disponível: https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

INTERAÇÕES FATAIS. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2014/12/29/interacoes-fatais/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

KRUG, H. F. Nanosafety research – are we on the right track? **Angewandte Chemie International Edition**, v. 53, p. 12304-12319, 2014.

LIMA, E. G. **Nanotecnologia**: biotecnologia e novas ciências. 1. ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2014.

LQES NEWS. Boletim. **How nanoparticles flow through the environment**. Disponível em: http://www.lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2016/lqes_news_novidades_2055.html. Acesso em: 10 abr. 2021.

LQES NEWS. Boletim. **Ministério discute a regulamentação de produtos oriundos de nanotecnologia**. 2016b. Disponível em: http://lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2016/lqes_news_novidades_2152.html. Acesso em: 10 abr. 2021.

LQES NEWS. Boletim. **Nanotechnology and math deliver two-in-one punch for cancer therapy resistance**. 2016a Disponível em: http://www.lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2016/lqes_news_novidades_2074.html. Acesso em: 10 abr. 2021.

LQES NEWS. Boletim. **Nanotecnologia: análise do hábito para detectar câncer e outras 16 doenças**. 2017. Disponível em: http://www.lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2017/lqes_news_novidades_2187.html. Acesso em: 10 abr. 2021.

LUDWIG, M. C. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, J. (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 87-117.

MORAES, M. C. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/porta/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2021.

NIOSH. **Building a safety program to protect the nanotechnology workforce: a guide for small to medium-sized enterprises**. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, DHHS (NIOSH), Publication nº 102, 2016. Disponível em: <https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

NPD. **Produtos**. Disponível em: <http://product.statnano.com/>. Acesso em: 21 abr. 2021.

OGLIARI DAL FORNO, G. Intraperitoneal Exposure to Nano/Microparticles of Fullerene (C60) Increases Acetylcholinesterase Activity and Lipid Peroxidation in Adult Zebrafish (Danio rerio) Brain. **BioMed Research International**. [S. l.], v. 2013, maio 2013.

SARLET, I. W. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. *In*: GRUNDMANN, S. et al (org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 57-89.

TEPEDINO, G. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, G. (coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva Civil-Constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XV-XXXIII.

TEPEDINO, G. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, G. (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

THE CONVERSATION. **A guide to the nanotechnology used in the average home**. Jul. 2016. Disponível em: <http://theconversation.com/a-guide-to-the-nanotechnology-used-in-the-average-home-59312>. Acesso em: 10 abr. 2021.

WITTMANN, C. Autorregulação e nanotecnologias: da fragilidade do Estado para o além dele. *In*: ENGELMANN, W.; WITTMANN, C. (org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 79-106.

DEVANEIOS DE ÍCARO: UMA REFLEXÃO LIGEIRA ACERCA DE INCONGRUÊNCIAS VIVIFICADAS PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA¹

Marcos Catalan

*Voar, voar
Subir, subir
Ir por onde for
Descer até o céu cair
ou mudar de cor
Anjos de gás
Asas de ilusão*

Tem sido afirmado que a Lei da Liberdade Econômica buscou regradar a atuação estatal recorrendo à imposição de níveis de intervenção mais racionais e eficientes² que os praticados, até então, pelo Estado brasileiro enquanto agente ordenador e regulador da atividade econômica (LOUREIRO, 2019, p. 97)³ e, ainda, que a *desburocratização* e a *intervenção mínima* por meio dela incorporadas ao direito pátrio vieram em momento bastante oportuno, entre outros motivos, por conta das excessivas exigências que seriam impostas pelos agentes públicos aos empresários que buscam produzir, fabricar, importar, distribuir ou, ainda, comercializar⁴ produtos ou serviços que crescem em complexidade por conta da tecnologia disruptiva (ZAGO, 2019).

¹ Estas reflexões emergem entremeio às sístoles e diástoles que movimentam o projeto de investigação científica Proteção do consumidor à deriva: uma tentativa de aferição do estado da arte, na tutela jusconsumerista, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça financiado pelo CNPq (407142/2018-5).

² Leia-se, menores, mais brandos.

³ Continua o autor, afirmando que “não por acaso, parece-me evidente que os princípios previstos pelo artigo 2º da LLE são muito mais uma reafirmação de preceitos basilares do direito administrativo, sobretudo no campo da interação entre o Estado e o particular” (LOUREIRO, 2019, p. 97).

⁴ A relação de ações aqui listada é apenas exemplificativa e, obviamente, não esgota o universo de possibilidades que as contém.

A edição de padrões normativos com o escopo de uniformizar o exercício de dois dos mais importantes papéis atribuídos ao Estado Democrático de Direito no que toca à condução da ordem econômica é iniciativa deveras louvável, até porque, a referida ação – ao menos, potencialmente – impulsiona a concreção da igualdade prometida a todos os que vivem no Brasil naquele tão longínquo quanto saudoso ano de 1988.

Engana-se [entretanto] quem acha que a Lei da Liberdade Econômica pode ser interpretada como excludente da atuação do Estado na economia. Essa continuará a existir, seja como agente econômico, seja no exercício de seu papel ordenador e regulador, que continuam assegurados pela ordem econômica prevista na Constituição e que encontram, na própria Lei da Liberdade Econômica, garantias da sua manutenção (LOUREIRO, 2019, p. 97).

É exatamente nesse ponto que a delicadeza da poesia de Biafra – lapidada ao longo das linhas que inauguram este texto – ao lado do universo de possibilidades semióticas esboçadas a partir do sonho de Ícaro foram fundidos às reflexões alinhavadas ao largo da próxima dezena de páginas.

Em um primeiro momento, tais figuras reenviam aos derradeiros instantes de um ser mitológico que, tomado pela mais plena, cabal e profunda sensação de liberdade, desprezou os conselhos dados por Dédalo para que não voasse alto demais e com isso consentisse que o sol derretesse a cera usada para unir fios e penas criando as asas que permitiriam, a ambos, a fuga da ilha de Minos (BULFINCH, 2006).

O recurso à figura mitológica busca explicitar, outrossim, a excessiva sensação de liberdade que pulsa na intertextualidade da Medida Provisória⁵ e, é evidente, da Lei que a sucedeu com alguns cortes, alterações e inúmeros enxertos durante a sua breve tramitação no Congresso Nacional e, como isso,

⁵ Sobre o tema nos seja permitido enviar o leitor a: Catalan (2019). O texto contém críticas à MP 881 que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e antecedeu a Lei 13.874/2019.

estimular a percepção de que ela parece vibrar na mesma frequência que movimentara o coração daquele Ícaro que descobrira ser capaz de voar, e que, obnubilado pela fantasia de liberdade irrestrita e não situada, desprezou a pré-existência de regras a serem respeitadas.

Figura 1 – A queda de Ícaro, Marc Chagall, 1975



Fonte: Centre Pompidou, Paris, França (ARTSDOT.com, 2020).

Enfim, a conexão que se busca hermeneuticamente criar por meio da alusão aos devaneios de Ícaro os relaciona à inobservância⁶ de pelo menos quatro incongruências que impedem a recepção – ao menos, de parte dela – da Lei da Liberdade Econômica, aspectos que, curiosamente, não parecem estar sendo adequadamente problematizados pela literatura jurídica brasileira.

⁶ A afirmação tem por lastro tanto nossa percepção da Lei como os textos escritos até o momento acerca do assunto que foram publicados sob a forma de livros ou artigos em revistas científicas.

A primeira incongruência percebida está atada à inequívoca percepção da insustentável ancoragem da autonomia privada a um contexto histórico e sociojurídico há algum tempo superado.

O referido princípio – eixo gravitacional da liberdade negocial – segue a ser delineado de forma (a) a explicitar arredia independência à intervenção alheia (OST, 2018), bem como, (b) a desprezar importantes aspectos empíricos que indelevelmente condicionam o exercício de liberdades (PEDROSA, 2019) negociais e (ou) existenciais, negando o fato de que

[...] a verdadeira natureza do ser humano constitui-se a partir de sua interação com outros humanos. O sujeito não existe fora desse contexto. A capacidade das pessoas para a linguagem, a memória e a consciência são continuamente desenvolvidas a partir do atuar com o outro. É por isso que o exercício da autonomia somente faz-se possível no contexto relacional (PEDROSA, 2019, p. 377-378).

É passado o momento de aceitar que o exercício das mais distintas liberdades não pode ser pensado como algo apartado dos influxos que emanam da alteridade que as funda e legítima. Alteridade, aliás, semanticamente significada neste texto não como mera “justaposição de espaços reciprocamente delimitados”, mas como *lócus* que permite a intersecção de vidas livres, mesmo porque, “não se é livre sozinho” (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 342).

Ainda mais saliente é o problema atado ao mapeamento de que o ideal de segurança jurídica segue a ser compreendido – registre-se aqui, *equivocadamente* compreendida – a partir de uma perspectiva estática, portanto, como algo intimamente ligado à escoreita ou à inadequada prática da subsunção, fenômeno que parece derivar de leituras forjadas em algum instante temporal delineado entre a criação da Escola da Exegese e a platônica secção moldada entre *Sein* e *Sollen* (CAENEGEM, 2000).

A reprovação dos raciocínios havidos nesse contexto encontra lastro (a) na *leitura crítica* de críticas imprecisamente direcionadas aos princípios no Estado Democrático de Direito (BONAVIDES, 2010) e que quase sempre atribuem a tais estruturas semanticamente abertas a responsabilidade por problemas que são afetos, em verdade, ao seu mal uso⁷ e, ainda, (b) na incontestável incompreensão do estado da arte no tratamento de um tema que só pode ser adequadamente trabalhado quando conduzido pelos influxos que emanam da indeterminação da linguagem, do respeito ao dever de coerência e da valorização da derrotabilidade normativa (ARNT RAMOS, 2019)⁸.

Segurança jurídica é princípio jurídico fundante que não se questiona na comunidade especializada, embora vez ou outra apareça como suscetível de temperamentos em prol da realização da justiça. Seus sentido e alcance, todavia, se perdem nos horizontes desbravados pelas democracias constitucionais. Isso, sobretudo, pela confluência das quatro viragens que marcam sua instauração no mundo ocidental: (i) a emergência dos enunciados normativamente indeterminados, em detrimento das pretensões arrogantes da redução do Direito a sistemas de regras; (ii) a simbiose entre Direito interno e Direito internacional, especialmente em matéria de Direitos Humanos, a abalar a continência imediata do Direito ao Estado; (iii) a releitura e o alargamento do princípio da igualdade, que rompe com as amarras de sua concepção apenas formal para alçar voos rumo à substancial, no bojo do que se convencionou chamar caminhada do sujeito à pessoa; (iv) a recalibragem das relações entre legislação e jurisdição, a redimensionar a primazia daquela na dicção do Direito e a impor um consequente repensar da ideia moderna de separação de poderes (ARNT RAMOS, 2019, p. 192).

Talvez possa ser dito, ainda, mesmo que evidentemente o argumento corte essa discussão de forma transversal, que

⁷ Percebida, por exemplo, em: Maia (2019, p. 7).

⁸ “A tese da segurança como coerência rompe, então, com as amarras da certeza da Lei (segurança jurídica formal), ao arrostar a indeterminação não como uma qualidade imponderável da linguagem jurídica, mas como uma característica as vezes desejada ou desejável. Não bastasse, o trânsito por estudos contemporâneos a respeito de técnicas legislativas e da interpretação aplicação do Direito acusam que os enunciados indeterminados têm o condão de prover maior segurança jurídica que os pretensamente determinados, particularmente na disciplina de temas complexos e cambiantes” (ARNT RAMOS, 2019, p. 194).

[...] a opacidade do Direito [...] longe de ser um acidente ou acaso, um problema instrumental suscetível de solução com reformas oportunas, alinha-se como uma demanda objetiva de funcionamento do sistema [...] com a finalidade de legitimar [e] reproduzir as dadas formas de dominação social (CÁRCOVA, 1988, p. 165).

De algum modo ligado a essa questão, a terceira incongruência provocada pelo advento da Lei da Liberdade Econômica tangencia o fato de que “as declarações de natureza político-ideológica” nela contidas “afastam-se da arquitetura [jurídica] constitucional” (GEDIEL; CORRÊA, 2019, p. 346) brasileira por conta de seu viés explicitamente neoliberal (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 7), transcendendo “os contornos delineadores do Estado Democrático de Direito” e, evidentemente, afetando a harmonia projetada pelo artigo que versa sobre os princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal (CATALAN, 2019, p. 9).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos [uma] existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

E mesmo quando se recorre a lentes que permitem entender que “governar não é governar *contra* a liberdade ou a *despeito* da liberdade, mas governar *pela* liberdade” (DARDOT, 2016, p. 19) e, ainda, que a Lei da Liberdade Econômica abertamente tenha buscado assegurar liberdades concretas em favor dos seus destinatários – os agentes econômicos –, não se pode olvidar que: (a) o exercício da livre iniciativa não pode sacrificar direitos

fundamentais historicamente conquistados, (b) a defesa do Estado Mínimo, no Brasil, é insustentável enquanto viger a Constituição e, enfim, (c) o modelo desenhado pelo artigo 170 da Constituição Federal está muito mais próximo da racionalidade ordoliberal (DARDOT, 2016) que das premissas neoliberais que informam a recente criação legislativa.

E mesmo que André-Jean Arnaud tenha deixado importantes pistas acerca do fato de que “a despeito das grandes declarações sobre a Democracia e o necessário respeito aos Direitos Humanos” a pessoa deixou de ocupar o centro da regulação jurídica ao ser substituída pelo mercado em um ambiente nitidamente neoliberal (ARNAUD, 2008), no Brasil, solidariedade social e vidas dignas são direitos prometidos a todos e, em tal contexto, quaisquer regras que de alguma forma dificultem ou impeçam o acesso ao compromisso social normativamente forjado na Carta Magna são, notadamente, inconstitucionais.

No mais, a defesa da máxima *in dubio pro libertatem* estruturada a partir do recurso a argumentos soterrados por ocasião da transição do Medievo para a Modernidade também ignora que uma Constituição, para muito além de um “documento de organização do Estado e limitador dos seus poderes de modo a proteger um direito que lhe é antecedente” (ACCIOLY, 2019, p. 41), “expressa seu povo, suas crenças e certo programa político” (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 220).

Os argumentos colacionados reforçam a percepção de que “a livre iniciativa – ela própria, de alta reputação na Constituição – não é irrestrita” ao dividir o protagonismo que possui na ordem econômica com outras relevantes pautas normativas dentre as quais podem ser listadas a “valorização do trabalho” e “a defesa do consumidor”. É possível enfatizar ademais e “com rara felicidade” que a necessidade de respeito à função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais

possam ser situadas “na base de alguma teoria liberal relevante” (LOUREIRO, 2019, p. 89).

Criada nesse contexto, a Lei da Liberdade Econômica – ao menos, boa parte dela – emerge, assim, como notável exemplo de estratégia estratégica e intencionalmente dissimulado entremeio às sombras da normalidade (STENGERS; PIGNARRE, 2017, p. 66)⁹ utilizado em mais uma tentativa de afastar o fato de que o Direito deve servir à pessoa, não o contrário (FACHIN, 2000).

Enfim, o último aspecto a exigir alguma atenção por parte da literatura jurídica toca profundamente uma das premissas fenomênicas fundantes da alteração legislativa promovida pela Lei da Liberdade Econômica estando alocado na perfídia e recorrente afirmação de que “o agente econômico é ativo e probo, habituado ao mercado no qual atua” (FORGIONI, 2019, p. 372).

A fantasiosa premissa precisa ser refutada – em especial – por ter sido identificado que em seu ventre foram gestadas impactantes alterações no âmbito da codificação civil brasileira que dizem respeito tanto a interpretação dos contratos¹⁰ como, em uma perspectiva um pouco menos preocupante, ante a sua baixa densidade concreta, a restrições a revisão dos negócios jurídicos (CATALAN, 2019).

⁹ Os comportamentos que estimula, raramente, “*se imponen inmediatamente a nivel global, sino que son fruto de fabricaciones pacientes en pequeña escala, de experimentaciones precavidas, porque siempre se trata de capturar sin alertar demasiado [...]*” (STENGERS; PIGNARRE, 2017, p. 66).

¹⁰ Art. 113. [...] § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; [...] V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei (BRASIL, 2002).

Como podem intuir mesmo os mais castos leitores, em raras ocasiões a dogmática do direito privado esteve tão distante da fenomenologia das relações sociais. Dados apontam que a taxa de mortalidade das empresas¹¹ com menos de um ano de existência gira em torno de 15% (SILVEIRA, 2018) e, ainda, que perto de 25% delas encerrarão as suas atividades antes de celebrarem dois anos de vida (BEDÊ, 2016, p. 75-76). Eles revelam, ademais, “mais de 60% das empresas fecharão as suas portas” (VILLAS BÔAS, 2017) sem completarem o primeiro lustro e, com requintes de crueldade, que 90% das empresas não estarão operando ao final de uma década de história (ALBUQUERQUE, 2013).

Os estudos mostram que não existe um fator específico que possa ser responsabilizado isoladamente pelo encerramento precoce das atividades de uma empresa, entretanto é possível perceber que os fatores associados à mortalidade são bastante interligados e dependem em grande parte da atuação do empreendedor, que tem uma tendência a influenciar sobremaneira no desempenho da empresa [...] (FERREIRA et al., 2012, p. 817).

Como se percebe, não basta supor a liberdade e a igualdade das personagens econômicas sem que se verifique, de forma minudente e em concreto, as circunstâncias fáticas às quais estavam circunscritas, até porque, a autodeterminação possui caráter fundante e legitimador do exercício da autonomia privada (PEDROSA, 2019), o que reforça a constatação de que o empresário – agente econômico e, antes disso, ser humano –, pode ser probo, mas, certamente, não tem como ser abstratamente qualificado como uma personagem ativa – característica, aliás, desmentida pelos estudos comportamentais (KAHNEMAN, 2012) –, tampouco, conhecedora dos mercados em que atua.

¹¹ Permita-nos o leitor o recurso à metonímia.

No mais, é preciso ter em mente que dar livre curso ao desenvolvimento 'espontâneo' não cria as condições da liberdade. A 'mão invisível' acaba por desembocar em um monopólio absoluto ou na guerra de todos contra todos, não na harmonia (JAPPE, 2013).

*Fugir meu bem
Pra ser feliz
Só no pólo sul
Não vou mudar
Do meu país
Nem vestir azul*

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, J. U. Hermenêutica *pro libertatem*. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

ALBUQUERQUE, A. F. **Fatores de mortalidade de pequenas empresas**: análise de empresas do setor varejista a partir do ciclo de vida organizacional. 2013. (Tese) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2013.

ARNAUD, A.-J. Pode o direito negar a natureza? In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARNT RAMOS, A. L. **Segurança jurídica e enunciados deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 2019. (Tese) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

ARTSDOT.com. **A queda de Ícaro**. Disponível em: <https://pt.artsdot.com/@/8XYH8X-Marc-Chagall-a-queda-de-%C3%ADcaro>. Acesso em: 21 fev. 2020.

BEDÊ, M. A. **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília: Sebrae, 2016.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 9 set. 2021.

BULFINCH, T. **O livro de ouro da mitologia**: histórias de deuses e de heróis. 34. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

CAENEGEM, R. C. V. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÁRCOVA, C. M. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1988.

CATALAN, M. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica, **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 2, p. 7-14, 2019.

DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. A Constituição na sala de espelhos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 108, n. 1000, p. 215-226, fev. 2019.

FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA, L. F. F. *et al.* Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas da cidade de São Paulo. **Gestão & Produção**, São Carlos, v. 19, n. 4, p. 811-823, 2012.

FORGIONI, P. A interpretação dos negócios jurídicos II. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

GEDIEL, J. A. P.; CORRÊA, A. E. Interpretações. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

JAPPE, A. **Conferências de Lisboa**. 1. Ed. São Paulo: Hedra, 2013.

KAHNEMAN, D. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LOUREIRO, C. S. Princípios na lei de liberdade econômica. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

MAIA, R. Prefácio. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

OST, F. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 6, n. 1, p. 93-115, maio 2018.

PEDROSA, L. La autonomía privada y la libertad contractual: evolución conceptual y análisis de las recientes alteraciones en el código civil brasileño. **Revista Critica de Derecho Privado**, Montevideo, n. 16, p. 367-393, 2019.

PIANOVSKI RUZYK, C. E. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SILVEIRA, D. Por três anos seguidos, Brasil fecha mais empresas do que abre, diz IBGE. **G1**, Rio de Janeiro, 3 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/03/por-tres-anos-seguidos-brasil-fecha-mais-empresas-do-que-abre-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 21 fev. 2020.

STENGERS, I.; PIGNARRE, P. **La brujería capitalista**. Buenos Aires: Hekht, 2017.

VILLAS BÔAS, B. Maioria das empresas fecha as portas após cinco anos, diz IBGE. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 4 out. 2017. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2017/10/04/maioria-das-empresas-fecha-as-portas-apos-cinco-anos-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ZAGO, M. F. Abrangência federativa. *In*: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; LEONARDO, R. X. (org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA APLICADA À PESSOA COM AUTISMO: LIMITES ENTRE PROTEÇÃO E AUTONOMIA

Denner Pereira da Silva
Alexandre Barbosa da Silva

Resumo: A pessoa com Transtorno do Espectro Autista apesar de sua presumida capacidade a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, poderá ser representada ao completar a maioridade civil, tanto para preservar seus direitos quanto para dar segurança jurídica à terceiros de boa-fé. A presente pesquisa se justifica para análise dos limites dessa representação por meio dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiados, a fim de garantir o desenvolvimento da pessoa no espectro com a maior autonomia possível e com a segurança jurídica necessária à sua condição.

Palavras-chave: Capacidade Civil. Transtorno do Espectro Autista. Representação. Curatela. Tomada de Decisão Apoiada.

Abstract: *The person with Autism Spectrum Disorder, despite your presumed capacity after the implementation of the Disabled Person Statute, can be represented when complete the adulthood, both to preserve their rights and to provide legal certainty to bona fide third party. The present research is justified to analyze the limits of this representation through the curatorship institutes and supported decision-making, to guarantee the development of the person in the spectrum with the greatest possible autonomy and with the necessary legal security to their condition.*

Keywords: *Civil Capacity. Autism Spectrum Disorder. Representation. Curatorship. Supported Decision Making.*

1 INTRODUÇÃO

Até o final do ano de 2015 eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil as pessoas adultas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos, garantindo-lhes proteção. A partir de 2016, essas mesmas pessoas passaram a ter plena capacidade, conferindo a elas autonomia. Eis a entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Partindo do pressuposto de que todos têm capacidade civil, inclusive as pessoas com deficiência, como afirmar que um ato da vida civil foi tomado em razão da deficiência e não por que seria a “vontade real” da pessoa? Pessoas, com ou sem deficiência, tomam decisões difíceis ao longo de sua existência: se constitui um matrimônio ou não, se financia um imóvel ou celebra um contrato de aluguel, se terá filhos biológicos ou adotará uma criança, se abre uma empresa, se deixa um testamento etc.

A regra anterior do regime das incapacidades era abstrata e generalizava a condição da deficiência mental, ao passo que independentemente do grau patológico, lhe era imposto o rótulo de absolutamente incapaz, subestimando suas potencialidades.

O grande desafio do Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto à capacidade civil é oferecer na mesma intensidade autonomia e proteção. Tal missão se torna ainda mais difícil quando a deficiência da pessoa é diretamente relacionada a sua dificuldade de interação social, isto é, de expressar a sua vontade à terceiros, como no caso das pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA).

Quando a plena capacidade for discutível, as ferramentas para a busca deste senso são a curatela e a tomada de decisão apoiada, cada qual

com sua importância e com aplicabilidade distinta na busca pela esperada proporcionalidade.

2 AS ESFERAS DA CAPACIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A personalidade surge do nascimento com vida e termina com a morte, extremos da vida e marcadores da individualidade. O que merece destaque é a diferença entre a capacidade de direito e a capacidade de fato (LIMONGI, 2018).

Bevilaqua (1908, p. 84 *apud* LIMONGI, 2018) sustentava que ser capaz é ter aptidão para exercer por si os atos da vida civil, o que os civilistas definem como capacidade de fato, isto é, aquele que não precisa de assistente ou representante. A capacidade de direito, por sua vez, seria a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem, ou seja, por meio de assistência ou representação.

O Código Civil não traz qualquer outro requisito para uma pessoa ter capacidade de direito, a não ser o nascimento com vida. A Lei em vez de listar os requisitos para a capacidade, em realidade aplica técnica diversa, diz quem são os que não possuem capacidade de fato, isto é, quais são os incapazes.

O regime das incapacidades priva a pessoa do livre consentimento, na medida que o condiciona à assistência ou a representação para a prática de atos da vida civil (SCHREIBER *et al.*, 2019).

Com o notório objetivo de dar mais autonomia às pessoas com deficiência, consagrando os direitos e garantias individuais previstos nos incisos do art. 5º da Constituição da República de 1988, o art. 3º do Código Civil foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei n. 13.146/2015, no sentido de excluir do rol de absolutamente incapazes de

exercerem os atos da vida civil aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

Apesar da significativa mudança da Lei Civil em 2015, França e Silva (2018, p. 134) defendem que a capacidade de fato da pessoa com deficiência é reconhecida no país desde 25 de agosto de 2009, quando entrou em vigor o Decreto n. 6.949/2009, que promulgou a Convenção de Nova York, com natureza jurídica de Emenda à Constituição (art. 5º, § 3º, da Carta Magna) e em seu art. 12.2, afirma que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Na prática, a Convenção inicia uma mudança de paradigma, pois altera a percepção tradicional sobre a pessoa com deficiência, possibilitando que elas deixem de ser vistas como alvo de caridade. É consolidado o entendimento de que a pessoa com deficiência é sujeito de direito, capaz de reivindicá-lo e tomar decisões para sua vida com base em seu consentimento livre e esclarecido, como membro ativo da sociedade (SILVA, 2019).

Atualmente, portanto, apenas os menores de 16 (dezesseis) anos são incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, sendo nulos os atos por elas praticados sem representação. Nesse sentido, inexistem pessoas maiores de 18 (dezoito) anos que sejam presumidamente incapazes no Brasil, muito menos aqueles com qualquer tipo de deficiência.

A regra anterior, por ser abstrata, acabava generalizando a condição da deficiência mental, ao passo que independentemente do grau patológico, se leve, médio ou severo, lhe era imposto o rótulo de incapaz, culminando com o resultado agressivo de um processo de interdição, restringindo as escolhas íntimas e patrimoniais da pessoa com deficiência.

O Superior Tribunal de Justiça é claro ao interpretar a referida alteração legislativa que o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez no Código Civil,

sustentando que a condição de deficiência não implica na “automática” limitação da capacidade civil:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CITAÇÃO EM NOME DE INCAPAZ. INCAPACIDADE DECLARADA POSTERIORMENTE. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. INTERVENÇÃO DO MP. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI N. 13.146/2015. DISSOCIAÇÃO ENTRE TRANSTORNO MENTAL E INCAPACIDADE. 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, caracterizada pelo fato de que ela não cria a incapacidade, mas sim, situação jurídica nova para o incapaz, diferente daquela em que, até então, se encontrava. 2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos ex nunc. Precedentes. 3. Quando já existente a incapacidade, os atos praticados anteriormente à sentença constitutiva de interdição até poderão ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença, devendo, para tanto, ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, com demonstração de que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização do ato a ser anulado. [...] 6. Na espécie, é fato que, no instante do ajuizamento da ação de rescisão contratual, não havia sido decretada a interdição, não havendo se falar, naquele momento, em interesse de incapaz e obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público. [...] 8. Nos termos do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146 de 2015, pessoa com deficiência é a que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º), não devendo ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (conforme os arts. 6º e 84). 9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir. 10. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1694984/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 14-11-2017, DJe 1º-2-2018) (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Houve, então, mudança de paradigma do modelo médico para o modelo social para conceituar as pessoas com deficiência no Brasil, de modo que não se podem considerar apenas critérios meramente técnicos e funcionais, mas deve-se ter em consideração o meio onde a pessoa está inserida (LOPES, 2016).

O modelo social da deficiência é o que mais se adapta ao movimento de inclusão, pois focaliza os ambientes e barreiras incapacitantes da sociedade, por meio de eliminação das barreiras urbanísticas, arquitetônicas, tecnológicas, de transportes, comunicação e informação e, sobretudo, as barreiras atitudinais, para que a pessoa com deficiência tenha acesso ao que for necessário ao seu desenvolvimento (SILVA; PEREIRA, 2018).

O *caput* do art. 2º da Lei Brasileira de Inclusão, ao conceituar a pessoa com deficiência, traz expressamente a ideia do modelo social:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2012).

Não se confunda a pessoa com deficiência como aquela que “por causa transitória ou definitiva não puder exprimir sua vontade”, prevista no art. 4º, III, do Código Civil, definida como relativamente incapaz. As pessoas com deficiência mental passaram a ter capacidade de direito plena e presumida, e será relativizada de modo excepcional para atos determinados.

O *caput* do art. 6º da Lei n. 13.146/2015¹, que não faz distinção entre deficiências físicas ou neurológicas, é claro ao anunciar a plena capacidade da pessoa com deficiência e traz rol exemplificativo de direitos em seus incisos que podem ser por ela exercidos, tais como casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, o direito de decidir sobre o número de filhos, de conservar sua fertilidade, exercer o direito à convivência familiar e comunitária, de exercer a guarda, tutela, curatela e a adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

¹ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: [...] (BRASIL, 2015).

O que se extrai da alteração dos sistemas de incapacidades no Brasil é que não cabem restrições à capacidade civil com base exclusiva em critério médico, isto é, a existência de um diagnóstico não é fundamento bastante para justificar restrições ao exercício de direitos, uma vez que tal diagnóstico não significa necessariamente risco de produzir danos em si mesmo ou ao patrimônio.

É esse o entendimento que Ferraz e Leite (2016) compartilham, pois, interferir na capacidade civil de alguém com base tão somente em um laudo médico, haveria de ser interpretada como uma limitação arbitrária, equiparada a preconceitos de gênero, vez que a desigualdade funcional estaria sendo utilizada como fator de indevida desigualação.

Contudo, se no exercício de tais direitos, sobretudo aqueles de natureza patrimonial mais complexos, a deficiência limitar seu poder decisório, poderá o ato ser suprido pelo instituto da assistência ou da representação, ou seja, sua capacidade de fato é relativizada de acordo com o caso concreto, levando em conta fatores biológicos, psicológicos e sociais. É esse o espírito da lei.

Assim alerta o argentino Francisco Bariffi (2021), ao sustentar que a capacidade civil da pessoa com deficiência deve ser vista pelos dois lados de uma mesma moeda: se de um flanco o Estado reconhece e dá autonomia, de outro é preciso que se forneça os apoios necessários para que o exercício da capacidade civil seja efetivo, minimizando os riscos à pessoa em situação de vulnerabilidade. Observe-se os dizeres do jurista:

El modelo de toma de decisiones con apoyos podría sintetizarse desde dos premisas básicas que a su vez podría considerarse como dos caras de una misma moneda. Por un lado, el reconocimiento y la garantía del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica, lo que implica necesariamente repudiar cualquier mecanismo legal vigente que tenga como propósito o efecto restringir o privar dicho ejercicio, y por el otro lado, el reconocimiento y garantía del derecho a recibir apoyos para hacer efectivo, en condiciones de igualdad, el ejercicio de la capacidad jurídica, lo que implica en la práctica el deber de crear

o adaptar mecanismos efectivos de reconocimiento y asistencia social (BARIFFI, 2021, p. 82).

O legislador brasileiro, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, buscou dar a mais ampla participação possível das pessoas com deficiência mental nos atos da vida civil, mas trouxe mecanismos para que, nos casos em que a deficiência neurológica for mais grave, haja a devida proteção do Estado, classificando-os como relativamente incapazes tão somente após o devido processo legal, como no caso das pessoas com Transtorno do Espectro Autista.

3 TRANSTORNO DE ESPECTRO AUTISTA (TEA) E SUA BASE NA LEGAL

A Organização Mundial da Saúde (OMS), por meio da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) estimou que, em todo o mundo, uma em cada 160 (cento e sessenta) crianças tem Transtorno do Espectro Autista (TEA). Essa estimativa representa um valor médio e a prevalência relatada varia substancialmente entre os estudos (OMS, 2017).

A OMS ainda alerta que algumas pesquisas bem controladas têm, no entanto, relatado números que são significativamente mais elevados. Com base em estudos epidemiológicos realizados nos últimos 50 (cinquenta) anos, os diagnósticos de TEA estão aumentando globalmente diante da conscientização sobre o tema e da expansão das ferramentas e critérios diagnósticos.

As Organizações das Nações Unidas (ONU) estimam que há 70 (setenta) milhões de pessoas com autismo em todo o mundo, cerca de 1% (um por cento) da população mundial, sendo 2 (dois) milhões somente no Brasil (ONU, 2015).

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) é uma perturbação do neurodesenvolvimento com impacto significativo em determinadas áreas que são cruciais para uma vida diária harmoniosa e equilibrada do ser humano. Tal condição se reflete em manifestações comportamentais e de interação e comunicação social que são fragilizadas. O autismo não é uma condição de “tudo ou nada”, mas é visto como um contínuo que vai do grau leve ao severo (CAVACO, 2020).

No Brasil houve um importante marco legal no ano de 2012 no que diz respeito aos direitos da pessoa com TEA, isso porque foi promulgada a Lei n. 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. O § 1º do art. 1º da chamada “Lei Berenice Piana” define legalmente quem é a pessoa dentro do espectro:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I – deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II – padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

Cumprido frisar que o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition – DSM-5* – da Associação Psiquiátrica Americana, utilizado mundialmente como referência para os profissionais da saúde, teve sua publicação original em 18 de maio de 2013 e alterou a abrangência do TEA.

Segundo o DSM-5, o transtorno do espectro autista engloba transtornos antes chamados de autismo infantil precoce, autismo infantil, autismo de Kanner, autismo de alto funcionamento, autismo atípico, transtorno global do desenvolvimento sem outra especificação, transtorno desintegrativo da infância e transtorno de Asperger. Ou seja, a partir de maio de 2013, todos os mencionados transtornos são simplesmente denominados “transtornos do espectro autista” pela comunidade médica de referência (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014).

Ainda segundo a Associação Americana de Psiquiatria, o autismo é uma síndrome comportamental com etilogias múltiplas, revelando como características sintomáticas frequentes a tendência ao isolamento, as rotinas elaboradas, os movimentos repetitivos e a ansiedade excessiva. Tais características se alinham àquilo que a Lei n. 12.764/2012 define, demonstrando que o Brasil está minimamente ajustado com aquilo que a ciência médica internacionalmente determina.

Pessoas no espectro autista frequentemente apresentam outras condições concomitantes, incluindo, depressão, transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) e ansiedade, fatos que agravam ainda mais o processo de inclusão e desenvolvimento neurológico.

Apesar de não ter idade determinada para realizar o diagnóstico, os distúrbios do desenvolvimento normalmente surgem entre os 12 e 24 meses de idade. Muitas crianças, contudo, podem não apresentar todos os sintomas característicos da patologia até hoje identificados. Algumas crianças podem evitar completamente o contato visual, enquanto outras crianças podem apresentar dificuldades menos acentuadas e pouco perceptíveis (CAVACO, 2020).

O autismo não é causado pelos pais nem educadores. A ciência até o presente momento não aponta com precisão uma causa de existir do TEA (apesar de estudos avançados de causas genéticas e fatores ambientais), que

é uma condição que prossegue da infância até a idade adulta, prolongando-se por toda a vida humana.

Não há cura, pois justamente é considerado como uma “condição” e não como uma “enfermidade”, mesmo estando no rol da Classificação Internacional de Doenças (CID 10 – F84).

O que é significativo é que existem técnicas terapêuticas que minimizam os quadros sintomáticos de autismo, havendo resultados expressivos quando a intervenção neuropsicológica é realizada de modo precoce, ainda na infância.

Não à toa que o diagnóstico precoce é um direito da pessoa autista, conforme art. 3º, III, a, da Lei n. 12.764/2012. Muitos Estados da federação, em suas políticas públicas voltadas ao TEA, igualmente reconhecem a necessidade de intervenção precoce, como por exemplo no Estado do Paraná, pela Lei n. 17.555/2013 (art. 3º, I), e no Estado de São Paulo, Lei n. 17.158/2019 (art. 3º, III, a).

A importância, não só do diagnóstico, mas como também da intervenção terapêutica precoce é tamanha, pois impactará diretamente no neurodesenvolvimento da criança e é esta a razão do diagnóstico precoce fazer parte das políticas públicas para inclusão da pessoa no espectro.

Apesar do TEA poder ser diagnosticado entre 12 e 24 meses de idade, a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP, 2019) afirma que o diagnóstico ocorre, em média, aos 4 ou 5 anos de idade, mais que o dobro do tempo em que o diagnóstico poderia ter sido feito.

Tal fato é de extrema prejudicialidade à pessoa no espectro, pois a intervenção precoce está associada a ganhos significativos no funcionamento cognitivo e adaptativo da criança. A intervenção intensiva no ano inicial de vida tem o potencial de impedir a manifestação completa do TEA, por

coincidir com um período do desenvolvimento em que o cérebro é altamente plástico e maleável (SBP, 2019).

A ausência de diagnóstico e de intervenção terapêutica na infância, ou a intervenção terapêutica mal feita, não impede o desenvolvimento da autonomia da pessoa no espectro, mas retarda sobremaneira seu processo de inclusão pela perda de um período único da vida.

São as intervenções médico-terapêuticas durante a infância e a adolescência que vão caminhar, como regra, para a necessidade ou não daquele jovem, ao atingir a maioridade, de submeter-se ou não a abrupto processo de curatela, isso porque o Estado Brasileiro desde 2012, considera a pessoa com Transtorno do Espectro Autista como pessoa com deficiência para todos os efeitos legais², inclusive, no que diz respeito as regras referentes à capacidade civil trazidas pelo EPD.

Uma vez que a pessoa dentro do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, ao completar 18 anos de idade terá capacidade civil plena e presumida, independe do grau de desenvolvimento neurológico, podendo em determinados casos ser assistida ou representada, a fim de que seja legalmente protegida.

4 ASSISTÊNCIA E REPRESENTAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A alteração do instituto das incapacidades não foi a única mudança que o EPD trouxe ao Código Civil. Outra alteração significativa feita pela Lei Brasileira de Inclusão refere-se aos institutos de representação e assistência,

² O reconhecimento da pessoa com TEA como pessoa com deficiência está expresso no § 2º, art. 1º da Lei n. 12.764/2012, que afirma que “a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais” (BRASIL, 2012).

que indiscutivelmente afetam o exercício de direitos das pessoas com deficiência.

Atualmente há três formas de assistir ou representar as pessoas com deficiência: pela tutela, curatela ou tomada de decisão apoiada.

A tutela e a curatela constituem institutos de direito assistencial para a defesa dos interesses dos incapazes, visando a realização de atos civis em seu nome. A tutela resguarda direitos de menores de idade não emancipados e não sujeitos ao poder familiar, isto é, aqueles que não possuem pais. A curatela, por sua vez, é categoria assistencial que diz respeito a defesa de interesses de maiores de idade incapazes (TARTUCE, 2017).

Considerando que o presente estudo é afeto ao exercício de capacidade de fato das pessoas com deficiência, notadamente aquelas com Transtorno do Espectro Autista, cujo marco temporal é a maioridade civil, a tutela não será objeto de aprofundamento, pois como visto, diz respeito aos menores de idade. O tutelado, seja ele com deficiência ou não, ao completar 18 (dezoito) anos passa a ter plena capacidade civil, portanto.

4.1 CURATELA

A curatela nada mais é do que um múnus público atribuído pela lei a uma pessoa plenamente capaz no âmbito civil, denominada curador, para assistir pessoa maior de idade com discernimento reduzido por fatores biopsicossociais em atos exclusivamente patrimoniais, cuja pessoa assistida chama-se curatelado.

Como a deficiência não é sinônimo de incapacidade, o art. 84 da Lei n. 13.146/2015 consagra que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas e apenas em casos necessários e excepcionais será

submetida à curatela, e ainda assim a intervenção deverá ser proporcional a cada caso e com a menor duração possível, isto é, não há que se falar em curatela total, mas sim para atos específicos que a pessoa necessitar.

A lei ainda determina que há necessidade de prestação de contas “ao juiz”, o que significa dizer que a curatela não pode ser realizada na via extrajudicial, necessitando uma ação judicial própria perante o juízo competente.

O supracitado art. 84 soma-se ao art. 1.767 do Código Civil, que traz o rol taxativo das pessoas sujeitas à curatela, ou interditos, aplicando-se o inciso I às pessoas com deficiência que, “por uma causa transitória ou permanente não podem exprimir sua vontade”.

É importante trazer aqui a contradição existente entre a Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e a Lei n. 13.105/2015, o Código de Processo Civil (CPC), onde a primeira buscou erradicar o termo “interdição” e a segunda mantém a terminologia processual. Sobre o tema, são precisos os apontamentos de TARTUCE (2017):

Curioso perceber que a Lei n. 13.146/2015 traz a ideia não de interdição, mas de uma ação judicial em que haverá a nomeação de um curador ou instituição da curatela. Por outra via, o CPC/2015 está todo baseado no processo de interdição, regulando o seu procedimento. O Projeto de Lei n. 757/2015 pretende reparar esse conflito, verdadeiro atropelamento legislativo, introduzindo uma expressão única não só no Novo CPC, mas em toda a legislação, que passa a ser ‘ação de pedido de curatela’. Constata-se que o citado Estatuto alterou o art. 1.768 do Código Civil, deixando de mencionar que a ‘interdição será promovida’; e passando a enunciar que ‘o processo que define os termos da curatela deve ser promovido’. O grande problema é que esse dispositivo material foi revogado expressamente pelo art. 1.072, inc. II, do CPC/15. Como se nota, a norma ficou em vigor por pouco tempo, entre janeiro e março de 2016, quando o Estatuto Processual passou a ter vigência.

A par do atropelo legislativo ocorrido, vê-se, portanto, que vigoram atualmente as regras do Código de Processo Civil, em que a partir do art.

747 são trazidas as regras do processo de “interdição”, que só poderá ser promovida pelo cônjuge ou companheiro, pelos parentes ou tutores, pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando ou, por fim, pelo Ministério Público.

O procedimento de interdição perfaz medida judicial por intermédio da qual determinada pessoa é declarada parcial ou totalmente incapaz para os atos da vida civil em virtude da perda de discernimento para a condução de seus próprios interesses (WAMBIER et al., 2016).

A interdição, em sua nova concepção, está balizada em um laudo multiprofissional, que extrapola a perspectiva única da medicina e incorpora uma perspectiva social da deficiência, seja ela física ou mental, a partir de diagnósticos trazidos por outras ciências, por exemplo, a assistência social, a psicologia, a arquitetura e a engenharia, de acordo com a limitação de cada um (COSTA FILHO, 2016).

Após a produção das provas a partir de laudos multiprofissionais, que atestem os limites da deficiência da pessoa, será proferida sentença, observando-se o art. 755 do CPC, designando o magistrado quem será o curador, ao tempo que fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do curatelado/interdito.

Araújo e Ruzyk (2017) ratificam a importância de o Juiz de Direito ter o auxílio de equipe multidisciplinar no processo de interdição justamente para que a interferência do judiciário seja mínima na capacidade de fato da pessoa com deficiência, a fim de possibilitar que esse ser humano, individual e único, possa dizer, com seus instrumentos, por mais peculiares que sejam, como ele pode decidir pequenas e grandes questões.

Ressalta-se que a curatela afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, como determina o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A definição da curatela não alcança

“o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”, conforme preceitua o § 1º do mesmo dispositivo legal, além dos demais atos existenciais arrolados no já mencionado art. 6º do EPD.

No exercício da curatela, o curador não se limitará apenas à gestão dos interesses e dos bens do curatelado. Deverão ser empenhados esforços para fins de recuperação da capacidade plena por parte do interdito, se assim for possível, como nos casos envolvendo pessoas com TEA, buscando o curador proporcionar tratamento apropriado e o apoio especializado.

Importante que se diga que se o interdito tiver, ao tempo da interdição, incapaz sob sua guarda (filhos menores, por exemplo), a pessoa deste e seus bens ficarão, também, submetidos à autoridade do curador que for nomeado, salvo se existir pessoa capaz melhor habilitada (WAMBIER et al., 2016).

A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, uma vez, e no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente. É o que preceitua o § 3º do art. 755 do CPC.

Importante que se diga que a curatela e os efeitos do procedimento de interdição não são necessariamente eternos. Primeiro porque a curatela é ato personalíssimo, isto é, uma vez falecido o curador ou o curatelado, cessa os efeitos da curatela. Além do mais, a interdição, como visto, pode dar-se por motivos perenes ou por razões transitórias. Se forem transitórias as razões que conduziram à interdição, e estas cessarem, poderá igualmente ser extinta ou reduzida a curatela.

Por fim, o levantamento da interdição deverá ser feito no mesmo juízo por onde se processou a interdição, em autos apartados, aos quais serão apensados os de interdição (NERY JUNIOR et al., 2018). Isso porque deve ocorrer nova instrução processual, com a confecção de novo laudo multiprofissional, com contraditório, ampla defesa e oitiva do Órgão Ministerial, dando-se ao processo de desinterdição a mesma publicidade de que se revestiu a sentença de interdição, na busca na tutela, do melhor interesse da pessoa com deficiência.

4.2 TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Inovação trazida no ordenamento jurídico nacional pela Lei Brasileira de Inclusão em 2015, a tomada de decisão apoiada, ao contrário da curatela, não restringe o exercício dos direitos da pessoa com deficiência, mas se trata de salvaguarda para que aquela pessoa, em situação pontual, principalmente nos atos negociais mais complexos, tenha o auxílio de terceiros.

Apesar de ser instituto inaugural na legislação pátria, Tartuce (2017) revela que a inspiração da lei nacional foi a *amministratore di sostegno*, da Itália, e na *Betreuung*, da Alemanha.

O art. 1.783-A do Código Civil, incluído justamente pela Lei n. 13.146/2015 (EPD) conceitua a tomada de decisão apoiada (TDA) como o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua autonomia.

Os parágrafos do mencionado art. 1.783-A trazem os limites da TDA e revelam que a medida deve se dar exclusivamente por processo judicial,

assim como a curatela, não havendo previsão legal para que ocorra na via extrajudicial.

A tomada de decisão apoiada é prerrogativa personalíssima da pessoa com deficiência, vez que apenas ela é legítima para solicitar esse apoio ao Poder Judiciário. Isso porque a decisão apoiada é um instituto característico do sistema protetivo pautado no apoio e não na substituição de vontade.

Nesse sentido, caso haja falta de discernimento da pessoa, não é possível a via da tomada de decisão apoiada. É o que bem preceitua o Enunciado n. 640, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, de 2018: “a tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela”.

Nesse aspecto, o segundo tópico do Enunciado n. 639 da VIII Jornada de Direito Civil sustenta que a “pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores”.

O referido enunciado se justifica em razão do aspecto funcional da decisão apoiada e o respeito à autonomia que lhe é inerente, importando em reconhecer ao apoiado, atento às suas necessidades e à sua então demonstrada vulnerabilidade, o direito de indicar, no termo de apoio, as pessoas que deseja sejam nomeadas suas curadoras, na hipótese de uma curatela futura, podendo indicar um ou todos os apoiadores como futuros curadores.

O pedido judicial poderá ocorrer por meio de advogado, defensor público ou até mesmo pelo Ministério Público, sempre com a indicação de ao menos dois acompanhantes de confiança da pessoa com deficiência.

O que o juiz, assistido por equipe multiprofissional, e o próprio parecer do Ministério Público vão avaliar é se o pedido é pertinente e se os acompanhantes indicados possuem condições legais, técnicas e morais para

assumir a responsabilidade de orientar a parte interessada no ato que precise de apoio, conforme orienta o § 3º do art. 1.783-A do Código Civil. A decisão judicial pressupõe, ainda, a oitiva presencial da pessoa com deficiência, não podendo, portanto, haver nomeação de curador de ofício pelo Juízo.

Após a sentença que designar os apoiadores, o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil). Contudo, tal contra-assinatura não é obrigatória, sendo absolutamente válido o ato sem a subscrição dos apoiadores, exceto nos casos em que o apoio fora prestado com negligência ou mediante pressão indevida, onde poderá ser cogitada a validade do ato.

O pedido de contra-assinatura serve tão somente para que não parem dúvidas sobre a idoneidade jurídica do ato praticado, que tem relação direta com o princípio da boa-fé objetiva (TARTUCE, 2017).

Todavia, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante a qualquer uma das partes, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público e baseado nos laudos multidisciplinares apresentados, decidir sobre a matéria.

Importante questão diz respeito a manutenção da tomada de decisão apoiada. O apoiado pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada e, por ser processo de jurisdição voluntária, entende-se que o magistrado deve, após a oitiva do Ministério Público, extinguir o feito. Caso constatada a necessidade de curatela, deve-se promover nova demanda.

O apoiador, por sua vez, igualmente pode solicitar a qualquer tempo sua exclusão na participação do processo de decisão apoiada, mas ficará a

critério do juízo tal retirada. É o que sustenta o § 10º do art. 1.783-A do Código Civil. Mostra-se razoável que o pedido, como regra geral, seja deferido, notadamente em casos em que outra pessoa seja mais habilitada ao posto, pois é natural que decisões apoiadas por pessoa malcontente e que está apoiando contra sua vontade, sejam em dado momento negligenciadas.

Tartuce (2017) aponta que a normativa em relação à tomada de decisão apoiada é abundante de detalhes e desperta muitas dúvidas práticas nos aplicadores do Direito, notadamente quanto à sua efetividade:

Como há um processo judicial de nomeação de apoiadores, com burocracias e entraves, fica em xeque a possibilidade fática de uma pessoa com deficiência percorrer tal caminho, havendo outros disponíveis, como uma procuração firmada em Cartório ou mesmo por instrumento particular. Assim, até o presente momento, a categoria parece ser de pouca utilidade prática (TARTUCE, 2017, p. 1409).

Com a máxima vênia ao respeitado jurista, mas o instituto da tomada de decisão apoiada e da procuração são essencialmente distintos e há sim utilidade prática na decisão apoiada.

Primeiro porque há um reconhecimento da pessoa com deficiência de sua vulnerabilidade em determinados atos da vida civil e os limites dessa vulnerabilidade são fixados por Juiz de Direito após produção de amplo lastro probatório com laudo biopsicossocial e oitiva do Ministério Público, ocasião em que pode inclusive ser indeferido o pedido de tomada de decisão apoiada, se constatada a ausência de deficiência ou severidade da patologia que indique a aplicação de curatela.

Ainda, conforme sustenta o já narrado Enunciado n. 639 da VIII da Jornada de Direito Civil, poderá a pessoa com deficiência sugerir eventuais e futuros curadores no curso do processo de tomada de decisão apoiada, não havendo respaldo jurídico para que assim o faça por meio de procuração.

Apesar de presunção de capacidade civil plena das pessoas com deficiência, uma simples procuração outorgando poderes a terceiros não é o meio mais seguro para tutelar os interesses das pessoas em condição neurológica atípica, isso porque não há laudo multiprofissional que ateste os limites em que a patologia interfere em sua manifestação de vontade, podendo, pois, os atos praticados serem anulados.

Com vistas a afastar a “burocracia” judicial, poderia se cogitar uma tomada de decisão apoiada lavrada em cartório, com regras bem definidas e que garantissem o mínimo de segurança jurídica, tanto ao apoiado e aos apoiadores, quanto aos terceiros de boa-fé. Contudo, como já narrado, ainda não é possível realizar tomada de decisão apoiada de modo extrajudicial.

É bom reiterar que existem atos, porém, que a pessoa com deficiência poderá exercer por si só, sem a presença de apoiador ou de curador, como por exemplo, além dos atos existenciais, atos como votar, trabalhar, fazer testamento e, ainda, servir de testemunha (pois estão ausentes do rol do art. 228 do mesmo Código Civil).

A pessoa com deficiência, seja por processo de interdição ou de tomada de decisão apoiada, será considerada relativamente incapaz para atos específicos e, como tal, não é desprovida totalmente de discernimento, tanto que os atos praticados na ausência do curador, por exemplo, serão anuláveis, e não mais nulos, aplicando-se o art.171, I, da Lei Civil.

5 CONCLUSÕES

A pessoa com Transtorno do Espectro Autista, apesar da presumida capacidade civil que lhe garante mais autonomia, precisa por vezes ser representada ou apoiada, tanto para proteger seus direitos quanto para dar segurança jurídica à terceiros de boa-fé.

A curatela é medida mais abrupta à pessoa autista, pois não depende da vontade dela para se concretizar, tornando a representação impositiva. Isso, contudo, não significa uma abusividade por parte do Estado para limitar a autonomia da pessoa com TEA, pois a intenção do processo de interdição é justamente analisar os pontos conflituosos entre a sociedade e a condição neurológica da pessoa no espectro e, assim, proteger a pessoa naqueles atos determinados.

A tomada de decisão apoiada é instituto que se mostra alinhado a ideia civil-constitucional trazida pela Convenção de Nova York de valorização da autonomia da pessoa com deficiência, isso porque é a própria pessoa a partir da maioria que poderá requerer ao judiciário que lhe sejam nomeados dois ou mais apoiadores. Como não é impositivo, na prática, há fatores que limitam o acesso à justiça, num procedimento burocrático e, por vezes, custoso.

Mas não há que se falar em *optar* por “curatela”, “tomada de decisão apoiada” ou em uma omissão calculada para o exercício da capacidade civil sem apoios, pois é o estudo biopsicossocial que determinará eventual necessidade de auxílio e qual será o grau e a via adequada para, *concomitantemente*, proteger aquela pessoa em situação de vulnerabilidade e valorizar sua autonomia e independência.

Não é porque a tomada de decisão apoiada é instituto menos severo de intervenção que deve ser a ele dado prioridade, sob pena de se pôr em risco aquela pessoa que deveria se submeter à curatela. Lado outro, não é porque a curatela é instituto mais rígido, que deve ser utilizada indiscriminadamente sob a alegação de conferir mais proteção à pessoa, pois interferir na decisão de alguém plenamente capaz é tão grave quanto expô-la aos riscos de um negócio jurídico malfeito.

Cada situação concreta determinará o que será necessário, se o grau de autismo não permitir uma integral independência, torna-se clara a conclusão

de que não é possível cumular curatela com tomada de decisão apoiada para os mesmos atos, um torna o outro ineficaz. Ou a pessoa precisa ser submetida à curatela para protegê-la ou eleger pessoas para lhe apoiarem.

Afora isso, terá plena capacidade para decidir o rumo das suas relações patrimoniais e existenciais, seja nos estudos, no matrimônio, na habitação e na forma de constituição familiar, dentre outras tantas decisões difíceis que todo ser humano toma ao longo da vida. A pessoa com transtorno do espectro autista é, antes de tudo, “pessoa” e, nesta condição, cometerá erros e acertos na mais pura consagração de sua dignidade.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ARAÚJO, L. A. D.; RUZYK, C. E. P. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: Reflexões metodológicas à luz da Teoria Geral do Direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais – Filosofia e Teoria Geral do Direito**. Vitória, v. 18, n. a, p. 244, 2017.

BARIFFI, F. J. **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina**: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência

da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12764.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAVACO, N. **Autismo o que precisamos saber**: caderno de apoio teórico e prático. Rio de Janeiro: Walk Editora, 2020.

COSTA FILHO, W. M. Comentários ao Estatuto da Pessoa com deficiência. *In*: LEITE, F. P. A.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: LEITE, F. P. A.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, P. G.; SILVA, A. B. Proteção estatal, informação e a capacidade das pessoas com deficiência na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**. Curitiba, v. 4, n. 53, p. 134, 2018.

LIMONGI, V. C. S. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

LOPES, L. F. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: LEITE, F. P. A.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, N. *et al.* **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OMS. Folha informativa. 2017. **Transtorno do espectro autista**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?Itemid=1098>. Acesso em: 14 mar. 2020.

ONU. **Especialistas da ONU em direitos humanos pedem fim da discriminação contra pessoas com autismo**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-em-direitos-humanos-da-onu-pedem-fim-da-discriminacao-contrapessoas-com-autismo/>. Acesso em: 26 out. 2019.

PARANÁ (Estado). **Lei nº 17.555 de 30 de abril de 2013**. Institui, no âmbito do Estado do Paraná, as diretrizes para a política estadual de proteção dos direitos da pessoa com Transtorno do Espectro Autista – TEA. Curitiba, PR: Governo do Estado, 2013. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=93348&codTipoAto=&tipoVisualizacao=alterado>. Acesso em: 14 mar. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.158 de 18 de setembro de 2019**. Institui a Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista – TEA, e dá outras providências. São Paulo, SP: Governo do Estado [2019]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-17158-18.09.2019.html>. Acesso em: 14 mar. 2020.

SBP. **Transtorno do Espectro do Autismo**. Manual de Orientações nº 5. 2019. Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/Ped._Desenvolvimento_-_21775b-MO_-_Transtorno_do_Espectro_do_Autismo.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

SCHEREIBER, A. et al. **Código Civil comentado** – doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, A. B.; PEREIRA, E. A. P. Direitos fundamentais na nova ordem mundial.

SANTANO, A. C.; LORENZETTO, B. M.; GABARDO, E. (coord.). **Direitos fundamentais na nova ordem mundial**. Curitiba: Íthala, 2018.

SILVA, D. P. Transtorno do Espectro Autista, Caminhos e Contextos. In: PASCOLLI, D.; TEIXEIRA, G. (coord.). **Transtorno do Espectro Autista, Caminhos e Contextos**. São Paulo: Edição do Autor, 2019.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. Volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

WAMBIER, T. A. A. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BIG BROTHER BRASIL E O CASO LUCAS PENTEADO: UM ESTUDO ACERCA DA LIBERDADE CONTRATUAL NOS LIMITES DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Karine Maria Rossato
Francielle Benini Agne Tybusch

Resumo: O presente ensaio objetiva analisar a experiência negocial de Lucas Penteado no *Big Brother Brasil*, de maneira a identificar se a liberdade contratual foi exercida de acordo com a função social. A problemática de pesquisa buscou responder se a relação contratual entre Lucas e a Rede Globo, no *Big Brother Brasil 2021*, pode ser considerada como uma experiência em que a liberdade contratual foi exercida em razão e nos limites da função social do contrato? Em caso negativo, quem poderá ser responsabilizado? Diante disso, utilizou-se o método de abordagem indutivo, pois parte-se da análise de um caso particular, chegando a uma conclusão do todo, buscando verificar se a liberdade contratual perfectibilizada na relação negocial entre Lucas Penteado e a Rede Globo concretizou a função social do contrato. O método de procedimento é o bibliográfico, uma vez que o desenvolvimento dos argumentos defendidos foi feito a partir de referenciais teóricos e documentais. A aplicação desse quadro metodológico restou na divisão do artigo em três capítulos. O primeiro capítulo, abordou sobre a experiência de Lucas no *Big Brother Brasil 2021*. O segundo capítulo, por sua vez, trabalhou com a liberdade contratual nos limites da função social do contrato, sob o olhar da eficácia da dignidade da pessoa humana. Por fim, o terceiro capítulo, versou sobre as responsabilidades das empresas e do Estado frente as violações aos direitos humanos. Diante disso, concluiu-se, que liberdade contratual no caso do Lucas Penteado no *Big Brother Brasil 2021* não foi exercida em razão e nos limites da função social. Também apontou-se que a Rede Globo deve ser responsabilizada, eis que foi omissa, diante do sofrimento humano do jovem Lucas, bem como evidenciou-se que

Estado brasileiro falhou com seu dever de proteger contra as violações dos direitos humanos.

Palavras-chave: Liberdade contratual. Função social. Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Responsabilidade das empresas e Estado.

Abstract: *This essay aims to analyze the business experience of Lucas Penteadó in Big Brother Brazil, in order to identify whether contractual freedom was exercised according to the social function. The research problem sought to answer whether the contractual relationship between Lucas and Rede Globo, in Big Brother Brasil 2021, can be considered as an experience in which contractual freedom was exercised due to and within the limits of the social function of the contract? If not, who can be held responsible? Therefore, the inductive approach method was used because it is based on the analysis of a particular case, reaching a conclusion of the whole, seeking to verify whether the contractual freedom perfected in the negotiation relationship between Lucas Penteadó and Rede Globo concretized the social function of the contract. The procedure method is bibliographic, since the development of the defended arguments was made from theoretical and documentary references. The application of this methodological framework was left in the division of the article into three chapters. The first chapter, advocated about Lucas' experience in Big Brother Brazil 2021. The second chapter, in turn, worked with contractual freedom within the limits of the social function of the contract, under the gaze of the effectiveness of the dignity of the human person. Finally, the third chapter, saw the responsibilities of companies and the state in the face of human rights violations. Therefore, it is concluded that contractual freedom in the case of Lucas Penteadó in Big Brother Brazil 2021 was not exercised on grounds and within the limits of the social function of the contract. It was also pointed out that Rede Globo should be held accountable, that was omitted, in the face of the human suffering of young Lucas, as well as it was evidenced that the Brazilian state failed with its duty to protect against human rights violations.*

Keywords: *Contractual freedom. Social function. Dignity of the human person. Human rights. Responsibility of companies and state.*

1 INTRODUÇÃO

Lucas Penteadó, ator e compositor, participou da última edição do famoso *reality show* nacional, o *Big Brother Brasil 2021*. Apesar da breve trajetória, sua presença no programa fez história. Sua participação foi enraizada de tristeza, tendo em vista que foi hostilizado por alguns colegas de confinamento, com palavras e atitudes de cunho agressivo e preconceituoso.

Nasce, assim, uma relação contratual submersa no desrespeito a dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma via negocial que não segue os parâmetros estabelecidos pela constitucionalização do direito civil, pois este visa uma liberdade contratual nos limites da função social do contrato, através da valorização da pessoa e de sua dignidade.

Por isso, este trabalho se justifica pela importância em se analisar os contratos sob um olhar para além da utilidade econômica, devendo ser compreendido como um cumpridor da função social, de modo a não permitir que as partes sacrifiquem suas garantias fundamentais em prol da liberdade contratual.

Diante desse cenário, tem-se como problemática de pesquisa o seguinte questionamento: a relação contratual entre Lucas Penteadó e a Rede Globo, no *Big Brother Brasil 2021*, pode ser considerada como uma experiência em que a liberdade contratual foi exercida em razão e nos limites da função social do contrato? Em caso negativo, quem poderá ser responsabilizado?

Metodologicamente para responder ao tema proposto, adotou-se como método de abordagem indutivo, pois este trabalho parte de uma análise de um caso particular, chegando a uma conclusão do todo, buscando verificar se a liberdade contratual perfectibilizada na relação negocial entre a Lucas Penteadó e a Rede Globo concretizou a função social do contrato. O método

de procedimento é bibliográfico, tendo em vista que o desenvolvimento dos argumentos defendidos é feito a partir de referenciais teóricos e documentais.

A aplicação desse quadro metodológico restou na divisão do artigo em três capítulos. O primeiro capítulo, advoga sobre a experiência de Lucas no *Big Brother Brasil 2021*. O segundo capítulo, por sua vez, trabalha com a liberdade contratual nos limites da função social do contrato, sob o olhar da eficácia da dignidade da pessoa humana. Por fim, o terceiro capítulo, versa sobre as responsabilidades das empresas e do Estado frente as violações aos direitos humanos.

2 A TRISTE EXPERIÊNCIA DE LUCAS PENTEADO NO BIG BRASIL 2021

Espanto, tristeza e comoção são algumas das palavras que definiram as primeiras semanas da 21ª edição do *Big Brother Brasil*. Diga-se espanto, porque diversas atitudes por parte de alguns participantes desencadearam os mais diversos nuances da palavra agressão. Diga-se tristeza, porque os *reality shows*, escancaram e denunciam cenas da vida real e, isso faz reforçar o quanto o comportamento humano, não raras às vezes, é violento para com seu semelhante. Diga-se comoção, porque as atitudes “desumanas” acometidas em face dos *brothers* causaram muita dor, não só aos participantes, como também para os telespectadores.

Nesta lógica, o *Big Brother Brasil 2021* em, um primeiro momento, chamou atenção por ser a edição com o maior número de participantes negros e LGBTQs (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros) da história de vinte anos de edição, inclusive, com participantes conhecidos como defensores dos direitos humanos. À vista disso, o programa disparou em

audiência, atraindo olhares de telespectadores que não eram habituais, na expectativa de que assuntos como diversidade, inclusão, feminismo, antirracismo, entre outros, pudessem eventualmente auferir uma pauta positiva no debate público (ARAUJO, 2021).

Infelizmente, não foi isso que ocorreu, eis que as cenas viralizadas durante a edição do reality demonstraram apavorantes episódios de humilhação, discriminação e abuso moral. Os mesmos participantes que criaram expectativas positivas, estavam cometendo violência psicológica, *bullying*, xenofobia, LGBTfobia, racismo, preconceito religioso, o que ocasionou a desistência de uma das vítimas em permanecer no programa: Lucas Penteado (ARAUJO, 2021).

O jovem Lucas Penteado é um ator de 24 anos, nascido em São Paulo e conhecido também como Lucas 'Koka' Penteado. Demonstrou ser apaixonado pela família e sempre atuou em prol de diversas causas sociais, tal como, quando participou como presidente do Grêmio Estudantil de sua escola liderando a ocupação da escola Escola Estadual Caetano de Campos, localizada na região central de São Paulo, em defesa do ensino público. Além de atuar, Lucas é cantor, MC, poeta, *slammer*, apresentador, diretor e dramaturgo (LUCAS, 2021).

Apesar da brevetrajatória no programa, sua participação fez história. Salienta-se, desde já, que foram várias falas e atitudes desumanas que se perduraram no decorrer dos episódios, todavia, neste ensaio serão abordadas duas situações que causaram muita repercussão. São elas: 1) a expulsão de Lucas da mesa de refeição por parte da participante Karol Conká¹ e; 2) a rejeição advinda de alguns participantes, após o

¹ Karoline dos Santos Oliveira, curitibana, 34 anos, mais conhecida como Karol Conka. É cantora, rapper, produtora, modelo, compositora e apresentadora. Suas canções refletem o empoderamento feminino e também a luta pelas minorias. Ela integrou o reality, como

beijo entre Lucas e Gilberto². Apesar de serem apenas duas situações, elas por si só, são capazes de dimensionar a gravidade da situação.

Antes de adentrar a primeira situação, faz-se importante mencionar que a participante Karol Conká apresentou inúmeras atitudes desrespeitosas, agressivas e intimidadoras, não só com Lucas, como também com outros *brothers* da casa. Prova disso, foi sua eliminação com 99,17% dos votos.

Nesse sentido, no que diz respeito a primeira situação, esta aconteceu quando Lucas se encontrava almoçando na cozinha VIP, juntamente com outros participantes, momento em que Karol Conká chegou e se dirigiu a ele dizendo “quero comer na paz do senhor, entendeu? Não quero que você fale enquanto eu estou na mesa comendo” e, continuou afirmando “você não sabe calar a boca é melhor sair mesmo” (FOLHAPRESS, 2021)³. Mesmo diante de toda esta agressividade, Lucas se desculpou e a cantora continuou “não desculpo, vai caga, vai a merda, vai se fazer de loco lá para fora, pede para sair, já deu” (FOLHAPRESS, 2021)⁴.

Como se não bastasse, ela ainda referiu:

Sem paciência para gente que se faz de louco. Se fosse louco não estava aqui dentro. Se ele está jogando, está

participante do grupo “Camarote”, time dos famosos (SIAROM, 2021).

- ² Gilberto Nogueira Júnior, pernambucano, homossexual, 29 anos, é doutorando em Economia, no qual pesquisa a relação entre a ação do Estado e o nível de violência cometido dentro do mercado de drogas. O pernambucano integrou o grupo pipoca, times dos anônimos da casa (OLIVEIRA, 2021a).
- ³ Disponível em: <https://www.bandab.com.br/entretenimento/televisao/no-bbb21-karol-conka-expulsa-lucas-da-mesa-e-diz-que-o-brother-so-vai-comer-depois-que-eu-sair-video/>. Acesso em: 22 maio 2021.
- ⁴ Disponível em: <https://www.bandab.com.br/entretenimento/televisao/no-bbb21-karol-conka-expulsa-lucas-da-mesa-e-diz-que-o-brother-so-vai-comer-depois-que-eu-sair-video/>. Acesso em: 22 maio 2021.

brincando, também vou ser pirada então, vamos lá, só vai comer quando eu sair da mesa, ponto. Qualquer coisa me bota no paredão. Eu tenho minha vida, minha carreira, bem bonita lá fora, entendeu (FOLHAPRESS, 2021)⁵.

Aliado a estas falas autoritárias, o que também causou espanto foi o silêncio dos demais participantes que presenciaram tudo e nada contrariaram a artista. Após este episódio, Lucas se dirigiu ao quarto e falou para outra participante, a psicóloga Lumena⁶, o seguinte:

Saí andando para eu não falar nada mais, porque eu sei que eu estou errado, mas ainda não sei reagir. Pra mim, mano, é uma hostilidade que eu não sei se é necessária, mas eu sei que é necessário ela pôr pra fora [...] Mas, pô véio, tá foda, toda vez é uma pedrada, mas é necessária então essa pedrada? Então, eu sofro essa pedrada. Mas eu não quero incomodar. Se ela falou: eu quero comer em paz, eu quero comer de boa. Nossa, mano, eu sentei na mesa mano, você viu, tentei falar o mínimo possível (ANDRADE, 2021)⁷.

Diante de todo este panorama humilhante pelo qual o ator passou, evidente que a opinião pública acerca desta situação foi intensa, causando bastante revolta na maioria dos telespectadores. Para tanto, de modo a sinalizar como se procedeu as reações dos internautas frente as atitudes da Karol Conká, segue algumas declarações publicadas na rede social do *Twitter*, a saber:

⁵ Disponível em: <https://www.bandab.com.br/entretenimento/televisao/no-bbb21-karol-conka-expulsa-lucas-da-mesa-e-diz-que-o-brother-so-vai-comer-depois-que-eu-sair-video/>. Acesso em: 22 maio 2021.

⁶ Lumena de Aleluia Santos, baiana, 29 anos, homossexual. Possui graduação e mestrado em Psicologia, pesquisadora, roteirista e DJ. Ela é muito ligada a questões políticas e sociais. A baiana integrou o grupo pipoca, times dos anônimos da casa (OLIVEIRA, 2021b).

⁷ Disponível em: <https://www.metropoles.com/entretenimento/bbb/bbb21-karol-expulsa-lucas-da-mesa-e-dispara-so-vai-comer-quando-eu-sair>. Acesso em: 22 maio 2021.

Figura 1 – Publicações de famosos no Twitter se manifestando contra a conduta de Karol Conká no *Big Brother Brasil 2021* em face de Lucas Penteadó



Fonte: Imagem retirada do site Purepeople (GOMES, 2021)⁸.

⁸ Disponível em: https://www.purepeople.com.br/noticia-bbb21-karol-conka-expulsa-lucas-da-cozinha-xinga-ator-e-revolta-web-desumano_a310505/1. Acesso em: 22 maio 2021.

Já no tocante a segunda situação desrespeitosa, esta resultou na saída de Lucas. Tudo aconteceu após o ator protagonizar, junto a outro participante, o primeiro beijo entre dois homens do *Big Brother Brasil*, o que gerou um show de preconceito dentro do *reality show* (FRAGÃO, 2021).

Todavia, o referido beijo acabou deixando um gosto amargo na boca, pois após constantes violências, Lucas resolveu deixar o programa antecipadamente (QUINALHA, 2021). O ator foi hostilizado, humilhado e sofreu preconceito de participantes que se declararam LGBTIs nessa edição, sendo vítima de bifobia, uma vez que teve sua orientação questionada e foi taxado de oportunista por querer se utilizar da pauta da diversidade (BOAMORTE, 2021).

Uma parcela dos participantes do programa, acusaram Lucas de usar Gilberto como parte de uma estratégia para ganhar destaque dentro da casa, e assim, invalidaram sua bissexualidade (FRAGÃO, 2021). O jovem, em tom de desespero, desabafou nas seguintes palavras: “tudo que eu faço agora é um erro. Se eu for eu é um erro [...]. Eu tentei de todas as formas ser eu. Eu não quero tentar se for desse jeito, seu eu tiver que me expor, se eu tiver que me humilhar pra ser eu [...]” (BIG BROTHER BRASIL, 2021)⁹.

À frente deste cenário, o debate nas redes sociais foi bastante tumultuado, dentre os quais, diversos famosos manifestaram, novamente, apoio ao Lucas, eis que ficaram comovidos com os inúmeros episódios de tortura psicológica e discriminação sofridas. A título exemplificativo abaixo, segue diversos depoimentos publicados na rede social *Twitter* de diversos famosos acerca deste assunto:

⁹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LvScNpGLtxI&t=49s>. Acesso em: 22 maio 2021.

Figura 2 – Publicações de famosos no Twitter sobre a triste experiência de Lucas Penteadó no *Big Brother Brasil*



Fonte: Imagem retirada no site no “Diário do Nordeste” (BBB 21, 2021)¹⁰.

Após a saída do ator, o apresentador Tiago Leifer se dirigiu aos participantes com o seguinte discurso:

Em alguns momentos, alguns de vocês faltaram com fair play. Fair play é aquele momento em que o seu adversário se

¹⁰ Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/entretenimento/zoeira/bbb-21-famosos-repercutem-saida-de-lucas-penteadó-e-oferecem-apoio-1.3044058>. Acesso em: 22 maio 2021.

machuca e você chuta a bola para fora mesmo estando numa condição melhor que ele. Você coloca a bola para fora para que ele seja atendido. É ajudar seu adversário a levantar (BBB 2021, 2021)¹¹.

Em que pese, este discurso tenha proporcionado uma importante reflexão, era necessário algo maior: uma intervenção no momento em que as violências estavam acontecendo, de modo a bloquear, imediatamente, as agressões psicológicas que vinham, reiteradamente, se perdurando.

Segundo Renan Quinalha (2021), professor da Universidade Federal de São Paulo, a acolhida que Lucas não recebeu dos *brothers* dentro da casa, terá mais chances de receber aqui fora. O professor continua afirmando que, Lucas saiu maior ao deixar de lado a lógica do espetáculo sustentada na desumanização, pois dar um ponto final para assegurar a própria humanidade jamais será um ato de fraqueza, mas de grandiosa coragem.

3 A LIBERDADE CONTRATUAL NOS LIMITES DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Em termos inaugurais, é essencial mencionar, aqui, a questão da constitucionalização do direito civil, já que é considerado como um dos fundamentos do direito civil contemporâneo, exigindo uma releitura do direito privado à luz dos valores constitucionais, prevalecendo a pessoa humana, ao invés do patrimônio.

À vista disso, a Constituição ao lançar seus tentáculos para os demais ramos do ordenamento, quer se tornar a ordem jurídica fundamental da sociedade e, não apenas, a ordem jurídica fundamental do Estado, pois estes devem dançar em sincronia na concretização da tutela material da dignidade da pessoa humana. Ou seja, Estado e sociedade não devem se opor, mas

¹¹ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=HrG3O_mqurl. Acesso em: 22 maio 2021.

caminhar rumo ao mesmo destino, de maneira a romper com a dicotomia público-privado, terminando com ilhas inóspitas à Constituição (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Por conseguinte, os direitos fundamentais devem irradiar todas as relações privadas, para fins de obter parâmetros normativos mais coerentes e, por via de consequência, mais justos, incentivando a uma personalização do direito privado. Para Tartuce (2021), a interação entre os direitos patrimoniais e os direitos existenciais ou de personalidade, está conectado com o que se convém nominar Direito Civil Personalizado.

Assim sendo, o direito civil constitucional necessita de “um exame dos conteúdos civilistas frente à supremacia e relevância constitucional, uma vez que as normas constitucionais em matéria civil não são concebidas como algo isolado e autônomo, mas como infra-estrutura do Direito Civil” (PEREIRA; ALEMAR, 2010, p. 14).

Ao entrelaçar as afirmações explanadas até o presente momento aos aspectos centrais deste capítulo, qual seja, a liberdade contratual à luz da concretização da função social do contrato através da valorização da pessoa e da sua dignidade, assinala-se que a “liberdade contratual passou a ser restringida por preceitos e princípios constitucionais, segundo os quais o contrato não é mais um direito absoluto, tendo em vista sua subordinação à ordem pública” (STUART, 2014, p. 50).

Assim, nas palavras dos notórios doutrinadores Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira (2020), o processo de constitucionalização do direito civil insurge-se no direito contratual, não somente na assimilação acerca da conceituação e da função do contrato, mas essencialmente na normativa geral que preceitua o exercício da liberdade de contratar.

Desse modo, defende-se no decorrer deste trabalho, o seguinte: se o texto constitucional impõe limites nas relações privadas, isto significa dizer que não é permitido que as pessoas sacrifiquem suas garantias fundamentais em prol da liberdade contratual, tampouco que as empresas desrespeitem a dignidade das pessoas em prol do benefício econômico.

A propósito, verifica-se pertinente trazer à baila a diferença entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual, já que o artigo 421 do Código Civil sofreu recente alteração em seu texto legal, dada pela Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), substituindo o termo “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”.

A liberdade de contratar, pode ser entendida, em regra, como a liberdade plena, isto é, um direito existencial da personalidade advindo do princípio da liberdade, podendo sofrer raras limitações e, está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado. Já a liberdade contratual diz respeito ao conteúdo do contrato, ponto em que instalam-se limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana (TARTUCE, 2021).

É dessa dupla liberdade que surge a autonomia privada, sendo esta definida como a liberdade que a pessoa tem para buscar os próprios interesses (TARTUCE, 2021). Nesse sentido, considerando que a realidade contratual contemporânea não se constitui apenas da vontade pura dos contratantes, advoga-se como denominação correta a substituição do velho princípio da autonomia da vontade para a autonomia privada. Desse modo, atenta-se:

Assim, a autonomia assumiu a função de integrar as liberdades coexistentes, de acordo com os limites postos no ordenamento jurídico, ou seja, o ordenamento jurídico é que seleciona a vontade com ele condizente – e não a vontade que escolhe livremente as normas aplicáveis ao ato que o sujeito pretende praticar, como acontecia na vigência do modelo liberal. Por esta razão, a expressão ‘autonomia privada’ tornou-se mais apropriada que a expressão ‘autonomia da vontade’ (BAEZ; LIMA, 2016, p. 120).

Conforme os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015) essa substituição da autonomia da vontade para autonomia privada propiciou um direito privado mais humanizado, pois esta última está atada aos Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF) e da Ordem Econômica (art. 170, CF).

Ressalta-se que essa autonomia não é absoluta, pois é limitada pelas normas de ordem pública e nos princípios sociais (TARTUCE, 2021). Ao encontro disso, o já citado artigo 421 do Código Civil dispõe que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Nesse ínterim, é imprescindível trazer à tona, novamente, as sábias palavras de Farias e Rosendal (2015, p. 190):

A função social do contrato exerce importante finalidade sancionadora de evitar que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culminem por instrumentalizá-lo ou, como intuiu Kant, convertam a pessoa – que é um fim em si – em meio para os fins alheios.

Caminhando nesta lógica, o Enunciado n. 23 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, declara que a função social não afasta o princípio da autonomia contratual, “mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Assim, não é demais repetir que a autonomia privada “não se constitui, portanto, em princípio absoluto, e adquire conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade” (TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2020, p. 53).

Com isso, conclui-se, fazendo uso das palavras de Farias e Rosendal (2015, p. 123), que o “ordenamento civil-constitucional não quer que o

contrato seja 'abstrato', no sentido de servir somente à utilidade econômica proporcionada às partes, mas 'causal', cumpridor de uma função social".

Ao encontro disso, Tartuce (2021) infere-se que a função social do contrato permite delinear-lo, de modo que este não se restrinja somente aquilo que foi assinado pelas partes, devendo levar em consideração a realidade social que os rodeia. Ele aduz, ainda, que de acordo com os ensinamentos da personalização e constitucionalização do direito civil, a principal função do contrato não é apenas a segurança jurídica, como também vigiar os interesses da pessoa humana.

Nesse ponto de vista, é importante referir que a função social possui dupla eficácia: eficácia interna (entre as partes) e eficácia externa (para além das partes). No que diz respeito a eficácia externa da função social do contrato, esta foi reconhecida pelo Enunciado n. 21 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil. Segundo Tartuce (2021), existem dois aspectos principais: a) Proteção dos direitos difusos e coletivos; b) Tutela externa do crédito – possibilidade de o contrato gerar efeitos perante terceiros ou de condutas de terceiros repercutirem no contrato.

Já no tocante a eficácia interna, esta foi reconhecida pelo Enunciado n. 360 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil. Também sob o olhar de Tartuce (2021), ela possui seis aspectos principais: a) proteção dos vulneráveis contratuais; b) vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual; c) proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade no contrato; d) nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas; e) tendência de conservação contratual, sendo a extinção do contrato, a última medida a ser tomada e; f) frustração do fim do contrato.

Como se pode perceber, a dignidade da pessoa humana encontra-se alicerçada na eficácia interna da função social do contrato, de maneira a impedir que se sobressaiam conteúdos que tragam ferimentos aos indivíduos. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana deve ser contemplada de

modo coexistencial, e não individualista e é por isso, que o direito privado vem deixando de lado seus ideais individualistas e se dedicando em prevalecer a dignidade da pessoa humana (CLAUDINO; AZEVÊDO, 2017).

Ao cruzar as afirmações até o momento explicitadas, percebe-se em muitos episódios mostrados nos *reality shows*, a ocorrência da “instrumentalização da pessoa para fins de mero entretenimento da audiência, ainda, que, com a autorização dos participantes corresponde a abuso do direito de liberdade de programação pela violação ao princípio da dignidade da pessoa humana” (MOURA, 2018, p. 284). Isto fica visível quando relacionada com o caso de Lucas Penteado no *Big Brother Brasil* 2021, trazido no capítulo um.

Consoante explica Tartuce (2021), a supremacia econômica de indivíduo sobre o outro possibilita que uma parte economicamente mais forte estabeleça as regras contratuais. Ao encontro disso, detecta-se que liberdade econômica “não raras vezes será fator de opressão, pois as relações patrimoniais em boa medida culminam por restringir a liberdade para o futuro, gerando a instrumentalização da pessoa pela via negocial” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 11).

A partir dos ensinamentos acima transcritos, identifica-se na relação contratual existente no *Big Brother Brasil*, que a Rede Globo por ser a parte economicamente mais forte, comanda as regras do jogo e os participantes quando já inseridos na casa, possuem sua liberdade restringida, de modo que se tornam instrumentos nas mãos dos gerenciadores do *reality*.

É neste instante que entra cena os limites trazidos pelo direito fundamental da dignidade da pessoa humana nas relações contratuais, visto que a liberdade contratual não pode ser compreendida como absoluta, pois está limitada pela função social. Desse modo:

A dignidade é que justifica as limitações ao exercício da liberdade nos contratos. Esse conceito, acolhido no art. 1º, III, do Texto de 1988 como fundamento da República, tem sua inspiração no Preâmbulo da Declaração. Esta é a mais expressiva mensagem que o histórico documento deixa para o direito negocial brasileiro, que deve, numa visão prospectiva, ao disciplinar o direito patrimonial, não se afastar dos valores fundamentais da pessoa (MARQUESINI; FERREIRA; ANTONIASSI, 2020, p. 63).

A liberdade contratual, entra em cheque no momento em que participantes de um *reality* perpassam por situações constrangedoras, ou até mesmo humilhantes, como foi a experiência de Lucas, eis que lesiona a função social do contrato. À vista disso, Farias e Rosenvald (2015, p. 190) questionam: “até onde vai a liberdade do ser humano de fazer tudo que queira, quando não proibido por lei? O limite é a dignidade da pessoa humana. A liberdade é um valor pessoal; a dignidade, um valor universal”. Eles afirmam veementemente que a dignidade não pode ser compreendida por padrões individuais, tendo em vista que não basta ser livre, tem que pertencer a essência humana.

Diante dessa conjuntura, o artigo 2.035 do Código Civil aduz que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Nestes termos, faz-se imprescindível trazer a seguinte explicação:

Contudo, a nulidade como espécie do gênero invalidade do negócio jurídico situa-se em seu momento genético. Não há nulidade superveniente, toda invalidade é coeva ao nascimento da relação obrigacional. Em muitas oportunidades, a cláusula negocial é lícita, havendo ilicitude em sua repercussão ou, melhor dizendo, em sua finalidade perante o corpo social em seu contexto histórico e cultural. Assim, em várias situações, a sanção da ineficácia superveniente seria mais adequada que a nulidade [...] (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 191).

De acordo com o escrito acima e com as informações colhidas neste feito, é possível afirmar que na relação contratual entre Lucas Penteadó e a

Rede Globo ocorreu a ineficácia superveniente, pois parte-se do pressuposto que as cláusulas obrigacionais sejam lícitas, ocorrendo a ilicitude no decorrer do desenvolvimento da atividade privada. Por isso, o Enunciado n. 431 do Conselho de Justiça Federal, expõe que “a violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais”.

Isto posto, reitera-se que a liberdade de contratar não pode prevalecer aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, pois esta deverá nortear a função social do contrato. Caso contrário, o contrato sofrerá a ineficácia interveniente. Portanto, o contrato deve ser visto para além da vontade pura dos contratantes, delineando, assim, o real significado da liberdade contratual.

4 EMPRESAS E ESTADO: COMPARTILHANDO RESPONSABILIDADES FRENTE AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS¹²

A justiça contratual, na contemporaneidade, encontra-se por inúmeras vezes, em conflito entre os eventos jurídicos e econômicos. De um lado está o fenômeno da globalização, numa busca constante de um mercado a procura de economia transnacional eficiente. A outro lado, o reconhecimento dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais locais e dos direitos humanos nas convenções internacionais, ambos ratificando os êxitos civilizatórios da modernidade e a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, para que um contrato seja justo é necessário assegurar a conservação de uma ordem econômica livre cumprindo com a função promocional da pessoa, objeto do projeto solidarista constitucional (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

¹² De acordo com Anderson Shreiber (2011), direitos humanos, direitos fundamentais ou direitos da personalidade tratam-se do mesmíssimo fenômeno encarado com facetas variadas, pois o valor tutela é idêntico e unitário: a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, ao encontro dos fundamentos trazidos no capítulo 2, infere-se indispensável uma limitação da liberdade contratual, ou seja, o conteúdo negocial, o qual é frequentemente determinado unilateralmente pelas grandes empresas, necessita de maior intervenção estatal, através de normas de ordem pública, para garantir a primazia da cidadania (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 37).

Na hipótese em comento, conforme restou elucidado no capítulo 1, Lucas sofreu ataques psicológicos, tais como, pressão, exclusão, desprezo, durante sua participação no *reality show* nacional, o que ocasionaram ferimentos aos direitos humanos, sem nenhuma intervenção por parte das Organizações Globo e do Estado.

Conforme explica, Gabriela Shizue Soares de Araujo (2021), em que pese, as condutas efetuadas pelos participantes do *Big Brother Brasil*, possam ser individualizadas para as devidas responsabilizações na pessoa física de cada qual, é indiscutível a responsabilidade das Organizações Globo, que devia ter intermediado para interromper as violações aos direitos humanos desempenhadas, em razão de suas atividades negociais, mesmo que não tenham sido oriundas diretamente de suas ações.

Araujo (2021), sabiamente, continua afirmando que quando uma empresa toma conhecimento da ocorrência de violações aos direitos humanos no domínio de suas atividades produtivas e econômicas, é obrigatório sua atuação efetiva para findar e reparar tais condutas. Ela, evidencia, que esta responsabilidade não cabe somente às Organizações Globo, como também se prolonga aos patrocinadores e marcas parceiras do programa, haja vista que estão se beneficiando financeiramente com o produto de um espetáculo aparentemente gerado em decorrência do sofrimento humano.

A ideia relacionada ao conceito de direitos humanos, na forma como é concebida atualmente, pode ser considerada uma construção social, organizada para atender processos circunstanciais e de momentos distintos

da história (BOBBIO, 2004; PIOVESAN, 2006). Nesse sentido, para Flávia Piovesan (2006, p. 44), estes direitos surgem em determinados contextos como resultado “da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, fundamentado em um espaço simbólico de luta e ação social”.

Nesse viés, parte-se, neste momento, para uma análise em relação aos atos normativos mais recentes, tanto no âmbito nacional como internacional, que versam sobre a proteção dos direitos humanos em relação às atividades empresariais. Nas décadas de 1970, 1980 e 1990, ONU e a OIT buscaram organizar e implementar um código internacional de padrão de conduta para as empresas em relação aos direitos humanos (WEISSBRODT; KRUGER, 2003). Somente, no ano de 2003, a ONU consegue aprovar o documento intitulado “Normas sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outras Empresas em Relação aos Direitos Humanos”. O documento, sobre os aspectos políticos, afirma que as empresas devem:

2. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetar-n los derechos econÓmicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, y contribuir a que se ejerzan, en particular los derechos al desarrollo, a una alimentaciÓn, una salud y una vivienda adecuadas, a la educaciÓn, a la libertad de pensamiento, conciencia y religiÓn y a la libertad de opiniÓn y expresion, y se abstendr-n de todo acto que impida el ejercicio de esos derechos¹³ (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003, p. 6).

Já em 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, em junho do referido ano, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos¹⁴. O Brasil aderiu a estes

¹³ Tradução nossa: As corporações transnacionais e outras empresas de negócios respeitarão os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos civis e políticos, e contribuirão para sua realização, em particular os direitos ao desenvolvimento, à alimentação, saúde e moradia, educação, liberdade de pensamento, consciência e religião e liberdade de opinião e expressão, e abster-se-á de qualquer ato que impeça o exercício desses direitos.

¹⁴ “Essa norma é composta por trinta e um princípios que visam implementar parâmetros para “proteger, respeitar e reparar”, representando regras de *soft law* aplicáveis às condutas das empresas em relação aos direitos humanos, possuindo natureza voluntária” (PASSOS, 2021, p. 379).

princípios desde o início e eles foram criados para implementar os parâmetros “proteger, respeitar e reparar” propostos por John Ruggie em 2008. Desse modo, foram construídos sob três pilares, os quais:

(1) os estados têm o dever de proteger contra violações dos direitos humanos por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, regulamentos, legislação e implementação efetiva; (2) as empresas têm uma responsabilidade independente de respeitar os direitos humanos: ou seja, evitar impactar negativamente os direitos humanos das pessoas por meio de suas atividades ou relações comerciais e lidar com danos que ocorram; (3) quando os direitos humanos forem prejudicados, indivíduos e comunidades afetados devem ter acesso mecanismos de reparação eficazes, nos quais tanto estados quanto empresas têm um papel a desempenhar (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 7).

Por conseguinte, observa-se pertinente apontar no caso em tela, os princípios número 1 e 2, que preceituam sobre o dever do estado de proteger os direitos humanos e o princípio número 13, o qual faz menção a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos:

1. Os Estados devem proteger contra violações a direitos humanos cometidas em seu território e/ou jurisdição por terceiros, incluindo empresas. Para tanto, devem adotar as medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar essas violações por meio de políticas públicas adequadas, normas, regulamentação e apreciação judicial.
2. Os Estados devem estabelecer claramente a expectativa de que todas as empresas domiciliadas em seu território e/ou jurisdição respeitem os direitos humanos em todas as suas atividades e operações.
13. A responsabilidade de respeitar os direitos humanos exige que as empresas:
 - A. Evitem que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre direitos humanos ou para estes contribuam, bem como enfrentem essas consequências quando vierem a ocorrer;
 - B. Busquem prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente relacionadas com operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 21).

Atinente ao âmbito nacional, merece destaque inicial, o artigo 170 da Constituição Federal¹⁵, cujos os termos estão fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, embora, a Constituição Federal garanta o princípio da livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica, movendo o Estado a incentivar o crescimento de atividades econômicas objetivando o lucro, a atual fase de evolução social não aceita que o processo empresarial abandone a dignidade humana, devendo ser considerado a efetivação de uma gestão socialmente responsável, que tenha como guia, paralelo ao lucro, o zelo aos direitos humanos, no contexto social e ambiental (DIAS; DE CARVALHO, 2020). Neste contexto, a Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), almejou prezar pela liberdade contratual, desde que não ofenda as normas cogentes ou de ordem pública (TARTUCE, 2021).

Na sequência, em concordância com os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos, o Brasil editou o Decreto nº 9.571/2018, de 21 de novembro de 2018, que estabelece diretrizes nacionais sobre os direitos humanos nas empresas. Sob o viés estrutural do referido ato normativo, este possui 19 artigos, divididos em 6 capítulos que versam, sobre a obrigação do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais, da responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos humanos, mecanismos de reparação e remediação e, criação de um comitê de monitoramento.

Apesar do Decreto não transparecer clareza quanto ao emprego das penalidades para o descumprimento das obrigações, seu artigo 15¹⁶ trouxe

¹⁵ Art. 170 da Constituição Federal. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

¹⁶ Art. 15 do Decreto nº 9.571/2018. A reparação integral de que trata o inciso IV do caput do art. 14 poderá incluir as seguintes medidas, exemplificativas e passíveis de aplicação, que

a possibilidade de aplicação de pedido público de desculpas, restituição, reabilitação, compensações econômicas ou não econômicas, sanções punitivas como multas, sanções penais ou sanções administrativas e medidas de prevenção de novos danos como liminares ou garantias de não repetição (MARTINS, 2020).

O artigo 1º, parágrafos 2º e 3º do mencionado Decreto, referem que as diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas, de tal modo que às empresas que voluntariamente implementarem as diretrizes receberam o Selo “Empresa e Direitos Humanos”¹⁷. A Repórter Brasil (PENHA, 2018)¹⁸ entrevistou diversos especialistas, dentre eles, Flávia Scabin, professora da Escola de Direito de São Paulo da FGV e coordenadora do Centro de Direitos Humanos e Empresas (CeDHE) da FGV e Jefferson Nascimento, assessor do programa de Desenvolvimento e Direitos Socioambientais da Conectas, os quais ambos criticaram, essa previsibilidade de adesão voluntária, eis que fragiliza o cumprimento dos direitos humanos pelas empresas.

Outro recente ato normativo, elaborado no contexto nacional contemporâneo, é a Resolução nº 5/2020, publicada em 12 de março de 2020, pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), que versa sobre diretrizes nacionais para uma política pública sobre direitos humanos e empresas. Da mesma forma que o Decreto nº 9.571/2018, esta Resolução possui natureza voluntária e determina obrigações ao Estado, em relação à proteção dos direitos humanos, e das empresas, em relação ao respeito,

poderão ser cumulativas: I – pedido público de desculpas; II – restituição; III – reabilitação; IV – compensações econômicas ou não econômicas; V – sanções punitivas, como multas, sanções penais ou sanções administrativas; e VI – medidas de prevenção de novos danos como liminares ou garantias de não repetição.

¹⁷ Art. 1º Este Decreto estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País. [...] § 2º As Diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas. § 3º Ato do Ministro de Estado dos Direitos Humanos instituirá o Selo “Empresa e Direitos Humanos”, destinado às empresas que voluntariamente implementarem as Diretrizes de que trata este Decreto.

¹⁸ A Repórter Brasil Verde é uma ONG que possui como objetivo incentivar a reflexão e ação acerca da violação aos direitos fundamentais dos trabalhadores no Brasil.

além de mecanismos de reparação, declarando que os direitos humanos são universais, indivisíveis, inalienáveis e interdependentes e o Estado tem a obrigação de garantir os instrumentos para sua aplicação (DIAS; DE CARVALHO, 2020).

Nesta perspectiva, o artigo 1º preceitua em seu parágrafo 2º que “os direitos humanos devem ter supremacia sobre quaisquer acordos de natureza econômica, especialmente os instrumentos jurídicos de comércio e investimento”. Feitas tais considerações acerca dos atos normativos, extrai-se que não há como se invocar qualquer contrato ou autorização pactuados pelos participantes do *reality show* gerenciado pela Rede Globo, quando as relações evidenciam violações aos direitos humanos, conforme pode ser visualizado desde o início do *Big Brother* Brasil 2021, principalmente com o jovem Lucas Penteadado (ARAUJO, 2021).

Em análise, aos “Princípios & Valores da TV Globo no Vídeo”, denota-se que o título 10, faz referência aos “temas sensíveis”, tendo como um destes o não incentivo ao comportamento violento. Na sequência, é referido que “quando justificável, conteúdos que apresentem cenas de violência deverão atender os requisitos de pertinência e adequação para com o público a que se destinam, tendo como limite o respeito à sensibilidade da audiência” (REDE GLOBO, 2009, p. 18).

Em seguida, outro princípio e valor apontado é o respeito à diversidade e repulsa ao preconceito, de tal modo que os conteúdos exibidos respeitarão a dignidade da pessoa humana e os sentimentos religiosos. Desse modo, “jamais se promoverá discriminação em razão de condição social, gênero, idade, ideologia, moléstia, orientação sexual, origem étnica, partido político, profissão, religião nem de qualquer outra espécie” (REDE GLOBO, 2009, p. 19).

Infere-se que Lucas sofreu diversas violações aos seus direitos durante sua participação no programa, de tal intensidade, que não suportou

permanecer na casa. Também foi espantoso presenciar o silêncio da Rede Globo diante de todo aquele cenário caótico de ferimentos a dignidade da pessoa humana, mesmo seus princípios e valores referenciando ao contrário. O entretenimento possui limites, eis que não é aceitável que a emissora permita a fluência de cenas de violência psicológica sem pudor e sem nenhuma interferência.

A propósito, em nenhum momento as violências foram justificáveis, tampouco atenderam os requisitos de pertinência e adequação para com o público, conforme pressupõe seus princípios e valores. Muito pelo contrário, ocasionaram uma enorme comoção nacional e cobranças de que a emissora e os patrocinadores do programa se posicionassem para fazer cessar as torturas psicológicas, as quais se pode destrinchar em muitas violações a direitos humanos (ARAUJO, 2021).

Outrossim, nestas situações, é imprescindível uma atuação mais efetiva do Estado, principalmente, pela evidência de dano moral coletivo, pois além de Lucas, outros participantes também sofreram violações, podendo motivar um pedido liminar em ação civil pública, ou qualquer outra medida que desempenhasse a obrigação do Estado brasileiro em proteger os direitos humanos, consoante preceitua os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos, aos quais o Brasil aderiu há dez anos (ARAUJO, 2021).

Ainda, constata-se incoerência nos atos normativos editados pelo Estado brasileiro, pois são baseados na voluntariedade de adesão, e isto proporciona margens de interpretação sobre a não obrigatoriedade em respeitar os direitos humanos por parte das empresas. Portanto, conforme aporte normativo explanado anteriormente, as empresas têm responsabilidade independente de respeitar os direitos humanos. Isto significa dizer que, elas devem evitar que suas atividades impactem negativamente os direitos humanos, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los.

Diante disso, é indiscutível que a emissora não teve responsabilidade social, nem para com Lucas e nem para com os telespectadores, já que permitiu a perpetuação de episódios de extrema desumanidade, sem nenhuma intervenção para interromper as torturas psicológicas e discriminações. Sem contar que em caso de omissão, a intervenção do Estado nas relações contratuais de natureza privada é imprescindível, para fazer aplicar as normas jurídicas e obter a justiça contratual.

5 CONCLUSÃO

As reflexões do escrito, acima apresentado, giraram em torno da relação contratual entre Lucas Penteadó e a Rede Globo. Restou cristalizado no capítulo um, as violências psicológicas e o desprezo com que o ator foi tratado por boa parte dos participantes, durante sua breve trajetória no *reality show* nacional, o *Big Brother Brasil*.

Já no segundo capítulo, foi abordado acerca das interferências da constitucionalização do direito civil no exercício da liberdade de contratar, eis que impõe limites nas relações privadas, não permitindo que as pessoas sacrifiquem suas garantias fundamentais em prol da liberdade contratual, tampouco que as empresas desrespeitem a dignidade das pessoas em favor do benefício financeiro. Desse modo, apontou-se que a realidade contratual contemporânea não se constitui apenas da vontade dos contratantes. Daí o acerto, na substituição da autonomia da vontade para a autonomia privada, proporcionando um direito privado mais humanizado.

Evidenciou-se que o ordenamento civil constitucional quer que o contrato seja causal, cumpridor de uma função social, de tal modo a vigiar os interesses da pessoa humana. Logo, a função social do contrato só encontra sentido quando prevalece a dignidade da pessoa humana. Na sequência, restou demonstrado que, por inúmeras vezes, as cenas mostradas nos *reality*

shows ocorrem a instrumentalização dos participantes pela via contratual, para fins de mero entretenimento da audiência. Prova disso, é o caso de Lucas Penteado no *Big Brother Brasil*.

Ocorre que, nesta situação, a Rede Globo, por se encontrar numa posição economicamente mais forte e detentora do poder de comandar as regras do programa, acaba por restringir a liberdade dos participantes quando já inseridos na casa, momento em que estes se tornam instrumentos em suas mãos. Por isso, a dignidade justifica as limitações ao exercício da liberdade nos contratos.

Feitas tais considerações, o terceiro capítulo, procurou traçar sobre as responsabilidades das empresas e do Estado quando violam os direitos humanos. Ficou demonstrado a responsabilidade da Rede Globo, que deveria ter interrompido com as violações aos direitos humanos, ocorridas em razão de suas atividades negociais. Também afirmou-se que os patrocinadores e marcas parceiras do programa também tinham responsabilidades, pois estavam se beneficiando financeiramente, gerado em decorrência do sofrimento humano.

Ato contínuo, foram realizadas breves considerações em relação aos recentes atos normativos, com o objetivo de trabalhar com a proteção dos direitos humanos em relação às atividades empresariais. Sob o ângulo internacional, foi referenciado acerca dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. Já no tocante ao âmbito nacional, foi comentado acerca do Decreto 9.571/2018 que estabelece diretrizes nacionais sobre direitos humanos nas empresas e a Resolução CNDH nº 5/2020, que expõe sobre as diretrizes nacionais para uma política pública sobre direitos humanos e empresas.

Diante do aporte normativo, entendeu-se que as empresas devem evitar que suas atividades impactem negativamente os direitos humanos, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los. Por isso, conclui-se

que a emissora não teve nenhuma responsabilidade social, nem para com Lucas e nem para com a sociedade, haja vista que permitiu a reiteração de episódios de extrema desumanidade.

Também foi traçado ponderações sobre a necessidade de uma atuação mais efetiva por parte do Estado, quando da inércia da Rede Globo, cumprindo com seu dever em proteger os direitos humanos, tendo em vista a sua aderência aos Princípios Orientadores sobre as empresas e direitos humanos. Também, criticou-se sua atuação na elaboração dos referidos atos normativos comentados anteriormente, eis que baseados na voluntariedade de adesão, permitindo uma interpretação pela não obrigatoriedade em respeitar os direitos humanos.

Frente a todo exposto, conclui-se, nos moldes do artigo 421 do Código Civil, que é possível declarar que a liberdade contratual no caso do Lucas Penteadado no *Big Brother Brasil 2021* não foi exercida em razão e nos limites da função social do contrato. E portanto, em consonância com o Enunciado nº 431 do Conselho de Justiça Federal, nesta relação negocial se perpetuou a ineficácia superveniente. Por isso, a Rede Globo deve ser responsabilizada, eis que foi omissa, diante do sofrimento humano do jovem Lucas. Além disso, restou demonstrado que Estado brasileiro falhou com seu dever de proteger contra violações dos direitos humanos cometidas pela empresa Rede Globo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, R. **BBB21**. Karol expulsa Lucas da mesa e dispara: “Só vai comer quando eu sair”. *Metrópoles*, 1º fev. 2021. Disponível em: <https://www.metrosoles.com/entretenimento/bbb/bbb21-karol-expulsa-lucas-da-mesa-e-dispara-so-vai-comer-quando-eu-sair>. Acesso em: 22 maio 2021.

ARAUJO, G. S. S. Big Brother Brasil e a responsabilidade social corporativa na mitigação de violações aos direitos humanos. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340095/big-brother-brasil-e-a-responsabilidade-social-corporativa>. Acesso em: 22 maio 2021.

BAEZ, N. L. X.; LIMA, G. A. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/80>. Acesso em: 22 maio 2021.

BBB 2021. Momento que Thiago fala sobre Lucas, Lumena sentiu remorso e chorou, não ajudou Lucas. **Youtube**, 9 fev. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=HrG3O_mqurl. Acesso em: 22 maio 2021.

BBB 21: famosos repercutem saída de Lucas Penteadado e oferecem apoio. **Diário do Nordeste**, 7 fev. 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/entretenimento/zoeira/bbb-21-famosos-repercutem-saida-de-lucas-penteadado-e-oferecem-apoio-1.3044058>. Acesso em: 22 maio 2021.

BIG BROTHER BRASIL. Trajetória de Lucas Penteadado: tretas, beijo, amizade e resistência. **Youtube**, 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LvScNpGLtxl&t=49s>. Acesso em: 22 maio 2021.

BOAMORTE, T. Bifobia: a saída de Lucas Penteadado do 'BBB 21' e o preconceito contra bissexuais. **Diadorim**, 8 fev. 2021. Disponível em: <https://www.adiadorim.org/post/bifobia-saida-de-lucas-penteadado-bbb-21>. Acesso em: 22 maio 2021.

BOBBIO, N. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9571-21-novembro-2018-787332-publicacaooriginal-156734-pe.html>. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

CLAUDINO, E. L.; AZEVÊDO, P. P. O uso reiterado do princípio da dignidade da pessoa humana no direito civil-constitucional. In: FEITOSA, M. L. P. A. M.; EHRHARDT JUNIOR, M. A. A.; SANTIAGO, M. C. P. (org.). **Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização.** v. II. João Pessoa: IDCC, 2017. p. 3-16. Disponível em: https://www.academia.edu/31502524/Temas_de_direito_civil_constitucional_da_constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0_humaniza%C3%A7%C3%A3o_volume_II. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 21.** I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/667>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 23.** I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 360.** IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 431.** V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/303>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 5, de 12 de março de 2020**. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA5-2020-CNDH.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

DIAS, C. M.; DE CARVALHO, L. C. O papel indutor da administração pública concertada na efetivação dos direitos humanos pelas empresas. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, v. 6, n. 2, p. 55-75, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/7220>. Acesso em: 24 maio 2021.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOLHAPRESS. No BBB21, Karol Conká expulsa Lucas da mesa e diz que o Brother 'só vai comer depois que eu sair'. **B Banda B**, 1º fev. 2021. Disponível em: <https://www.bandab.com.br/entretenimento/televisao/no-bbb21-karol-conka-expulsa-lucas-da-mesa-e-diz-que-o-brother-so-vai-comer-depois-que-eu-sair-video/>. Acesso em: 22 maio 2021.

FRAGÃO, L. Saída de Lucas Penteado do BBB provoca debate nas redes sobre bifobia. **Forum**, 8 fev. 2021. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/redes-sociais/saida-de-lucas-penteado-do-bbb-provoca-debate-nas-redes-sobre-bifobia/>. Acesso em: 22 maio 2021.

GOMES, M. 'BBB 21': Karol Conká expulsa Lucas da cozinha, ator cai no choro e web reprova. 'É abuso'. **Purepeople**, 1º fev. 2021. Disponível em: https://www.purepeople.com.br/noticia/-bbb21-karol-conka-expulsa-lucas-da-cozinha-xinga-ator-e-revolta-web-desumano_a310505/1. Acesso em: 22 maio 2021.

LUCAS Penteado BBB: saiba quem é e o que faz o participante do BBB 21. **ParanáPortal**, 2021. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/bbb21/lucas-penteado-bbb/>. Acesso em: 22 maio 2021.

MARQUESI, R. W.; FERREIRA, G. G.; ANTONIASSI, E. A. Os 70 anos da declaração universal dos direitos humanos. autonomia privada nos contratos (a liberdade contratual delimitada pela desigualdade). **Revista Portuguesa de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 47-65, jan./jul. 2020. Disponível em: <https://revistas.editoraenterprising.net/index.php/rpcj/article/download/265/444>. Acesso em: 22 maio 2021.

MARTINS, W. M. S. Direitos Humanos nas empresas sob o prisma do decreto 9.571. **Migalhas**, 22 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318862/direitos-humanos-nas-empresas-sob-o-prisma-do-decreto-9-571>. Acesso em: 24 maio 2021.

MOURA, E. A. C. Dignidade da pessoa humana, autonomia de vontade e direito de comunicação: estudo do caso das provas vexatórias nos reality shows. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo/SP, v. 20, n. 8, p. 272-286, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/3131/4000>. Acesso em: 22 maio 2021.

OLIVEIRA, C. Gilberto, quem é? Biografia, história de vida, curiosidades e BBB21. **Área de mulher**, 25 jan. 2021a. Disponível em: <https://areademulher.r7.com/celebridades/gilberto-quem-e/>. Acesso em: 22 maio 2021.

OLIVEIRA, C. Lumena, quem é? Biografia, história de vida, curiosidades e BBB21. **Área de mulher**, 25 jan. 2021b. Disponível em: <https://areademulher.r7.com/celebridades/lumena-quem-e/>. Acesso em: 22 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Derechos economicos, sociales y culturales normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos**. 2003. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/501576>. Acesso em: 25 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios orientadores das Nações Unidas para empresas e direitos humanos**. Aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos por meio da Resolução 17/4. 2011. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

PASSOS, R. M. Empresas e direitos humanos sob a perspectiva da análise econômica do direito no Brasil. **Revista Inclusiones**, p. 374-385, 2021. Disponível em: <http://www.revistainclusiones.org/index.php/inclu/article/view/206>. Acesso em: 24 maio 2021.

PENHA, D. Novo decreto pode fragilizar cumprimento dos direitos humanos por empresas. **Repórter Brasil**, 10 dez. 2018. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2018/12/decreto-do-governo-federal-fragiliza-o-cumprimento-dos-direitos-humanos-por-empresas/>. Acesso em: 24 maio 2021.

PEREIRA, F. S.; ALEMAR, A. Direito Civil Constitucional: a norma constitucional como componente do sistema civil. **Horizonte Científico**, Minas Gerais, v. 4, n. 2, Seção: Ciências Sociais, jan. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/5337>. Acesso em: 22 maio 2021.

PIOVESAN, F. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, n. 69, p. 36-43, 2006.

QUINALHA, R. Lucas sai maior do BBB 21 ao rejeitar o espetáculo baseado desumanização. **Folha de S. Paulo**, 7 fev. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/02/lucas-sai-maior-do-bbb-21-ao-rejeitar-o-espetaculo-baseado-na-desumanizacao.shtml>. Acesso em: 22 maio 2021.

REDE GLOBO. **Princípios & valores da TV Globo no vídeo**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://estatico.redeglobo.globo.com/2013/06/03/Principios_e_Valores_da_TV_Globo_no_Video.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SIAROM, B. S. Karol Conká, quem é? Biografia, carreira e empoderamento feminino. **Área de mulher**, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://areademulher.r7.com/celebridades/karol-conka-quem-e/>. Acesso em: 22 maio 2021.

STUART, L. C. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto/SP, ano XIX, n. 23, p. 41-57, jan./dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/download/299/497>. Acesso em: 22 maio 2021.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; METODO, 2021.

TEPEDINO, G.; KONDER, C. N.; BANDEIRA, P. G. **Fundamentos do Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WEISSBRODT, D.; KRUGER, M. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights.

American Journal of International Law, v. 97, n. 4, p. 901-922, 2003.

Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/norms-on-the-responsibilities-of-transnational-corporations-and-other-business-enterprises-with-regard-to-human-rights/34E6B4D8E66D372CB4B77695D8F23F7F>. Acesso em: 22 maio 2021.

COVID-19 NO BRASIL, DIREITO HUMANO À SAÚDE E OS BENS COMUNS

Gustavo Borges

Resumo: O presente artigo tem por objetivo geral analisar o sistema de saúde brasileiro a partir do cenário global provocado pela pandemia do novo coronavírus, e a necessidade de se repensar os bens da saúde sob a perspectiva dos bens comuns. Buscou-se traçar as principais dificuldades enfrentadas pelo sistema que impedem o efetivo acesso aos serviços de saúde, a partir da pandemia global da Covid-19. Optou-se pela pesquisa bibliográfica e pelo método dedutivo. Ao final, concluiu-se que os bens e recursos voltados à promoção da saúde, especialmente os imunizantes contra a Covid-19, devem ganhar proteção jurídica e política do Estado, com vistas a impedir sua expropriação por governos e empresas, porque estão intrinsecamente vinculados à dignidade e preservação da vida. O acesso aos bens da saúde deve ocorrer de maneira equitativa, em constante proteção dos direitos humanos, e independente de quaisquer discriminantes, seja de ordem financeira, de etnia, sexual, racial etc.

Palavras-chave: Bens comuns. Saúde. Covid-19. Direitos Humanos.

Abstract: *The present article has the general objective of analyzing the Brazilian health system from the global scenario caused by the pandemic of the new coronavirus, and the need to rethink health goods from the perspective of common goods. We sought to trace the main difficulties faced by the system that prevent effective access to health services, from the global pandemic of Covid-19. We opted for bibliographic research and the deductive method. In the end, it was concluded that goods and resources aimed at health promotion, immunizations against Covid-19, should gain legal and political protection from the State, with a view to preventing their expropriation by governments and companies, because they are intrinsically linked to the dignity and preservation of life. Access to health goods must*

take place fairly, in constant protection of human rights, and independent of any discrimination, whether financial, ethnic, sexual, racial, etc.

Keywords: *Common goods. Health. Covid-19. Human Rights.*

1 INTRODUÇÃO

A análise do atual cenário da saúde global leva-nos a inferir que a questão humanitária mais importante surgida nesse início do século XXI refere-se ao enfrentamento da pandemia provocada pela Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-CoV-2), doença originada do novo coronavírus, conhecida como COVID-19. Os reflexos da doença não se limitam tão somente à sobrecarga dos sistemas de saúde, muito além disso, alteraram significativamente as economias globais, a circulação de pessoas, e acelerou processos de desigualdades sociais, por exemplo. Estudos realizados no âmbito da Organização Mundial de Saúde (OMS) revelam que a pandemia atinge mais de 220 países e territórios, com mais de 186 milhões de pessoas infectadas, e pouco mais de 4 milhões de mortos pela doença (WHO, 2021).

A procura por tratamento evidenciou que a maioria dos sistemas de saúde do mundo apresentam falhas na oferta de acesso aos serviços básicos, o que exige uma remodelagem desses sistemas numa perspectiva de saúde global no intuito de superar as fragilidades desveladas e canalizar todas as forças na proteção da população, tanto das enfermidades propriamente ditas, como de suas consequências, que, como dito, refletem profundamente no campo da política, da econômica e no social (LIBAL; KASHWAN, 2020).

Outro aspecto importante a ser destacado refere-se as incontáveis violações de direitos humanos originadas ou intensificadas a partir do colapso da saúde global decorrente da pandemia. Essas violações revelam a impotência dos Estados no combate ao avanço do vírus, além da ausência

de colaboração política global voltada à saúde, diante de uma crise de emergência global de saúde (LIBAL; KASHWAN, 2020).

Especificamente no Brasil, o cenário causa preocupação, tanto no plano interno como no externo. Em que pese possuir um modelo de saúde de matriz universal e igualitário, o sistema tem sido incapaz de atender à crescente demanda, o que ficou acentuado no contexto da pandemia do novo Coronavírus, agravando-se, sobretudo, pelo posicionamento negacionista encampado pelo governo do Presidente Jair Bolsonaro, que atrasou consideravelmente a compra de vacinas pelo Brasil (RADIS, 2020).

A pesquisa mostra-se relevante, dado o cenário de crise emergencial global, com o Brasil no epicentro da pandemia, ultrapassando a marca de mais de 500 mil mortes. Esse cenário ainda é mais grave considerando a política negacionista incorporada pelo governo do presidente Jair Bolsonaro. Essa opção desastrosa impediu a adoção de medidas que possibilitassem coibir a disseminação do vírus, e só contribuiu para a desinformação da população e avanço da doença, com o consequente colapso do já sobrecarregado sistema de saúde. Além disso, e sem quaisquer evidências científicas, assim como Trump, Bolsonaro propagandeou a cura da Covid-19 pelo medicamento cloroquina (SOTO, 2020).

Para cumprir o sobredito objetivo geral, dividiu-se a abordagem do assunto em três partes: inicialmente, aborda-se o estudo dos bens comuns e sua compreensão no contexto da saúde; num segundo tópico, trabalha-se a dimensão da saúde como um direito humano; e por fim, desenvolve-se o terceiro tópico sobre a Covid-19 no Brasil e a estagnação do sistema de saúde.

A reflexão em questão tem o intuito de buscar responder à seguinte indagação: a compreensão do direito à saúde como um bem comum permite a universalização e distribuição equitativa dos serviços e recursos inerentes a esse direito?

Utilizou-se a metodologia dedutiva, aplicando-se a pesquisa bibliográfica com base na literatura nacional e estrangeira acerca da temática.

O estudo dos bens comuns revela-se como importante tarefa àqueles que buscam compreender os sentidos e práticas dos movimentos sociais, da cooperação e solidariedade humana. Do mesmo modo, o acesso aos bens da saúde, especialmente a vacina Covid-19, é a materialização do direito à saúde e do direito à vida, do contrário, resultará em violação aos direitos humanos.

2 OS BENS COMUNS E SUA COMPREENSÃO NO CONTEXTO DA SAÚDE

Nos últimos anos, percebe-se que houve uma intensificação dos estudos envolvendo os bens comuns¹. Isso tem contribuído significativamente para melhor compreendermos esse fenômeno, cujas bases ecoam de culturas milenares², bem como, servem para desvelar processos de apropriação e cercamento desses bens na atualidade. A partir disso, para compreendermos os bens comuns no contexto da saúde, é imprescindível entendermos o que são, como se constroem e como se revelam esses bens (OSTROM, 2000).

O primeiro desafio apresentado é conceituar os bens comuns sem, contudo, aprisioná-los em rótulos gramaticais e/ou jurídicos, que reduzam suma essência e generalidade. Ou seja, é preciso cuidar para que redutores gramaticais ou jurídicos não aprisionem os bens comuns em conceitos vagos e reduzidos. Deste modo, podemos inferir que o conceito de bens comuns se insere naquelas categorias de difícil definição. Isso decorre, talvez, da

¹ Os trabalhos desenvolvidos pela economista Elinor Ostrom no final do século XX revelam essa tendência de se resgatar o estudo e compreensão dos bens comuns.

² Weber aponta os anos entre 1500 e 1800 como sendo o período em que ocorreram as primeiras transformações da propriedade, ou seja, quando a propriedade privada começa a tomar o lugar da propriedade comum. Para o autor, há um processo historicamente desenvolvido de ressignificação "da natureza como um processo econômico", cujos propósitos desencadeiam no cercamento dos comuns.

dificuldade de enxergarmos um tema tão plural fora de lentes monoculares, que inviabilizam enxergar sua completude. Por outro lado, é fundamental apontar numa direção ao considerarmos a necessidade de se indicar tanto a metodologia como os aportes teóricos em que se pretende discutir o objeto investigado, e isso não conduz necessariamente ao desprezo ou abolição de outros caminhos e possibilidades de enxergar o objeto. O conceito dos bens comuns se insere numa perspectiva plural, que abarca múltiplas possibilidades (BORGES; FILÓ, 2021).

Deste modo, a análise conceitual multifacetada dos bens comuns não representa uma barreira à sua compreensão e abrangência, ao contrário, reflete a necessidade de se construir e fomentar espaços que viabilizem discussões mais profundas sobre o tema. E a partir disso contribuir para uma aproximação entre os variados conceitos. Além de ampliar a proteção dos elementos aos quais os bens comuns buscam dar visibilidade. Isso justifica, por exemplo, as discussões filosóficas, políticas, econômicas, jurídicas etc., as quais apresentam interpretações distintas do fenômeno aqui estudado, mas estão associadas de algum modo (BORGES; FILÓ, 2021).

As contribuições de Bollier (2008, p. 30) apontam para essa direção, dando conta de que é possível agregar ao conceito dos bens comuns uma multiplicidade de fenômenos, não se restringindo àqueles vinculados a natureza. Para esse autor, no conceito de bens comuns é perfeitamente possível inserir construções sociojurídicas, voltadas a administração e compartilhamento comunitário. Além disso, a existência de uma inumerável variedade de bens comuns não impede inseri-los em algumas das três categorias gerais que o autor identifica como bens comuns (1) “presentes na natureza”, aqueles que são frutos das (2) “criações materiais” e (3) “criações intangíveis”, ou em alguma outra categoria geral que possa ser mais adequada (BOLLIER, 2019, p. 30).

A partir dessas considerações, tem-se que a administração compartilhada dos recursos, com foco no acesso equitativo e sustentável, predominante na construção dos bens comuns, é o que os diferencia, por exemplo, das políticas de Estado e, conseqüentemente, daquelas categorias dos direitos sociais atinentes aos serviços públicos. Aparentemente desnecessária, essa distinção revela-se importante quando nos debruçamos sobre as regras que regem uma e outra categoria (bens comuns x serviços públicos). As bases dos bens comuns sustentam-se sob regras intimamente ligadas à tradição, às práticas sociais, e aos costumes; já nos serviços públicos, as regras preponderantes estão vinculadas às categorias formais, intrinsecamente ligadas ao Estado (BOLLIER, 2008)³. Nesse sentido, Quilligan (2012, p. 118) destaca que:

Virtually everyone today recognizes the difference between private goods (commercial products and services created by businesses) and public goods (education, parks, roads, public safety, sanitation, utilities, legal systems and national defense provided by sovereign governments). Likewise, the contrast between private and common property has also become very sharp. In our daily lives, we readily perceive the differences between proprietary data and free information, or the berries sold at market and those found in the wild. Yet the differences between the world's two basic forms of collective property – public goods and common goods – are often blurred. One of the great challenges before us is to create powerful and broadly recognized distinctions between public goods and commons/common goods – the shared resources which people manage by negotiating their own rules through social or customary traditions, norms and practices.¹ These distinctions are pivotal. For the commons to be embraced in economic, ecological and social policy, their immediacy should be apparent to everyone. The cognitive apprehension of common goods must quicken our capacity to experience and understand the things we share beyond the enclosed spaces of private and public property. Formal categories may help clarify distinctions among private, public and common goods, but they do not convey the sense of human meaning, being and intersubjectivity that lie at the heart of any commons. Indeed, much of the literature on the commons fails to convey this sense of presence.

³ Isso não significa uma ruptura com o Estado, mas o inverso. Neste sentido, os bens comuns da saúde continuam pertencendo ao cidadão, cabendo ao Estado tão somente geri-los. Cabe à sociedade civil, e no plano individual aos cidadãos exigir e fiscalizar essa gestão.

Os bens comuns fomentam a reciprocidade coletiva, possuem carga de intersubjetividade, e desvelam o verdadeiro sentido de humanidade. Para Quilligan (2012), esse aspecto, somado as incoerências da literatura sobre o tema, implica na incompreensão do significado de bens comuns, dificultado, também, uma apreensão do conceito cognitivo. A solução apontada pelo autor para distinguir essas diferentes categorias (bens comuns x bens públicos) está no modelo de gestão, intrínseco a cada um deles. Assim, se há uma gestão oriunda de um mandado (político/governamental) estamos tratando sobre bens públicos. Porém, quando estamos falando sobre um gerenciamento que reflete a mutualidade e colaboração, estaremos tratando de bens comuns (QUILLIGAN, 2012).

Pelo que já foi discorrido até aqui, fica evidenciado que o conteúdo do tema em análise não se restringe tão somente aos aspectos gramatical e jurídico, para além disso, a gestão coletiva dos bens comuns⁴ sofre novos e perversos enclausuramentos, desenhados e geridos pela autoridade governamental que, após sua expropriação, disponibiliza-os como produtos do mercado privado. As distorções sociais entre as massas de excluídos e àqueles poucos privilegiados que, de algum modo, exercem domínio sobre o modo de produção, são reflexos dessa campanha de expropriação predatória do Estado sobre os bens comuns (QUILLIGAN, 2012).

Influentes setores da economia e da política se valem dessa ingerência estatal sobre os bens comuns para desqualificá-los. Como argumento, defendem que o modelo de compartilhamento e gerenciamento desenvolvido na perspectiva dos bens comuns é um sistema falido. Porém, a premissa não se sustenta quando analisamos que esse modelo de compartilhamento coletivo

⁴ Em seu artigo Quilligan também destaca a necessária distinção entre bens comuns e recursos de uso comum. Para o autor, os recursos de uso comum têm como principal característica a adoção de regime de acesso aberto, são desprovidos de gerenciamento ou regras, e estão disponibilizados para qualquer pessoa. Doutro modo, os bens comuns caracterizam-se por possuírem uma administração fundadas em regras e normas informais.

se caracteriza como um sistema difundido mundialmente, com resultados positivos no âmbito cultural e ecologicamente responsável (BOLLIER, 2017).

Esse delineamento se faz necessário ao considerarmos a atual conjuntura onde bens e pessoas estão conectados principalmente para atender as regras do mercado de consumo. Como consequência dessa simbiose, não sendo a única, pode-se apontar a falsa ideia de que os bens se restringem àqueles bens gestados no mercado de consumo. A ideia de recursos naturais renováveis e autogerados é descartada (QUILLIGAN, 2012).

Portanto, é possível inferir que a desconstrução intencional dos bens comuns, sob o olhar vigilante do Estado, teve como principal objetivo estabelecer os alicerces de sustentação da propriedade privada e de seus parentes mais próximos, o livre mercado e o livre comércio. Isso fica evidente quando se observa que na atualidade, e sob a regência neoliberal, os cidadãos que trabalhavam e disponibilizavam seus recursos em benefício da coletividade dão lugar as instituições governamentais, cuja vocação reside na promoção do bem-estar individual sob as regras do mercado de consumo (QUILLIGAN, 2012).

Além disso, considerando sua amplitude conceitual, os bens comuns não se restringem aos recursos naturais compartilhados pela comunidade, mas incluem, dentre outros, software, livros, finanças, conhecimento sobre cultura indígena e de outros povos etc. Ou seja, há uma onda de redescobrimto dos bens comuns no contexto moderno industrial (BOLLIER, 2017, p. 137).

[...] it is in fact a pervasive and highly generative system for meeting people's needs. Commons tend to function in more culturally satisfying, ecologically responsible ways, which is more than can be said for conventional markets and government systems. An estimated two billion people in the world depend upon various natural resource commons (water, forests, fisheries, farmland, wild game, and so on) to meet their everyday needs – and over the past 20 years, many people in modern, industrialized contexts have (re)discovered the commons as a new paradigm of self-provisioning.¹ It is producing everything from software, textbooks to farm equipment, and providing

valuable stewardship for urban spaces, indigenous knowledge, natural resources and cooperative finance.

O processo de redescoberta dos bens comuns seguiu o modelo natural de produção, administração e de compartilhamento, que é historicamente característico desses bens. Ou seja, sem necessidade da intervenção estatal no âmbito da positivação ou proteção, a produção dos bens comuns sempre manteve estreita aproximação com os costumes, a autogestão e as regras negociadas pelos grupos donde se originam, e isso sempre foi o marcador e alicerces de manutenção desses bens (BOLLIER, 2017).

Esse olhar possibilita, por exemplo, vislumbrar caminhos outros que vão além do poder estatal no contexto pós-capitalista. Desse modo, com vistas a proteção dos bens comuns, parece viável sua aproximação com os mecanismos estatais que viabilizem sua proteção contra novos cercamentos. Nessa perspectiva, é possível a aproximação dos bens comuns de outras categorias, como os bens da saúde⁵ (BOLLIER, 2017).

As práticas mercadológicas desenvolvidas no âmbito da saúde se revelam danosas para nossa própria existência. A pandemia advinda da Covid-19 deixa evidente as fragilidades profundas existentes no atual modelo de saúde brasileiro que depende das políticas de governo para sua sobrevivência. Como ficou claro, a crise, inicialmente tida como de saúde, revelou-se de múltiplas facetas. A economia, a política, o ensino, dentre outros setores, todos foram profundamente abalados. Os reveses se deram de maneira descentralizada, nos diferentes setores (LIBAL; KASHWAN, 2020).

⁵ No plano externo o Brasil sempre esteve na vanguarda nas discussões de acesso aos bens da saúde, o que vem sendo alterado de maneira negativamente profunda pela atuação da extrema direita no Governo Federal, que encampa o negacionismo e obscurantismo, além de inviabilizar o avanço de pesquisas na área de saúde (VENTURA et al., 2020, p. 1-5).

Como contraponto, direcionamos para a inclusão dos modelos de produção dos bens comuns no âmbito da saúde. Ou seja, aqueles recursos intrinsecamente voltados à promoção da saúde devem ser deslocados do âmbito privado e do público para uma daquelas categorias dos bens comuns. E ao Estado cabe o papel de vigilância, porém, no sentido de fornecer os meios necessários à proteção desses bens comuns da saúde, inclusive proteção jurídica, impedindo sua expropriação moderna (MATTEI, 2012).

3 A DIMENSÃO DA SAÚDE COMO DIREITO HUMANO

A saúde está intrinsecamente vinculada ao direito à vida, ou seja, cuida ser questão existencial, e é nessa perspectiva que ganha proteção jurídica⁶ e insere-se no plano interno como um direito fundamental, pertencente à categoria dos direitos sociais⁷, e no plano externo reverbera como uma categoria dos direitos humanos. Essa noção da saúde como um direito coaduna-se com os princípios desenvolvidos no âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS), desde o início de suas atividades⁸. Para além da

⁶ Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição Federal define que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

⁷ O artigo 6º da Constituição Federal elegeu como pertencentes à categoria dos direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

⁸ A Constituição da OMS foi aprovada durante a Conferência Sanitária Internacional realizada entre 19 e 22 de junho de 1946, na cidade de Nova York, porém, sua vigência só teve início em 07 de abril de 1948. Sua atuação na promoção da saúde está fundamentada nos seguintes princípios: (i) *La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.* (ii) *El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.* (iii) *La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.* (iv) *Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.* (v) *La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.* (vi) *El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.* (vii) *La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el*

ausência de doenças ou enfermidades, a saúde deve ser compreendida numa dimensão biossocial que agregue o físico, o mental e o social (WHO, 2014).

Além disso, o direito humano à saúde traz consigo elementos que possibilitam forjar os caminhos para a paz na medida em que, num mundo cada vez mais interligado, é exigido de todos os povos maiores esforços de cooperação e solidariedade, principalmente quando deparamo-nos com cenários que evocam o necessário enfrentamento de doenças contagiosas e das desigualdades sociais. Neste sentido, um dos princípios presentes na Constituição da OMS recorda que as doenças transmissíveis são “um perigo comum” a todos os povos e, por isso, a cooperação deve prevalecer como um dos princípios norteadores no tratamento da saúde como um direito humano (WHO, 2014).

Mas essa ideia da saúde como um direito humano não se completa sem o necessário enfrentamento das desigualdades sociais. Essa ponderação se mostra de grande relevância quando nos debruçamos sobre as sequelas deixadas num contexto de enfermidade global. As estruturas políticas, econômicas e sociais são afetadas, e conseqüentemente as desigualdades aprofundadas. Inegavelmente as populações mais pobres são as que mais sofrem. Os recursos outrora escassos já não existem. A pandemia⁹ do novo coronavírus deixa evidente esse desajuste social que tem amplitude global. As projeções da Oxfam do início de 2020 já indicavam o lucro exorbitante¹⁰

más alto grado de salud. (viii) Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo. (ix) Los gobiernos tienen la responsabilidad de la salud de sus pueblos, que sólo puede cumplirse mediante la provisión de medidas sanitarias y sociales adecuadas (WHO, 2014, p. 1).

⁹ A OMS utiliza o termo ‘pandemia’ para se referir a “distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade”. Esse termo abrange a existência de surtos de determinada doença em vários países e regiões, à exemplo do que vem ocorrendo no contexto da covid-19. OMS. Emergência de Saúde Pública de importância Internacional (WHO, 2021).

¹⁰ Segundo dados da Oxfam, esse cenário de pandemia global tem servido de fonte de riqueza para alguns. As projeções do início de 2020 apontavam que as empresas um seleto grupo de 17 empresas, dentre elas a Microsoft, Johnson & Johnson, Facebook, Pfizer e a Visa, teriam um aumento gigantesco nos lucros em relação aos anos anteriores. Juntas somariam mais de US\$ 85 bilhões de lucro somente em 2020. Quando ampliamos o leque para incluir as empresas mais lucrativas do mundo, 32 dessas empresas com atuação nos mercados dos Estados Unidos,

que 17 das 25 maiores empresas americanas obteriam, mesmo diante do cenário catastrófico causado pela pandemia (GNEITING; LUSIANI; TAMIR, 2020).

Como consequência da grave crise global, provocada pela pandemia do novo coronavírus, as projeções para o final de 2020 já indicavam um aumento exponencial de mais de 270 milhões de pessoas passando fome. Venezuela e mais nove países e regiões concentraram 65% das pessoas em extrema crise de fome. Isso também é reflexo da fragilidade dos sistemas de saúde em prestar assistência médica adequada aos usuários, o que provoca redução de sua capacidade produtiva (GNEITING; LUSIANI; TAMIR, 2020).

Importante recordar também de que o panorama de desigualdades até aqui descrito não surge com a pandemia global, pelo contrário, é pré-pandêmico, e é justamente uma das bases desestruturantes da grande maioria dos sistemas de saúde do mundo. A pandemia apenas escancarou as desigualdades existentes e a fragilidade desses sistemas, sobretudo no Brasil, com mais de 19 milhões de pessoas infectadas, superando a marca de mais de 500 mil óbitos (WHO, 2021).

Percebe-se, deste modo, que passados quase 75 anos de aprovação da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), cuja adesão contou com pouco mais de 60 signatários, a saúde como um direito humano e universal, ainda carece de ressignificação e proteção. Sob muitos aspectos, em decorrência de disputas ideológicas, geopolíticas e mercadológicas, esse direito permanece sem a visibilidade e o alcance a que se propõe (VENTURA *et al.*, 2020).

O direito à saúde, numa perspectiva do direito internacional, ultrapassa a ideia de que saúde não é apenas a ausência de doença, para além disso,

Europa, Austrália, Índia, Nigéria e África do Sul, a projeção de lucro delas foi astronômica. Juntas lucrariam mais de US\$ 109 bilhões, quando comparados aos últimos quatro anos (GNEITING; LUSIANI; TAMIR, 2020).

consiste em “estado de completo bem-estar físico, mental e social”, “sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social”. Assim, o direito humano à saúde se constitui como a única via para se atingir a mais alta qualidade de vida possível, aglutinando o acesso aos serviços mais básicos, como o acesso à água e saneamento (WHO, 2014, p. 1).

A Constituição da OMS indica os pilares necessários para se conceber o direito à saúde como universal e as vias de como torná-lo acessível a todos os povos. Além disso, preconiza que a paz e segurança dependem da cooperação internacional para se ver materializado esse direito que é essencial à própria sobrevivência da espécie humana (WHO, 2014).

Repensar a saúde como um direito humano significa romper com velhos paradigmas que norteiam o pensamento mercadológico, considerando que durante muito tempo legislação, decisões judiciais, e instituições governamentais conduziram as discussões do tema sob um viés das leis de mercado. E essa mudança paradigmática, apesar de parecer uma tarefa complexa, é emergencial, principalmente no Brasil, onde a opção governamental, de viés populista tem deslocado o país para o isolamento no cenário internacional em diversos temas, inclusive no da saúde (VENTURA et al., 2020).

Esse panorama repercute nitidamente na categoria dos direitos humanos, principalmente quando compreendemos que o acesso ao direito à saúde deve ocorrer em consonância aos princípios da universalidade, do não retrocesso, e da equidade. Porque, ausentes qualquer desses princípios exemplificadores do acesso à saúde como um direito humano existencial, haverá violação aos direitos humanos (VENTURA et al., 2019).

A conjuntura global evidencia que a categoria jurídica dos direitos sociais¹¹, idealizada no pós-guerra, sob o viés da solidariedade humana, cujo

¹¹ Para Cunha Júnior (2018, p. 63), os direitos sociais funcionam como verdadeira outorga para que o cidadão exija do Estado posições ativas no que tange a implementação efetiva das condições

conteúdo está vinculado aos “postulados da justiça social”, os quais não atuam de forma automática, é insuficiente para concretizar os anseios humanos por uma vida digna. A materialização do direito à saúde condicionada a implementação das chamadas políticas públicas possivelmente é um fator de aumento das desigualdades sociais (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 63-64).

E partir desse contexto, considerando o aumento das desigualdades sociais, e da necessidade de se buscar soluções que contraponham ao modelo neoliberal de tratamento da saúde como um produto, é que se chega à conexão entre o direito humano à saúde e os *bens comuns* como alternativa a ultrapassada dicotomia público x privado. Assim, os bens e serviços de saúde sob a ótica dos bens comuns funcionam como caminhos para concretizar os princípios de proteção dos direitos humanos, e ao mesmo tempo servir de projeto de emancipação política, econômica e social (GUTIÉRREZ AGUILAR; NAVARRO TRUJILLO, 2019).

Os direitos humanos revelam-se como sinônimo da intensa movimentação social travada fora do sistema e por diferentes sujeitos, cujo esforço reside na edificação das possibilidades “materiais e imateriais necessárias” à conquista dos bens da vida. E essas possibilidades se afiguram como o acesso aos mecanismos “políticos, sociais, econômicos, culturais ou jurídicos”, e podem resultar em sua positivação, desde que haja uma “correlação de forças parlamentares”, capazes de garantir sua normatização no sistema (HERRERA FLORES, 2009, p. 28-29).

Portanto, é possível inferir que a categorização da saúde como um direito humano funciona como um marcador da própria dignidade. Ou seja, compreender à saúde como um direito humano é entender que tanto a ausência de políticas públicas, quanto a existência de barreiras que inviabilizem o acesso aos bens e recursos que materializam esse direito violam à própria

necessárias ao pleno e “efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização das situações sociais desiguais”.

dignidade humana, sujeitando o Estado a sanções no plano interno e externo (PIRES, 2020).

Nessa linha de raciocínio, entende-se que a dignidade aqui apontada não se aproxima de um ideal abstrato, mas ao contrário, cuida ser algo concreto. Com isso, significa dizer que a dignidade humana se traduz no efetivo acesso de todos aos bens da vida, de maneira igualitária, sem as amarras hierarquizantes presentes nos processos de divisão social tradicional e hegemônico. Ou seja, há, portanto, a materialização da dignidade quando se tem acesso concreto “aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida” (HERRERA FLORES, 2009, p. 30-31).

4 A COVID-19 NO BRASIL E A ESTAGNAÇÃO DO SISTEMA DE SAÚDE

O final da segunda década do século XXI ficará associado a impotência dos Estados em evitar o colapso de seus sistemas de saúde num cenário de emergência global, como o provocado pela Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), doença originada do novo coronavírus, popularmente conhecida como COVID-19. Segundo levantamentos da Organização Mundial de Saúde (OMS), a pandemia atinge mais de 220 países e territórios, com mais de 186 milhões de casos confirmados e a triste marca de mais de 4 milhões de óbitos em todo o mundo. As Américas se destacam nas primeiras posições em número de infectados e mortos. Os levantamentos divulgados pela OMS apontam que o continente americano possui mais de 73.961.555 pessoas contaminadas, e quase de 2 milhões de óbitos decorrentes da Covid-19. Esse é o atual cenário provocado pela nova pandemia do século XXI (OPAS, 2021; WHO, 2021a).

Nesse contexto catastrófico, com riscos à nossa própria existência, o Brasil, na contramão de outras nações, caminha a passos largos para ocupar

as primeiras posições dessa tragédia mundial, sobretudo, no âmbito federal, diante da ausência de políticas públicas voltadas ao enfrentamento do vírus, com discursos de viés negacionistas, e campanhas de apagamento do “protagonismo histórico do Brasil” em defesa de uma saúde global. Como consequência, o número de casos confirmados da doença no país já supera a marca de mais de 19 milhões, e o número de óbitos não para de crescer, totalizando mais de 500 mil vidas ceifadas (VENTURA et al., 2020; WHO, 2021).

Esse panorama tem exigido esforços significativos das autoridades governamentais de todo o mundo, no sentido de frear o avanço da doença e minimizar as severas consequências surgidas com a moléstia. A necessidade de impedir a sobrecarga dos sistemas de saúde é a tônica do momento. E é nessa perspectiva que a compreensão da saúde como um direito fundamental ganha maior amplitude e aponta, por exemplo, para a necessidade de repensar o modelo de proteção do Sistema Único de Saúde (SUS), de viés universal e igualitário, atualmente vigente no Brasil, sob a perspectiva dos bens comuns, redirecionando o país para seu necessário retorno ao protagonismo em defesa de uma saúde global (SILVA; VENTURA, 2020).

No atual cenário de pandemia, as desigualdades sociais não só ficaram fortemente evidenciadas como houve considerável aprofundamento, e são refletidas pelo desemprego, ausência ou insuficiência de renda, falta de alimentos, sucateamento do ensino etc. A pandemia tem, sobretudo, potencializado o acelerado processo de sucateamento e desmantelamento do SUS, colapsado em muitas regiões. Isso implica na restrição de acesso aos cuidados básicos às populações mais necessitadas, e sem dúvidas, implica no elevado número de mortes, sendo este seu principal efeito. O enfrentamento local da pandemia tem se revelado dissociado nos diferentes estratos sociais (CAPONI, 2020).

Segundo dados da Oxfam Brasil (2021) milhões de pessoas foram vitimadas em decorrência da pandemia do coronavírus, sendo que as

populações mais pobres foram as que sofreram com maior intensidade as adversidades decorrentes da pandemia. Além do enfrentamento da própria doença, os mais pobres ainda precisam conviver com a perda de emprego e renda, e a contrário senso, os mais ricos conseguiram se erguer mais facilmente, isso quando não obtiveram lucros cada vez maiores, chegando a duplicar suas riquezas.

Em editorial intitulado ‘O Vírus da Desigualdade’, a Oxfam Brasil denuncia que “a pandemia de covid-19 expôs, alimentou e aumentou as desigualdades econômicas, de raça e gênero por toda a parte”. E no contexto Brasil essas desigualdades se revelam em vários aspectos, e são potencializadas pela postura de um (Des)governo Federal autoritário e negacionista que fomenta o cenário de morte e aumento do abismo das disparidades sociais (CAPONI, 2020, p. 213-214; OXFAM, 2021).

Algumas vozes em suposta defesa do emprego e renda dos brasileiros, reverberam uníssonas que se faz necessário seguir com o comércio em pleno vapor, mantendo a economia ileso ao vírus, ao passo em que se opõem às políticas de distanciamento social e outras medidas que visam proteger a vida, e o enfrentamento e diminuição dos casos da Covid-19. Essas vozes, no entanto, surgem das classes mais abastardas, que não sentem de forma significativa os reflexos da pandemia (CAPONI, 2020).

Essa lógica mercadológica que não se solidariza, e que desconhece a empatia é reflexo de uma razão burguesa que enxerga tão somente o lucro, mesmo diante de um cenário de necrópole generalizado em todas as regiões do Brasil. E nessa dimensão o pensamento encapado por Capella (2002) apresenta-se como atualíssimo para descrever essa lógica perversa do ideário capitalista.

Ante o altar da razão – nunca ficará de todo claro que se trata só de uma razão, da razão burguesa, abstrata e calculista; da lógica da produção capitalista – tudo será sacrificado: de uma parte, as

crenças do passado, os mitos da etapa infantil da humanidade; de outra, tudo o que signifique uma pedra nas botas de sete léguas do capitalismo moderno (CAPELLA, 2002, p. 101).

A partir dessas ponderações, a categorização da saúde como um direito fundamental funciona como um marcador da dignidade humana. Ou seja, compreender o direito à saúde como um direito fundamental é entender que a ausência de políticas públicas de acesso a esse direito significa violação à própria dignidade humana (PIRES, 2020).

O cenário catastrófico deixado pela Covid-19 no Brasil fica evidenciado a cada atualização dos boletins de saúde, que revelam o apagão iminente do SUS diante sobrecarga do sistema. Além disso, há sabotagem no plano federal, pois as ações governamentais e dos agentes públicos ligados à Presidência da República, de viés negacionista, dificultam o combate da pandemia. Por esse comportamento o Brasil, sob a gestão do presidente Bolsonaro, tem sido visto como um paria no combate à pandemia da Covid-19 (SILVA; VENTURA, 2020, p. 72-73):

The international literature has ranked the Brazilian response to Covid-19 as one of the worst in the world and laid bare how 'Bolsonaro Made Brazil a Pandemic Pariah'. One of the most relevant global health journals, the Global Public Health has recently published an article which defines the Brazilian case as follows: 'Governing COVID-19 without government in Brazil: Ignorance, neoliberal authoritarianism, and the collapse of public health leadership'. An editorial from The Lancet, one of the most influential medical journals, has depicted President Jair Bolsonaro as a threat to Brazilian public health, and has also published a piece recognizing serious institutional risks resulting from the federal government's actions.

O comportamento omissivo do Presidente da República e de seus agentes públicos repercute em diversos campos do estrato social, inclusive no judiciário. Nesse contexto, houve uma grande articulação entre os governos estaduais na busca por recursos e implementação de medidas de combate

à pandemia e seus efeitos, com o manejo de ações judiciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

A Covid-19 também produziu repercussões no campo judicial. São dezenas de decisões de órgãos judiciais, do primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal (STF), tendo por objeto questões relativas ao enfrentamento da Covid-19. Isso teve como causa não apenas os interesses econômicos e sociais de indivíduos e grupos afetados pelas medidas estatais restritivas – o que era de se esperar em uma conjuntura de crise sanitária –, mas especialmente pelas visões de como enfrentar a pandemia expressas pelo Governo da União, principalmente nas manifestações do Presidente da República em pronunciamentos formais e informais, visões quase sempre conflitantes com as de chefes do Poder Executivo dos principais estados e municípios e com as posições defendidas pela comunidade científica e pela maioria de influentes formadores de opinião na imprensa nacional. Em síntese, as conflitantes abordagens propostas provocaram a judicialização da Covid-19 (STEINMETZ, 2020, p. 551).

Essa postura do Governo Federal vai na contramão das ações de outros governos ao redor do mundo, e se opõem ao sistema voltado a proteção dos direitos humanos, fincado no constitucionalismo e na democracia cosmopolita, conforme traçado por Habermans, o que justificaria uma intervenção no plano interno, considerando que “a proteção internacional dos direitos humanos deve alcançar padrões de legitimação mais abrangentes, aptos a promover o combate global às violações, de todas as espécies, a esses direitos” (PIRES, 2020, p. 334).

Esse engajamento negacionista reflete o descaso com o cenário de desespero e carência de recursos mínimos de promoção da saúde, vivenciado pelas classes menos favorecidas. Como se tem noticiado diariamente, o sistema de saúde carece de insumos dos mais simples, à exemplo de luvas, máscaras e seringas etc. E assistimos perplexos o desenrolar (ou suas ausências) das políticas públicas e ações voltadas ao enfrentamento da pandemia COVID-19. O SUS, diante do número crescente de casos diários,

deixa transparecer sua incapacidade para lidar com situações de tamanha complexidade (PORTELA et al., 2020).

A situação se agrava ao considerarmos que a atual lei de vigilância sanitária data dos 1970, e não contempla muitas das práticas que são imprescindíveis para enfrentamento do momento pandêmico. Como bem observam Ventura, Aith e Rached (2021, p. 111):

Such anachronism adds to the broader problem of fragmentation of the Brazilian health surveillance into specialized fields of surveillance, such as epidemiological, sanitary and environmental surveillance; and the overlap between them, both at the conceptual and practical levels, especially with regard to the exercise of state's police power [...]. It is, therefore, a silent legislation with regard to procedures for the adoption and implementation of emergency measures in public health, especially when it comes to the protection of the rights of those affected.

Somam-se a estes fatores a falta de investimentos de recursos públicos nas áreas voltadas à pesquisa, o que tem contribuído para o sucateamento e falência do Sistema Brasileiro de Saúde. E nestes últimos tempos, o Brasil tem se deparado com um emaranhado contexto de crise política e econômica, atrelado a um processo de desqualificação e ataques à ciência. Nessa conjuntura, a percepção sobre o SUS é de que seja um modelo inoperante e incapacitado para gerenciar o enfrentamento de crises como a decorrente da pandemia COVID-19. Todavia, essa não parece ser a melhor alternativa se considerarmos que esse mesmo sistema se mantém como a principal estrutura para o enfrentamento de situações emergenciais como a da própria COVID-19 (CAPONI, 2020; VENTURA et al., 2020).

Essas ponderações se tornam mais relevantes quando recordamos que a clientela do SUS é composta em sua maioria pela população negra e parda. Ou seja, para a “razão neoliberal” não interessa as consequências advindas de superlotação do Sistema Único de Saúde, pois os usuários desse sistema

compõem-se daqueles seres invisibilizados pela ótica do capital. Nessa perspectiva podemos inferir que o constante sucateamento do SUS atende aos interesses neoliberais não só no aspecto econômico, mas, também, como política de manutenção das estruturas das desigualdades. O corte orçamentário, por exemplo, tem forte vinculação aos interesses neoliberais, que busca a estagnação do sistema apregoando o fim da universalização e a limitação de acesso, aproximando-se de teorias que fomentam a aplicação de “conteúdo mínimo” no âmbito da saúde, contrapondo-se ao acesso universal e integral. Essa prática, inclusive, há muito tempo, é encapada pelo Banco Mundial, que vê no SUS um modelo dissonante dos anseios mercadológicos (ALMEIDA, 2020; CAPONI, 2020).

Libal e Kashwan (2020) recordam que o atual cenário de pandemia provocado pela Covid-19 desencadeou uma série de violações aos direitos humanos. Neste sentido, os autores salientam que embora seja possível restringir alguns direitos fundamentais numa situação emergencial como a atualmente vivenciada, é salutar a manutenção e defesa de outros direitos. Essa defesa soa como um imperativo, pois, são direitos que guardam relação direta com a integridade da pessoa humana, e até mesmo com a própria vida. Assim, devem ser protegidos o direito à liberdade de expressão, à informação, à segurança social e, primordialmente, o acesso aos bens da saúde.

Partindo desse panorama, torna-se crível a extração dos bens da saúde do modelo capitalista, para inclui-los na categoria dos bens comuns. E aqui, dado o contexto atual da pandemia, insere-se a Vacina contra a Covid-19. Para tanto, o Estado deve agir, não mais como o expropriador e fomentador do enclausuramento dos bens e recursos, mas ao contrário, deve se portar como um ator capaz de fornecer mecanismos legais e jurídicos de proteção desses bens, em contraponto aos modelos estruturados do mercado, evitando novos cercamentos (MATTEI, 2012).

5 CONCLUSÃO

Na perspectiva de ser a saúde elemento fundamental da própria existência humana, sua proteção implica na superação de modelos obsoletos de produção que implicam na estagnação dos bens da saúde. Isso exige que o Estado remodele o tratamento dispensado em defesa dos bens comuns e, conseqüentemente, dos elementos e recursos que possibilitam a implementação universal e igualitária de acesso à saúde.

Os bens da saúde, portanto, devem orbitar fora dos mercados de consumo, dada sua característica peculiar de serem elementos necessários à promoção da própria existência humana, à exemplo da Vacina contra a Covid-19, elemento essencial para continuidade da espécie humana no contexto da pandemia. Neste sentido, o direito à saúde reverbera na criação de mecanismos que permitem o acesso àqueles bens que o materializam e que, em tese, devem ser outorgados à todas as pessoas, sem distinção de quaisquer naturezas.

A partir disso, podemos inferir que a ausência de políticas estatais direcionadas ao acesso aos bens da saúde, à exemplo da vacina contra a Covid-19, violam normas internacionais ligadas aos direitos humanos. Assim, revela-se de extrema importância repensar a categoria do direito à saúde fora das lentes mercadológicas, do público e do privado, mas aglutinada ao princípio da solidariedade humana.

Entender a saúde como um direito fundamental, vai muito além de superar a lógica de mercado, para além disso, é compreender que os recursos e elementos formadores dos bens da saúde, como a vacina contra a Covid-19, “pertencem ao povo por necessidade vital”. E, por isso, “todos têm direito a uma parcela igual dos bens comuns e devem ser autorizados por lei a reivindicar acesso igual e direto a eles”. Além disso, compreender

o direito à saúde a partir do conceito de bens comuns permite incrementar na comunidade os mecanismos necessários para se contrapor a novos modelos de cercamento e enclausuramentos dos bens e recursos da saúde. Isso permite instrumentalizar as comunidades com o arcabouço político e jurídico capaz de inibir tais práticas de apropriação dos bens comuns (MATTEI, 2012, p. 72-73).

Neste sentido, o estudo buscou revisitar os antecedentes históricos dos bens comuns, e a partir disso, traçar sua aproximação com o direito à saúde, aos direitos humanos e, também, discorrer sobre o sistema de saúde brasileiro de viés universalista, mas que vem dando sinais de estagnação diante da ausência de investimentos e de campanhas de desmantelamento promovidas no âmbito do atual Governo Federal, e as implicações surgidas no contexto da pandemia da Covid-19.

Ficou evidenciado que o Sistema Único de Saúde brasileiro vem sofrendo ataques, muitas vezes silenciosos, no intuito de miná-lo e fragilizá-lo para ceder espaço ao modelo de gestão implementado pelo capital financeiro sob a falsa roupagem de ser o mais eficiente de gestão das políticas públicas. Isso fica evidente, por exemplo, diante da inercia do Governo Federal frente aos elevados casos de contaminação e mortes decorrentes da Covid-19 que assolam o país desde o início de 2020. Apesar disso, a gestão federal optou pelo negacionismo e uso de medicamentos sem comprovação científica para combate da pandemia, direcionando o sistema ao colapso na maioria dos estados.

Conclui-se, portanto, à luz do colapso vivenciado pelo sistema de saúde brasileiro, que os bens e recursos voltados à promoção da saúde, especialmente os imunizantes contra a Covid-19, devem ganhar proteção jurídica e política do Estado com vistas a impedir sua expropriação por governos e empresas, porque estão intrinsecamente vinculados à preservação

da própria humanidade. Assim, devem ser por todos protegidos, e seu acesso franqueado a qualquer espécie. Seu acesso deve se dar equitativamente, independente de quaisquer discriminantes, seja de etnia, sexual, racial etc., em constante proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. A. F. Direito à saúde no Brasil: parâmetros normativos para densificação de um conteúdo mínimo. **Espaço Jurídico Journal Of Law [Ejil]**, p. 1-20, 17 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2020.

BORGES, G. S.; FILÓ, M. S. C. Cartografia contemporânea do comum e sua vertente no Direito Romano: um contraponto jurídico. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, p. 1-22, 18 jan. 2021.

BOLLIER, D. **Free, fair, and alive: the insurgent power of the commons**. Canada: New Society Publishers, 2019.

BOLLIER, D. Los Bienes Comunes: Un sector soslayado de la creación de riqueza. *In*: HELFRICH, S. **Genes, bytes y emisiones: bienes comunes y ciudadanía**. México: Fundación Heinrich Böll, 2008.

BOLLIER, D. Reinventing law for the commons. **Law And Policy For A New Economy**, [S. l.], 26 mar. 2017.

CAPELLA, J. R. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPONI, S. Covid-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal. **Estudos Avançados**, [S. l.], v. 34, n. 99, p. 209-224, ago. 2020.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. amp. Salvador: JusPODIVM, 2018.

GNEITING, U.; LUSIANI, N.; TAMIR, I. **Power, profits and the pandemic: from corporate extraction for the few to an economy that works for al**. 2020. Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/research/power-profits-and-pandemic>. Acesso em: 14 jul. 2021.

GUTIÉRREZ AGUILAR, R.; NAVARRO TRUJILLO, M. L. Producir lo común para sostener y transformar la vida: algunas reflexiones desde la clave de la interdependência. **Confluências**, v. 21, n. 2, p. 298-324, 2019.

HERRERA FLORES, J. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, de Antônio Henrique Graciano Suxberger e de Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LIBAL, K.; KASHWAN, P. Solidarity in times of crisis. **Journal Of Human Rights**, [S. l.], v. 19, n. 5, p. 537-546, 19 out. 2020.

MATTEI, U. First thoughts for a phenomenology of the commons. In: BOLLIER, D.; HELFRICH, S. (org.). **The wealth of the commons**. Amherst, MA: Levellers Press, 2012. p. 72.

OPAS. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#datas-notificacoes. Acesso em: 14 jul. 2021.

OSTROM, E. **El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción coletiva**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

OXFAM. **O vírus da desigualdade**. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/justica-social-e-economica/forum-economico-de-davos/o-virus-da-desigualdade/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

PIRES, T. I. T. A concepção de Jürgen Habermas sobre o direito cosmopolita: premissas filosóficas e pragmáticas de um ideal humanitário. **Espaço Jurídico Journal Of Law [Ejil]**, [S. l.], p. 1-20, 15 set. 2020.

PORTELA, M. C. et al. **Disponibilidade de recursos e razão de dependência entre SUS e Saúde Suplementar**. Nota Técnica n. 3. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/nt_3_portela_et_al_disponibilidade_de_recursos_e_razao_de_dependencia_sus_e_saude_suplementar.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

QUILLIGAN, J. B. Why distinguish common goods from public goods? In: BOLLIER, D.; HELFRICH, S. (org.). **The wealth of the commons**. Amherst, MA: Levellers Press, 2012.

RADIS. Programa Radis de Comunicação e Saúde. **Vacinas na corrida: da politização aos esforços da ciência**. RADIS: Comunicação e Saúde, n. 218, p. 6-7, nov. 2020.

SILVA, J. M.; VENTURA, D. F. L. Between science and populism: the brazilian response to covid-19 from the perspective of the legal determinants of global health. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 2, p. 67-83, 12 dez. 2020.

SOTO, A. **Nigeria has chloroquine poisonings after trump praised drug**. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-21/nigeria-reports-chloroquine-poisonings-after-trump-praised-drug>. Acesso em: 14 jul. 2021.

STEINMETZ, W. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e Covid-19: uma conjectura a partir da adpf 669. **Espaço Jurídico Journal Of Law [Ejtl]**, p. 1-12, 29 out. 2020.

VENTURA, C. A. A.; MIWA, M. J.; WRIGHT, M. G. M.; JORGE, M. S. A saúde como direito no contexto brasileiro. **Revista Pesquisa Qualitativa**, [S. l.], v. 7, n. 15, p. 394, 23 dez. 2019.

VENTURA, D. F. L.; AITH, F. M. A.; RACHED, D. H. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 102-138, jan. 2021.

VENTURA, D. F. L.; RIBEIRO, H.; GIULIO, G. M.; JAIME, P. C.; NUNES, J.; BÓGUS, C. M.; ANTUNES, J. L. F.; WALDMAN, E. A. Desafios da pandemia de COVID-19: por uma agenda brasileira de pesquisa em saúde global e sustentabilidade. **Cadernos de Saúde Pública**, [S. l.], v. 36, n. 4, p. 1-5, 2020.

WHO. **Constitution of the World Health Organization**. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>. Acesso em: 14 jul. 2021.

WHO. **Covid-19 Weekle Epidemiological Ipdate**. Disponível em: COVID-19 Weekly Epidemiological Update. Acesso em: 14 jul. 2021.

WHO. **Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS)**. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/severe-acute-respiratory-syndrome#tab=tab_3. Acesso em: 14 jul. 2021a.

ORTOTANÁSIA E AUTONOMIA PRIVADA: CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO PACIENTE TERMINAL

Riva Sobrado de Freitas
Gracieli Baumgarten Bauer

Resumo: O presente artigo versa sobre as condições básicas de um paciente terminal em estado de sofrimento intenso, cuja possibilidade de vida já se esvazia devido às consequências trazidas pela respectiva doença. Objetiva-se demonstrar, que todo paciente em estágio terminal, tem o direito constitucional de realizar conscientemente as escolhas relativas ao seu estado existencial e moral, na medida em que os argumentos relativos ao princípio da autonomia da vontade visam a defesa do paciente e permite manifestar sobre as possíveis intervenções ou tratamentos médicos que irá autorizar ou não durante o seu estágio terminal.

Palavras-chave: Paciente Terminal. Autonomia Privada. Ortotanásia. Cuidados Paliativos. Morte Digna.

Abstract: *This article deals with the basic conditions of a terminal patient in a state of intense suffering, whose life possibility is already exhausted due to the consequences of the disease. The objective of this study is to demonstrate that all patients in the terminal stage have the constitutional right to consciously make choices regarding their existential and moral state, insofar as the arguments regarding the principle of autonomy of the will seek to defend the patient and allow about possible medical interventions or treatments that it will authorize or not during its terminal stage.*

Keywords: *Terminal Patient. Private Autonomy. Ortotanásia. Palliative care. Dignified Death.*

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo serão analisadas questões extremas do existencialismo humano e tem como objetivo principal analisar as formas de alcançar ao paciente terminal o máximo de dignidade no seu processo de morte.

Inicialmente tenta-se extrair uma possível releitura das normas contratuais do direito civil e assim, conceituar o princípio da autonomia privada, os seus alicerces constitutivos de autodeterminação, bem como de fazer lei para si mesmo quanto aos assuntos de interesses próprios, substancialmente sobre o ato de escolher o tratamento ou a intervenção médica mais adequada e favorável, preservando o enfermo das consequências que possam ser ainda mais dolorosas.

Nesse sentido, serão analisados os principais fundamentos constitucionais que asseguram ao enfermo, autonomia nas decisões e escolhas quanto aos procedimentos e tratamentos médicos disponíveis para o caso.

Tratará também da postura do Conselho Federal de Medicina que teve a iniciativa e criou resoluções determinando o devido respeito concernente ao direito do paciente agir e decidir com autonomia o seu destino nesse momento crucial, sugerindo para tanto, a Ortotanásia como a principal forma de assegurar a dignidade no processo de morte, tendo em vista que uma das reivindicações do instituto da Ortotanásia é a diminuição do uso de procedimentos e tratamentos extraordinários considerados desnecessários para o caso.

Ademais, discute-se ainda acerca dos cuidados paliativos aplicáveis aos pacientes terminais que visam trazer mais qualidade de vida e bem-estar, diminuindo os sintomas causadores do sofrimento e angústia.

Dessa forma, com a presente pesquisa, é possível visualizar soluções menos traumáticas e indignas, bem como, trazer a certeza de que a autonomia

exercida pelo enfermo proporcionará a ele o melhor em termos de dignidade no caminho da morte.

2 AUTONOMIA PRIVADA: GARANTIA DE CONFORTO DO PACIENTE NO PERCURSO DE MORTE

A história demonstra que o regime governamental nos tempos antigos não possibilitava aos governados usarem de liberdade para autodeterminar suas vontades. Eram submetidos a um sistema autoritário e tirano. Não se visualizava na época uma liberdade que autorizasse o indivíduo manifestar sua opinião política e religiosa ou até mesmo de escolher a sua atividade ocupacional como nos tempos atuais. Consistia praticamente em se reunir na praça pública para deliberar sobre alguns assuntos apenas, a exemplo de atos administrativos e tratados de interesses gerais. Praticamente todos os atos eram submetidos a fiscalização, limitando inclusive a liberdade individual. Concedia-se o direito de opinar sobre questões coletivas, a exemplo de paz e guerra, mas não se autorizava o exercício da autonomia aos particulares concernente aos próprios interesses (CONSTANT, 1980).

Quando se discute autonomia privada, a ideia primeira realça questões administrativas, patrimoniais e contratuais do sujeito. No presente estudo, o problema se delimita nas questões existenciais do indivíduo em condição de paciente terminal e que em virtude do seu estado de saúde, precisa decidir sobre o tempo que lhe resta até a morte.

Nesse caso, o direito de exercer a autonomia se prende ao direito do paciente em escolher o tratamento ou procedimento medicinal mais favorável dentro das condições estabelecidas pelo profissional da saúde que, por sua vez, tem o dever de prestar todas as informações pertinentes ao caso.

Sabe-se que existe a possibilidade de prolongar artificialmente a vida, por meio da intervenção procedimental ou medicamentosa, contudo, o

enfermo pode não querer prolongar o seu processo terminal e assim, optar pelo caminho mais espontâneo, onde o corpo trabalha e desenvolve as reações no ritmo mais natural possível.

Para tanto, é oportuno salientar que se abrem as portas para os requisitos da Ortotanásia, sendo que esta tem como objetivo primordial selar pela qualidade de vida do enfermo e garantir maior dignidade frente ao sofrimento causado pela doença.

Um exemplo nítido e esclarecedor é o caso da amputação dos membros inferiores em situação de perigo de vida, onde o indivíduo prefere a morte ao invés da extirpação das pernas. Do mesmo modo, exercem a plena autonomia os fumantes que mesmo sabendo dos riscos graves oriundos dessa prática, continuam consumindo a substância normalmente. Os respectivos exemplos demonstram que os seres humanos devidamente capazes são detentores de “direitos relativos à personalidade e que, como tal, são ouvidas”, assim como, encontrando-se no estado de desespero e angústia, a decisão tomada nessa circunstância configura uma decisão que visa o melhor para com o próprio indivíduo (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 138).

Por muito tempo o direito civil deixou a desejar em relação aos direitos existenciais do indivíduo, dando ênfase apenas aos diplomas contratuais e patrimoniais. Entretanto, a Constituinte definiu como valor máximo a dignidade da pessoa humana com o objetivo de resolver a miséria e as desigualdades sociais, incluindo-se nessa esfera as questões de enfermidade em todas as suas formas e estilos (MEIRELES, 2009).

Em razão disso, no § 2º do art. 5º da CF, a Constituinte prevê ainda, a inclusão de garantias fundamentais não expressas que decorrem dos princípios dispostos na Carta Magna, que abrem o percurso para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tendo em vista as mais diversas possíveis situações objetivas e subjetivas da existência humana. Seguindo no mesmo raciocínio, é fundamental observar o conteúdo e a amplitude do

que está disposto no inciso III do artigo 5º da Constituição Federal, consoante ao assunto discutido neste trabalho, este inciso deve ser obrigatoriamente observado, haja vista tratar das vedações ao tratamento desumano e degradante, auxiliando no presente caso, a proteção da dignidade do paciente terminal (BRASIL, 1988).

O ser humano possui a aptidão de fazer lei para si mesmo em relação aos próprios interesses conforme surgem ao longo do percurso e vão modificando as suas condições existenciais, no qual, muitas vezes chega ao ponto, onde a autonomia da vontade precisa veemente ser exercida e respeitada.

No presente contexto, fala-se da autonomia subjetiva e individual, no qual, as escolhas serão feitas pelo próprio enfermo individualmente, tendo em vista que um diagnóstico extremo de terminalidade nessa circunstância atinge apenas aquele humano, lembrando que os sintomas são vividos apenas por ele mesmo. Assim, mesmo que a autonomia seja um princípio de “direito civil”, cuja principal definição atribui responsabilidades patrimoniais, a doutrina acabou associando o mesmo princípio aos interesses subjetivos. Nota-se que o processo evolutivo do princípio da autonomia da vontade elevou significativamente as “relações jurídicas”, substituindo nesses casos a relação patrimonial pela existencial, conferindo um poder de autodeterminação ao indivíduo que de acordo com os registros históricos, não foram vivenciados nos períodos anteriores ao Estado contemporâneo. É claro que toda essa evolução também trouxe reflexos negativos, como em qualquer área da sociedade, subtraindo-se do Estado a faculdade de regular os interesses dos particulares. Consequentemente notaram-se contradições e conflitos, onde a vontade interna se contrapôs à vontade externa, a exemplo daqueles que não tem capacidade decisória sobre si mesmo e por isso, acaba-se atribuindo condições contrárias a vontade desse ser de direitos (PONA, 2015).

Pelas razões acima, nota-se que existe certa dificuldade no ato de conceituar adequadamente a autonomia privada da vontade, considerando os mais variados entendimentos doutrinários, bem como as diversas “concepções que dela podem surgir e dos sucessivos desenvolvimentos críticos”. Trata-se na verdade, “do poder conferido às pessoas para livremente conformarem seus interesses, governando a sua esfera jurídica, já que no exercício cotidiano dos direitos, o que é garantido pela tutela positiva reconhecida pela ordem jurídica”. Tem o poder de estabelecer as próprias regras e exercendo a autonomia, “o titular do direito disciplina as relações concretas do seu cotidiano, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas”. Sendo tais escolhas lícitas e não atingindo nenhum direito de terceiros, elas são devidamente reconhecidas e validadas “pelo ordenamento jurídico”, devendo para tanto também “respeitar o conteúdo mínimo da dignidade humana” (CANTALI, 2009, p. 202-203).

A intenção inicial demonstrada sobre a autonomia tem relação com as pesquisas científicas onde o sujeito precisava comunicar a sua intenção consentindo espontaneamente a sua participação nas experiências científicas propostas. Dessa forma, expandiu-se para as demais áreas da “Bioética”, concedendo-se aos pacientes o direito de tutelar pela sua “saúde e vida” (MENEZES, 2015, p. 38).

Ademais, o princípio da autonomia implica na responsabilidade do indivíduo sobre os próprios atos e sobre as próprias escolhas feitas por ele. Nesse sentido, entende-se que os valores, as crenças e a vontade de cada pessoa devem ser respeitados, tendo em vista, que o princípio da autonomia se refere à capacidade de raciocínio que o ser humano possui para se autogovernar e se autodeterminar no projeto de vida que pretende seguir. Importante ainda, ressaltar que a autonomia é justificada como um princípio democrático, prevalecendo preponderantemente nessa ordem, a vontade e

o consentimento do sujeito, lembrando que os laços desse princípio devem enaltecer o princípio da dignidade humana (FABRIZ, 2003).

Tudo isso se desenvolveu nesse grau de importância para fundamentar na verdade, um princípio basilar da Constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, considerando que a sua posição está no degrau mais elevado, como valor maior no ordenamento jurídico, onde a dignidade existencial torna-se a razão da ordem econômica, enquanto provedor da dignidade. Assim alcançando o ápice do ordenamento jurídico, as questões existenciais se sobrepõem aos patrimoniais, tendo em vista a dignidade humana ser um dos principais fundamentos desta República. Por essa razão, há uma necessidade de uma releitura das normas de direito civil sob a ótica dos fundamentos constitucionais, principalmente a dignidade humana e a autonomia privada, mesmo que a situação seja de cunho patrimonial. Desse modo, fala-se da “despatrimonialização” das regras civis privadas, tornando-se o foco primordial do direito civil e o ponto referencial de tutela, com especial atenção para o ser e não o ter. Pontue-se ainda, que a intenção de dignificar a pessoa leva a definir os direitos da personalidade como “direitos subjetivos absolutos” a partir da cláusula geral inserida no artigo 1º, inciso III da CF. Sendo assim, para reforçar a licitude dos atos do paciente terminal, o artigo 5º, II da Carta Magna, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, consagrando “nessa perspectiva, *status* constitucional à liberdade jurídica dos particulares”. Abraçando esse entendimento, o direito subjetivo abrange a faculdade do ser humano agir para o favorecimento próprio. Por isso, a relação jurídica que tem por objeto a coisa, passa para uma compreensão mais ampla, conectando-se ao interesse da pessoa humana de forma concreta e não mais no plano abstrato e geral. Pela mesma razão, nas situações existenciais vislumbrando-se uma tutela positiva, o fundamento para tal está na autonomia privada, elemento vital no desenvolvimento da personalidade, servindo também de instrumento na resolução dos interesses

particulares por meio da “autodeterminação do titular” (MEIRELES, 2009, p. 13-22, 57-65).

3 ORTOTANÁSIA E OS ASPECTOS JURÍDICOS CONFERIDOS AO PACIENTE TERMINAL NA LUTA PELA MORTE DIGNA

Entre todos os princípios regulamentados na Constituição Federal, o mais valorado que se sobrepõe a todos os outros é o princípio fundamental do direito à vida, tanto é que no artigo 5º, *caput* da CF/88, confere-se a inviolabilidade do direito à vida.

Um direito considerado personalíssimo, e intransferível trata do bem maior, devendo, portanto, ser respeitado e garantido ao máximo. Contudo, resta saber qual é o exato limite do direito à vida, pode de fato ser considerado como absoluto? Um assunto polêmico, de extrema complexidade e que traz muitos aspectos controvertidos e conflitantes, são princípios que entram em total conflito.

O direito penal, por exemplo, tem por objetivo proteger ao máximo o direito à vida, começando pela “vida intrauterina, desde que o feto não ponha em risco a saúde ou a vida da mãe”. O que de igual forma também é problemático, sendo que, está se protegendo uma vida para abrir mão da outra, no caso o feto. A proteção deve-se estender desde a vida individual até ao direito de conviver em sociedade, por meio das garantias constitucionalmente asseguradas para uma vida digna. O Estado tem a incumbência de tutelar aos indivíduos a garantia do acesso aos Direitos Fundamentais que garantem o mínimo existencial, agora, quando um ser humano se encontra em estado de absoluto sofrimento terminal, sem chance de melhoras, parte-se para análise contrária, ou seja, que trata do direito de morrer com dignidade (FABRIZ, 2003, p. 266-273).

Nessa toada, para favorecer os argumentos do paciente terminal em dor e sofrimento, deve-se elucidar as grandes transformações ocorridas nos meios hospitalares, bem como, todo aparato tecnológico disponibilizado para a Medicina que permite distanciar a morte, mantendo muitas vezes, as pessoas por semanas ligadas em aparelhos o que em alguns casos pode se estender por muitos anos sem qualquer sinal de melhora, mantendo-se apenas em estágio vegetativo. Isso causa uma inquietação alarmante, visto que, para os médicos existe a insegurança por não reconhecer ao exato a extensão da consciência e de todas as funções vitais daquele que se encontra nessa condição. “Cada vez mais, nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse modo? Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretiva antecipada”. Que também podem ser chamados por “testamentos de vida”. Trata-se de um documento no qual o indivíduo pode definir de que forma deseja ser tratado caso se encontre nessa circunstância (DWORKIN, 2003, p. 252).

Por essa razão, o caminho mais favorável para a solução dos princípios ora em conflito, pode ser resolvido pela Ortotanásia, sendo que a sua função principal consiste pelo “não prolongamento do processo da morte além do que seria natural”. Nessa categoria, se fortalece o princípio da beneficência e o ato de solidariedade. Aqui o ser humano recebe o melhor sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e se destaca pelo seu valor máximo atribuído ao seu existencialismo. “Procura-se promover nas suas práticas junto ao paciente terminal a morte digna e humana na hora certa”. Dessa forma, não se aplica tratamentos desproporcionais de prolongamento, muito menos de abreviar o trajeto da morte (NAMBA, 2009, p. 173-174).

Por óbvio, a aplicação da Ortotanásia pode evitar o uso exagerado de tratamentos causadores dos reflexos degradantes e desumanos, bem como de medicamentos agressivos, que por sua vez, acabam trazendo apenas mais

sofrimento, desespero e angústia, conduzindo o percurso da morte abarrotado de amargura, dor e indignidade. A consequência lógica para os pacientes que optam pelos procedimentos terapêuticos, se resume no aprisionamento “ao maquinário médico, isolados nos hospitais, e geralmente enfrentando muitas dores” (MENEZES, 2015, p. 71).

Dessa forma, “a manutenção vitalícia de pacientes terminais em estado vegetativo apenas acalenta as esperanças de alguns familiares, que, por meio de uma atitude egoísta, preferem atacar o que deveria ser intangível, a dignidade da pessoa humana”. Diante disto, uma preocupação substancial aponta para a integridade física e moral que também são atacadas severamente, deixando o paciente numa condição ainda mais vulnerável, o que é incongruente com os princípios que defendem a qualidade de vida do indivíduo. Enaltecendo as particularidades esmagadoras contidas na relação médico-paciente ou familiares e paciente no estágio terminal, será que é possível sentir a dor quando não se está na condição do respectivo enfermo? É um questionamento importante que deve ser feito, a fim de que se possa destacar sobre a importância da “instrução por meio do consentimento esclarecido, dado aos pacientes pelos médicos, assim como no valor e na necessidade de o enfermo externar seu posicionamento que define os tratamentos a serem aplicados em seu corpo” (MENEZES, 2015, p. 72-73).

A não observância da vontade manifestada pelo enfermo leva ao cumprimento da Distanásia que nada mais é, que o prolongamento artificial, de forma demasiada da vida do paciente com recursos medicinais que deixam a sua morte lenta e extremamente sofrida, no qual, visualiza-se a morte como uma verdadeira inimiga. Uma obstinação terapêutica alimentada pela tecnologia da Medicina, supervalorizada ao nível que deixa cego os profissionais, limitando-se apenas aos desafios da patologia. Aqueles que defendem a prática da distanásia justificam o ato no valor absoluto do direito fundamental da vida humana, no qual, entende-se como superior a qualquer

outro princípio e esquece-se dos cuidados e da dignidade do portador da doença (NAMBA, 2009).

Por essa razão, a Ortotanásia nesses casos torna-se o caminho mais viável e justo para com o paciente, fortalecendo-se nesse caso, os cuidados que favorecem o condicionamento físico e emocional, garantindo-se desse modo, bem-estar e conforto ao doente e não aos familiares ou demais responsáveis. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina vem criando resoluções em favor do paciente, no qual, estabelece regras que tem como base a dignidade e o respeito à autonomia do enfermo. Assim, cuida-se da instrução adequada dos profissionais no exercício da medicina a partir das normas instituídas pela resolução, com devida fiscalização atrelada a formação e orientação para uma boa prática na área. Dessa forma, a resolução traz definida como objetivo o “respeito e a dignidade da categoria, buscando proteger a sociedade de equívocos da assistência decorrentes da precarização do sistema de saúde”. Além disso, tem como um dos principais valores, atuar com ética na profissão e cumprir com lealdade os compromissos institucionais, bem como o comprometimento com a justiça (CFM, 2006).

Diante de toda realidade vivenciada nos hospitais e clínicas com elevado número de diagnósticos considerados incuráveis e que inevitavelmente submetem a vítima ao sofrimento extenso e prolongado, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.805/2006, que permite ao médico limitar ou suspender o tratamento medicinal quando restar comprovado por exames clínicos, à enfermidade incurável com sinais evidentes da desnecessidade de intervir com qualquer procedimento que seja. Objetiva-se com a resolução, aliviar os sintomas responsáveis pelo sofrimento, respeitando-se acima de tudo a vontade do enfermo e prestando-lhe uma assistência integral que visa o seu devido refrigério, consolação e alento (CFM, 2006).

Na primeira fase da evolução tecnológica vivenciada nos meios hospitalares, a medicina operou com certo grau de superioridade sobre os

tratamentos de saúde, sendo que aquele que se encontrava na qualidade de paciente não conseguia exercer a sua autonomia individualmente. Por conta disso, surgiram motivações da parte daqueles que estavam sob os comandos dos profissionais da medicina, para então assumir as coordenadas da própria vida e com isso determinar para que toda pessoa usufrua o direito constitucional e fundamental da autonomia privada nas questões existenciais, ou seja, que todos estão fadados com o poder de decidir sobre os respectivos recursos terapêuticos (PONA, 2015).

A sociedade e a medicina atualmente contam o auxílio da Bioética para esclarecer e elucidar todas as particularidades dessa penúria que é definir os rumos de um ser humano com enfermidade incurável. Ela traz a exata reflexão ética em cada evento clínico sob a ótica do princípio da dignidade humana quando a vida já não se desenvolve naturalmente. A Bioética trata de forma muito especial o devido cuidado com os acamados e em estado de coma, onde na maioria das vezes a situação vegetativa abre vários questionamentos, de modo se adianta manter a vida quando a pessoa já não se sente mais viva. Muitos são os casos, onde o sujeito permanece por vários anos simplesmente vegetando, sem qualquer sinal de uma possível melhora (VIEIRA, 2006).

Dessa forma, questiona-se, portanto, o direito conferido para o livre desenvolvimento da personalidade na sua forma individual para o pleno exercício de uma vida com dignidade, assim como no processo de enfermidade e de morte, devendo ser assegurado nessa mesma condição. Muitas dúvidas são apresentadas e discutidas sobre a tutela do sujeito e os limites interpretativos sobre as normas estabelecidas nesse contexto. Desse modo, aquele que tem a função de interpretar as regras, deve ampliar o entendimento relativo às particularidades dos fatos, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico se confrontar diretamente com os aspectos de proteção da personalidade individual do indivíduo (PONA, 2015).

Isso se convalida substancialmente para os acamados a partir dos progressos tecnológicos que permitem ao profissional da medicina prolongar a vida consideravelmente ao nível de possuir o controle sobre o tempo e a “forma de morrer”. São muitos os casos onde o profissional responsável precisar decidir como vai proceder com o enfermo, a dúvida se vai ou não aplicar todas as formas para evitar a morte, considerando nesse sentido, a respectiva obrigatoriedade imposta sobre os profissionais em defender a vida em qualquer circunstância, fazendo uso de todo aparato tecnológico disponível para o caso (CARVALHO, 2001).

Entretanto, com os estudos desenvolvidos e aprofundados na esfera do sistema biológico humano, bem como a compreensão estabelecida acerca das consequências causadas com as intervenções, entendeu-se necessário quebrar a “postura paternalista na relação médico-paciente”, priorizando a autonomia deste. Foi com base nesse entendimento que se passou a valorizar os “cuidados paliativos e a permissibilidade da ortotanásia” (MENEZES, 2015, p. 92).

4 CUIDADOS PALIATIVOS E OS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM A DEFESA DA ORTOTANÁSIA

Nesse contexto, torna-se imprescindível o entendimento pleno dos princípios bioéticos defensores das causas que são passíveis de tutela no cuidado da integridade física e psicológica do enfermo. Este, por sua vez, é detentor do direito constitucional de ser tratado com igualdade e assim, o devido respeito ao “princípio bioético da autonomia do paciente, levando em consideração as suas manifestações de vontade”, que definem o percurso a ser feito no tempo que resta ainda. A preocupação está na proteção da integridade física do enfermo debilitado justamente para que seu último estágio não seja barrado com mais sofrimento, visto que a aplicação do

conhecimento medicinal e científico não pode ser usada para aumentar as angústias físicas e morais, isso seria um atentado a dignidade da pessoa humana (MENEZES, 2015, p. 93).

Outra questão problemática está em atualizar o paciente das piores visualizadas no seu quadro clínico, sendo que esses momentos são marcados por muita dor da parte de quem está submetido a vive-las. Por isso, a equipe médica deve estar preparada para as diversas reações que o paciente apresenta na hora de noticiar o seu diagnóstico, visto que ele “poderá responder com choro, com blasfêmias, com irritação, com agressão ou placidamente”. Esse momento requer um preparo com uma “assistência psicológica” que atuará posteriormente a notícia, haja vista, a responsabilidade daquele que comunicou sobre o quadro da doença ao enfermo é de apoio e benevolência (D’ASSUMPÇÃO, 1998, p. 103).

Sabe-se que os médicos têm a sua disposição inúmeras opções que possibilitam o retardamento do processo natural da morte e por essa razão, decidiu-se sobre a melhor conduta médica a ser adotada nos meios clínicos de terminalidade. Critérios esses, foram criados nas formas ordinárias e extraordinárias da manutenção da vida, excluindo-se medidas fúteis que apenas cumpriam a função de evitar a morte, sem qualquer possibilidade de melhoras ou alívio na saúde da vítima (GODINHO, 2016).

A Bioética trabalha com os princípios éticos que servem justamente para orientar a equipe médica durante a fase de sobrevivência artificial do enfermo, tendo em vista que, para a medicina aplicam-se muito os tratamentos de forma objetiva o que acaba transformando numa “obstinação terapêutica”, mesmo sabendo não resolver o caso. Por isso, uma avaliação deve ser feita sobre a efetiva eficácia da terapia a ser usada, os riscos, os custos e a possibilidade de aplicação, lembrando também que a principal entre elas, será avaliar se terá resultados positivos. O desafio está em buscar o equilíbrio e a ponderação, a fim de tomar uma decisão que seja justa e

condizente com o respectivo quadro clínico. Nesse sentido, a beneficência do médico é relevante e deverá auxiliar o enfermo a suportar a dor e o sofrimento com dignidade. Ou seja, nesse caso, a escolha está com o médico que dará o caminho e o suporte a fim de diminuir as consequências trazidas pela doença (FELIPOV; HERTWIG, 1999).

Nessas circunstâncias quando o doente apresenta um estado vegetativo persistente com a ausência do ato de mastigação e deglutição, surge a obrigatoriedade de fazer uso de procedimentos artificiais para alimentá-lo, sendo estes o uso de “dispositivos de nutrição e hidratação”, considerados fundamentais para manter a vida desse paciente. Esse procedimento é considerado “ordinário e proporcional de conservação da vida”. Tal procedimento garante ao paciente o mínimo de dignidade, por isso, é vedado a sua interrupção durante a permanência do paciente nesse estado vegetativo (AUMA, 2016, p. 270).

Os pacientes em estado vegetativo continuam respirando de forma espontânea e digerindo normalmente o alimento, além de outras funções do metabolismo. O que o enfermo não consegue realizar nessa situação, é se alimentar sozinho, por isso, deve ser administrado integralmente à água e o alimento, tendo em vista que, a falta da nutrição e do líquido levará o paciente a “desidratação e a inanição”. Assim, o enfermo não morrerá em função da doença ou do seu estado vegetativo, mas, pelo seu extremo enfraquecimento causado pela falta do alimento. Não será “uma terapia resolutiva, mas uma cura ordinária para conservação da vida” (CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 2007).

Nesses termos, o princípio bioético da beneficência requer substancialmente a proximidade da equipe médica com o enfermo por meio do diálogo, conforme já mencionado anteriormente, com o propósito de compartilhar a sua experiência numa visão mais ampla do que o “próprio

sofrimento, vez que o diálogo funciona como um paliativo contra o sentimento de solidão e abandono” (CARVALHO, 2001, p. 91).

Diante disto, verifica-se que os cuidados paliativos têm por objetivo principal aliviar as dores e o sofrimento, bem como prevenir outros problemas que podem surgir durante a incapacidade, além do mais, recomenda-se oportunizar ao paciente uma experiência menos traumática, promovendo na verdade, todo o conforto possível, que pode ser físico e espiritual. Para tanto, a equipe deverá ser formada por “médicos, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, nutricionistas, capelães e voluntários que sejam habilidosos em todos os aspectos do processo de cuidar”. Os respectivos cuidados não se destinam apenas ao paciente e sim, também aos seus familiares, que devem ser atendidos principalmente por meio do diálogo o que acaba favorecendo também o paciente (AZEVEDO et al., 2015, p. 14-20).

É oportuno salientar que se vive num país democrático e para tanto, não poderá ser “desconsiderado a pluralidade”, sendo que, esta não existirá se forem excluídos “os rasgos de diferença”. Nessa compreensão, “a atividade hermenêutica” e o princípio da autonomia privada devem alcançar um nível muito além da “mera subsunção do fato à norma” (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 203).

“A Medicina paliativa é tratada na atualidade como um novo paradigma das Ciências Médicas que se alia à Medicina curativa na efetivação do cuidado com o paciente”. Primeiramente se favorece as condições de saúde do paciente e, não havendo nenhuma possibilidade de cura, parte-se para o alívio do sofrimento do paciente e uma atenção especial aos cuidadores, considerando que o seu estado emocional influencia diretamente no estado emocional do enfermo (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 186).

É importante ressaltar sobre os cuidadores justamente porque desempenhar essa tarefa gera uma sobrecarga física e emocional que

pode comprometer o “potencial de cuidar”, com risco de não atender as necessidades do enfermo. Além do mais, “a forma como as pessoas vivenciam a morte de um ente querido influencia a maneira como elas, algum dia vão encarar sua própria finitude” (AZEVEDO et al., 2015, p. 21).

Todo esse processo inspira também uma atenção voltada para as condições psicológicas e espirituais, consoante ao abalo causado pelo simples fato de saber que o tempo de vida que lhe resta está limitado, sabendo inclusive a data prevista da sua morte.

Esse ponto torna ainda mais angustiante a jornada daquele que está na margem do fim. A partir de uma experiência vivida, as dúvidas e os questionamentos arguidos no caso levaram exatamente a seguinte reflexão: como se sente o enfermo, sabendo que dentro de algumas horas ou dias seu corpo estará parando e que morte estará a sua frente? Outro detalhe observado foi o aumento significativo da dor durante a madrugada. O que acontece com o organismo do ser humano que durante a noite os sintomas são muito mais intensos? Bom, essas questões serão analisadas em uma futura pesquisa.

Nesse contexto, os cuidados paliativos, envolvem e exigem muito conhecimento, habilidade e atitude, tendo em vista que na terminalidade o paciente constantemente recebe más notícias sobre o seu estado e sabendo que tais notícias são sempre dolorosas, a questão é como transmitir essas informações sem aumentar ainda mais a angústia do próprio doente e dos cuidadores. Por esse motivo, requer-se da equipe médica que seja oferecido um caminho de “adaptação dos pacientes e das famílias à situação em que se encontram”. Isso contribui na diminuição dos impactos da doença sobre o paciente e sobre os familiares diante de tantas incertezas (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 190).

5 CONCLUSÃO

Diante dos conflitos principiológicos aqui discutidos, nota-se que a pesquisa nos apresentou um cenário conflituoso e torturante da vida humana, por isso, considerando as fragilidades constituídas, destacou-se a relevância das resoluções do Conselho Federal de Medicina ao priorizar a autonomia do paciente e sobrepor as necessidades pessoais do paciente frente ao poder intervencionista da medicina nas causas patológicas, sendo que, passou-se do poder paternalista da medicina para dar voz ao enfermo terminal.

Desse modo, analisou-se o princípio da autonomia decisória permite que o indivíduo se manifeste de acordo com os seus desejos e convicções.

Abordou-se também os motivos que levaram a classe médica mudar a sua opinião sobre as decisões relativas ao diagnóstico do enfermo, sendo uma delas o aumento substancial de todo aparato tecnológico desenvolvido no contexto medicinal.

A fundamentação exata para os argumentos favoráveis no exercício da autonomia está no fato de que os direitos fundamentais tem aplicação imediata, convalidam nesse sentido as escolhas realizadas pelos enfermos terminais.

Na sequência, tratou-se dos meios mais viáveis para garantir a dignidade do indivíduo em fase terminal, é disponibilizar uma estrutura que proporcione conforto e qualidade, bem como um quadro de profissionais devidamente preparados para cuidar e aliviar os sintomas.

Restou provado que a Constituição Federal de 1988, veda qualquer tratamento desumano e degradante, trazendo nesse sentido também as garantias ao paciente terminal no uso da sua autodeterminação ao tomar conhecimento da patologia diagnosticada.

Analisou-se também sobre os cuidados paliativos disponíveis no cuidado de um paciente terminal, que indicou como objetivo, aliviar o sofrimento. De fato, entendeu-se que seguindo todos os requisitos da Ortotanásia, o enfermo tem assegurado o direito constitucional da escolha livre e espontânea ao que diz respeito aos procedimentos medicinais. Restaram algumas dúvidas quanto ao sistema biológico do ser humano, visto as mudanças observadas em um caso particular que será estudado num momento futuro.

Ademais, concluiu-se que, garantido o direito de livre manifestação do doente, o melhor será exercido sobre ele e assim o processo de morte poderá ser menos doloroso.

REFERÊNCIAS

AUMA, P. O. Tratamento e cuidados dos pacientes em estado vegetativo persistente: um debate de vida e de morte. **Revista Eletrônica Espaço Teológico**, v. 10, n. 17, p. 267-276, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleteo/article/viewFile/28596/20088>. Acesso em: 9 maio 2017.

AZEVEDO, D. et al. **Vamos falar de cuidados paliativos**. Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia. Brasil: SBGG-ORG, 2015. Disponível em: <http://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/11/vamos-falar-de-cuidados-paliativos-vers--o-online.pdf>. Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2020.

CANTALI, F. B. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARVALHO, G. M. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CFM. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Brasília, 9 nov. 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 21 nov. 2016.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. **Respostas e perguntas da Conferência Episcopal dos Estados Unidos sobre a alimentação e hidratação artificiais**. Roma 2007 (03459). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleteo/article/viewFile/28596/20088>. Acesso em: 9 maio 2017.

CONSTANT, B. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. 1980. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em: 6 set. 2018.

D'ASSUMPÇÃO, E. A. **Comportar-se fazendo bioética para quem se interessa pela ética**. Petrópolis: Vozes, 1998.

DWORKIN, R. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FABRIZ, D. C. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FELIPOV, A.; HERTWIG, R. S. V. Bioética – fator imperativo no processo de humanização da terminalidade. **Terra e Cultura**, Londrina, n. 30, p. 86-91, jun./dez. 1999

FREIRE DE SÁ, M. F.; MOUREIRA, D. L. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GODINHO, A. M. **Eutanásia ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade**. Curitiba: Juruá, 2016.

MEIRELES, R. M. V. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, R. O. A. **Ortotanásia: o direito à morte digna**. Curitiba: Juruá, 2015.

NAMBA, E. T. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

PONA, É. W. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

VIEIRA, T. R. **Bioética**: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: Editora Consulex, 2006.

Observação: Artigo publicado no Conpedi/Unisinos em 2018. Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização Conpedi/Unisinos
Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Irineu Francisco Barreto Junior; Sébastien Kiwonghi Bizawu. Florianópolis: Conpedi, 2018. ISBN: 978-85-5505-730-4.

CONFLITOS ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE COLETIVA INDÍGENA E A PROPRIEDADE PRIVADA PARTICULAR

Wilson Martins dos Santos

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como é tratado o direito de propriedade, a liberdade de contratar e a sucessão dos Indígenas, no âmbito da propriedade privada. A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi o emprego do método indutivo, mediante ampla consulta a mais moderna literatura sobre Direitos Fundamentais Civis em especial o direito da propriedade. Notou-se que existe limites entre as propriedades particulares e as propriedades da União, e para que não haja mais impasses ou limitações no que se refere ao direito de propriedade indígena e particular, o Estado e a União precisariam focar nas questões sociais, educacionais, econômicas do povo brasileiro como um todo, somente assim para diminuir as distinções entre os povos indígenas e civilizados, prevalecendo o direito a igualdade, como está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, tratando todos de maneira igualitária. No que refere ao direito de propriedade privada, existem muitos limites aos povos indígenas, sendo o principal exercer sua função social de propriedade, pois, os indígenas não podem dispor, alienar, dar garantia, inclusive para fomentar a própria produção, o que de certa forma afronta o princípio constitucional da igualdade.

Palavras-chave: Indígenas. Direito de Propriedade. Propriedade Particular.

Abstract: *The present work aims to demonstrate how the right to property, the freedom to contract and the succession of Indigenous Peoples, in the scope of private property, is treated. The methodology used for the development of the research is the use of the inductive method, through extensive consultation of the most modern literature on Fundamental Civil Rights, especially property law. Based on the parameters addressed by the Discipline of Human Development and Interculturality, the constitutional*

guarantees and provisions in relation to private property and communal lands, consultation of practical cases, jurisprudence. So that there are no more deadlocks or limitations with regard to indigenous and private property rights, the State and the Union would need to focus on social, educational, economic issues of the Brazilian people as a whole, only in this way to reduce the distinctions between peoples. indigenous and civilized, the right to equality prevailing, as provided for in article 5 of the Federal Constitution, treating everyone equally. With regard to the right to private property, there are many limits to indigenous peoples, the main one being exercising their social property function, as indigenous people cannot dispose of, alienate, guarantee, even to promote their own production, which is certain form affronts the constitutional principle of equality.

Keywords: *Indigenous. Property right. Private Property.*

1 INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, reconheceu o direito à propriedade privada, contudo, de acordo com as determinações da CADH se postulou o direito de propriedade como fundamento importante, com isso, percebe-se sua evolução para garantia da proteção da propriedade coletiva dos povos indígenas das Américas.

A Corte identificou o direito dos povos indígenas à propriedade coletiva como um direito humano fundamental, e, cabe aos Estados adotar legalmente todas as medidas para delimitar e demarcar os territórios indígenas levando sempre em consideração o uso das primeiras gerações ou com base em padrões ancestrais.

Sendo assim, o presente trabalho tem como tema conflitos entre o direito de propriedade coletiva indígena e a propriedade privada particular. O objetivo geral é demonstrar como é tratado o direito de propriedade, a liberdade de contratar e a sucessão dos Indígenas, no âmbito da propriedade privada.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa o emprego do método indutivo, mediante ampla consulta a mais moderna literatura sobre Direitos Fundamentais Cíveis em especial o direito da propriedade. Tendo por base os parâmetros abordados pela Disciplina de Desenvolvimento Humano e Interculturalidade, as garantias e previsões constitucionais com relação à propriedade privada e as terras comunais, consulta a casos práticos, jurisprudências. Para provocar a regulamentação legislativa, garantindo o princípio de igualdade a todos de forma indistinta.

O embasamento teórico foi elaborado de acordo com a Constituição Federal, Código Civil, Estatuto do Índio e autores renomados como: Almeida, Bobbio; Cavalcanti, Carvalho; Di Pietro; Diniz; Menezes, entre outros. A estrutura do trabalho contará com os seguintes tópicos: Direito Fundamental Cível e direito da propriedade, o que diz o estatuto do índio sobre os direitos das terras indígenas; o processo de demarcação das terras indígenas; posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana De Direitos Humanos sobre o direito de propriedade dos povos indígenas.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL CIVIL

O direito fundamental faz parte do que é prioridade para o ser humano independente de classe social, raça, cor ou gênero, faz parte do direito constitucional, foram originados com o objetivo de evitar falhas ou violações estatais. Nos dias de hoje servem para cobrar do Estado uma posição ativa para que outros não violem os direitos fundamentais. O direito fundamental é uma construção histórica, variando de época e lugar. Os direitos do homem caracterizam-se por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual (BOBBIO, 2012).

Percebe-se que os direitos fundamentais acompanham a história da humanidade e são direitos legais aplicados para todos os povos e em todos os tempos. Atualmente, dão valores que embasam o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Da Silva (2021, p. 4): A Constituição Federal de 1988 divide os Direitos Fundamentais em 5 capítulos em seu Título II:

a- Direitos individuais e coletivos: são os direitos à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. b- Direitos sociais. Esses direitos são referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social. c- Direitos de nacionalidade: nacionalidade significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos; d- Direitos políticos: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. e- Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Todas essas garantias ao direito fundamental devem ser reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva. Os direitos fundamentais possuem algumas características, como está descrito no quadro a seguir:

Quadro 1 – Características dos Direitos Fundamentais

CARACTERÍSTICAS	CONCEITO
Historicidade	Os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais.
Imprescritibilidade	Os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes.
Irrenunciabilidade	Os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma.

CARACTERÍSTICAS	CONCEITO
Inviolabilidade	Os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa.
Universalidade	Os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política.
Concorrência	Podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo.
Efetividade	O Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos.
Interdependência	Não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos.
Complementaridade	Os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

Fonte: Da Silva (2021).

De acordo com o quadro 1, os Direitos Fundamentais são válidos mundialmente, eles tem existência real a todas as instituições políticas e sociais e cabem às instituições governamentais proteger tais direitos de qualquer ofensa. Araújo e Nunes Junior (2019, p. 55) citam que:

Os direitos indígenas fundamentais passaram por estágios crescentes que se iniciaram pela completa omissão de se proteger tais direitos. Somente a partir da Constituição Federal de 1988 a tutela indígena que até então se baseava no mero reconhecimento de sua existência se ampliou para garantia do direito a diferença e preservação de suas identidades.

Os direitos indígenas fundamentais têm o papel de reconhecer a existência das comunidades nativas, mas, sobretudo, assegurar o respeito ao seu modo de interação com o mundo, sua organização social, sua identidade cultural. Sobre os índios, Silva (2016) descreve que reivindicam direitos comunitários ou coletivos, como a garantia do direito a terra, aos recursos

naturais e à cultura própria, dos quais o resguardo passa pela efetividade de seus direitos fundamentais.

Entre esses direitos reconhecidos aos indígenas existem os de primeira ordem como estabelecido no artigo 5º da CF/88, dentre eles, o direito à vida, a igualdade, a liberdade, a segurança, e propriedade, sendo o cumprimento destes de incumbência da União Federal (BRASIL, 1988). A legislação infraconstitucional brasileira destaca outros direitos, previsto no Estatuto do Índio e o Projeto de Lei (n. 2.057/91) que objetiva ampliar os direitos indígenas como o que está em estudo referente ao direito sobre as terras indígenas.

2.1.1 Direito da propriedade

A propriedade é um dos pilares que estruturam a existência da sociedade. Explica Costa (2013) que a necessidade de sobrevivência fez com que o ser humano se agrupasse em sistema de cooperação mútua, entendendo que a primeira propriedade fundada tenha sido a comunal, levando em consideração o vínculo da terra com os grupos religiosos e familiares.

No decorrer da história a propriedade comunal, foi passando por transformações que as levou a individualização, pois, a propriedade é um aspecto natural do ser humano, é um instinto de sobrevivência e faz parte da identidade do homem apropriar-se do que conquistou, faz parte das suas necessidades morais perante a sociedade.

De acordo com Diniz (2012) o direito de propriedade pode ser entendido como o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. Motta (2021) descreve que a Constituição Federal reconhece em seu Inciso XXII, artigo 5º o direito de propriedade como um direito fundamental do ser humano, e nota-se que o

direito da propriedade sobre um bem, significa ter o direito de uso, de gozo e de dispor dele.

O Estado deve garantir o direito de propriedade como um direito fundamental. Além de estar presente em Constituições, o direito de propriedade também faz parte da Declaração Universal de Direitos Humanos de algumas Organizações Internacionais, como o Fórum Econômico Mundial, entendem que quanto mais seguro for o direito de propriedade, melhor será o desenvolvimento da economia e da sociedade (MOTTA, 2021). Quando se fala de direito de propriedade indígena, muitas divergências se levantam, como poderá ser visto no tópico abaixo.

2.2 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

O Código Civil Brasileiro garante aos povos brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil o direito à propriedade. Carvalho (2013) destaca que se a propriedade não estiver de acordo com a sua função social e dentro dos limites que os dispositivos legais lhe impõem, o Estado pode fazer a intervenção para adequar a propriedade de acordo com os interesses públicos.

Em relação aos povos indígenas o Código Civil Brasileiro limita e cria impasses ao direito de propriedade dos povos indígenas. Segundo Villares (2019, p. 118-119):

As terras ocupadas pelos índios são de propriedade plena da União, ou seja, sobre as terras indígenas, a União possui o direito de usar, gozar, dispor e reaver, cabendo somente a esses povos o usufruto exclusivo de caráter permanente das riquezas do solo, dos rios e dos lagos que possam existir nelas, caracterizando-se assim, que os povos indígenas possuem somente o direito possessório, ou seja, segundo o artigo 1.196 do Código Civil Brasileiro, considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, visto que, os índios somente detém o poder de gozar exclusivamente de tais áreas demarcadas pela União.

Como pertence à União o direito pleno de propriedade, aparentemente, esses territórios são caracterizados como inalienáveis, indisponíveis e seus direitos são imprescritíveis; prelecionando a lei 6.001/73, que as terras ocupadas pelos índios não poderão ser objetos de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena (DI PIETRO, 2014).

Nota-se que cabe aos indígenas usufruir das terras da maneira que ele achar necessário, desde que esteja dentro da lei. A única delimitação está relacionada ao direito de dispor de suas terras. Assim, para Nader (2014) por disposição constitucional, possuem o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras em que tradicionalmente ocupam destinadas à sua posse permanente.

As terras indígenas são aquelas de ocupação tradicional, um vínculo de fato, independente do Estado e da legitimação do processo demarcatório, criações, jurídicas. Infraconstitucionalmente, a lei 6.001/73 também acolhe os princípios do indígena ao estabelecer, em seu art. 25, que o reconhecimento dos povos indígenas à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de sua demarcação (VILLARES, 2019).

É dever da União realizar as demarcações das terras indígenas, mas, para que isso aconteça é preciso consultar o que está descrito na Constituição Federal. Villares (2019, p. 113), diz que:

O art. 231 Constituição descreve que a demarcação das terras indígenas tradicionalmente ocupadas é o reconhecimento pela República brasileira da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições de cada um dos povos indígenas. A relação de cada povo indígena é peculiar, pois cada território revela características únicas. Certo, contudo, é que os índios se relacionam com a terra que ocupam de um forma fundamentalmente diferente da apropriação levada pela forma de produção capitalista. Terra, para o índio, tem um valor superior a simples propriedade individual. Ela é a base material da vida indígena, sua morada, local onde são desenvolvidas

suas relações familiares, do qual retira seu alimento e os recursos para construir suas casas e desenvolver suas técnicas e artefatos, em que propaga sua religiosidade e cultura.

Percebe-se que o índio preserva de fato sua cultura, e demonstra por meio da sua linguagem e lugar aonde vive a dependência um lugar para viver. Nader (2014) descreve que para o índio a terra é base física, o meio ambiente que sustenta as relações sociais e a sua cultura. Com isso, percebe-se que o direito de propriedade dos povos indígenas é diferente dos povos nativos.

Villares (2019) cita que o direito indígena sobre suas terras é um direito dominial primário e congênito. Este direito é anterior e oponível a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente. Para Nader (2014) a posse não se legitima pela titulação, mas pela efetiva ocupação indígena, ademais, não seria respeitoso aos costumes indígenas subordiná-los às formalidades da legitimação jurídica do registro de terras.

De acordo com Villares (2019) as condições são todas necessárias e devem ser somadas na definição do conceito e da sua aplicação. Vistos os conceitos de direito de propriedade particular frente aos povos indígenas e suas as demarcações, o tópico seguinte descreve sobre o que diz o estatuto do índio sobre o direito de propriedade, ou o direito das terras indígenas.

2.3 O QUE DIZ O ESTATUTO DO ÍNDIO SOBRE OS DIREITOS DAS TERRAS INDÍGENAS

O Estatuto do Índio foi criado em 19 de dezembro de 1973, por meio da Lei nº. 6.001/73 que visa estabelecer conceitos, princípios que regulamentam os direitos e deveres dos povos indígenas. De acordo com o Brasil (1988) o Estatuto seguiu um princípio estabelecido pelo velho Código Civil brasileiro de 1916: de que os índios, sendo relativamente incapazes, deveriam ser tutelados por um órgão indigenista estatal que atualmente é a Fundação

Nacional do Índio (FUNAI) até que eles estivessem integrados à comunhão nacional, ou seja, à sociedade brasileira.

De acordo com a Lei nº. 6.001/73, são consideradas terras indígenas:
As terras ocupadas ou habitadas pelos índios, seja qual for sua classificação;
As áreas reservadas pela União, destinadas à posse e ocupação pelos índios;
As terras de domínio das comunidades indígenas (ALMEIDA, 2021).

Não se pode originar nenhum tipo de aluguel nas terras indígenas ou qualquer atividade que impeça o pleno exercício da posse direta pelos índios. Também fica proibido a caça, pesca, atividade agropecuária ou extrativista na comunidade indígena.

Segundo o Brasil (1988, p. 34):

O Estatuto do Índio estabelece que, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, as terras indígenas deverão ser administrativamente demarcadas de acordo com o processo estabelecido em Decreto do Poder Executivo. Inicialmente, o processo administrativo de demarcação das terras indígenas foi regulamentado pelo Decreto nº. 94.946/87, que posteriormente foi revogado (perdeu a validade) e substituído pelo Decreto nº. 22/91. Este, contudo, também foi revogado e substituído pelo Decreto nº. 1.775/96, que segue em vigor nos dias de hoje.

A lei garante aos índios a posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras em que habitam. Tais terras são consideradas bens inalienáveis da União, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 (ALMEIDA, 2021). Com isso, destaca-se que somente a União poderá interceder nas áreas indígenas.

A posse do índio sobre a terra é caracterizada pela sua ocupação efetiva da mesma e o usufruto assegurado aos índios compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem como ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades (ALMEIDA, 2021). Inclui-se no usufruto, o uso

dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas, por exemplo (CAVALCANTI, 2018).

A Lei nº. 6.001/73 assegura ao índio o direito exclusivo das atividades de caça e pesca nas áreas por ele ocupadas. Sobre as Terras de Domínio Indígena, o Estatuto prevê que são de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras obtidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil. Ou seja, aos índios é permitida a compra e venda, doação, cessão, entre outras modalidades de aquisição da propriedade previstas na legislação comum (BRASIL, 1988).

Por fim, a origem de um Estatuto do Índio, coloca em prática os princípios, leis, regras e regulamenta de fato os direitos e deveres dos indígenas, bem como sua comunidade, sendo assim, e fundamental a existência de normas que garantam a preservação dos povos indígenas.

2.4 POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE DOS POVOS INDÍGENAS

Entre muitas divergências sobre o direito de propriedade dos índios, pode-se citar o caso Raposa Serra do Sol, esse caso foi um marco regulatório das demarcações de terras indígenas no Brasil. De acordo com o Supremo Tribunal Federal (2021, p. 4):

Com o voto do Ministro Menezes a teoria do indigenato foi substituída pela teoria do fato indígena. Segundo ele a teoria do indigenato trata a posse de terras indígenas como um direito imemorial, baseado na ancestralidade e na valorização da cultura indígena. Os povos indígenas, são possuidores da terra que haja um termo inicial para tanto. É um verdadeiro direito congênito. E a teoria do fato indígena estabelece um marco temporal para caracterizar determinada área como terra indígena. Segundo o STF, serão consideradas terras indígenas as áreas que estavam ocupadas de forma permanente por

comunidades indígenas no dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição de 1988.

O Ministro Menezes relata que as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. Menezes (2021) cita que o marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras (MENEZES, 2021).

Nota-se que quando se fala em terras que indígenas tradicionalmente ocupam são, terras já ocupadas há algum tempo eles no momento da publicação da Constituição. O Ministro Menezes propôs que se adote como critério constitucional a teoria do fato indígena. O Supremo Tribunal Federal (2021) cita que a aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena. Menezes (2021) destaca, mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas.

Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar. Como se vê, há elementos que mesmo não se expressando em forma de números e medidas precisas, podem, se bem explorados e sujeitos a uma verificação com base em método científico, justificar e indicar, em escala de grandeza determinável, a extensão geográfica das terras indígenas. Mais uma vez, portanto, está-se diante de um fato a ser observado e constatado (MENEZES, 2021).

Ao contrário da posição jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se manifestou visando identificar a propriedade comunal das comunidades indígenas. Conforme Paiva (2017):

O ponto chave do Caso Awas Tingni vs. Nicarágua é, sem sombra de dúvida, o reconhecimento da propriedade comunal dos povos indígenas. A Corte Interamericana De Direitos Humanos (IDH), ao analisar o direito de propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), conferiu interpretação evolutiva ao dispositivo, reconhecendo que, além do direito à propriedade privada, o texto da Convenção também abrange a proteção da propriedade comunal dos povos indígenas em suas peculiaridades. Nesse sentido, decidiu a Corte Interamericana que através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção que proíbe uma interpretação restritiva de direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua.

Recentemente, a Corte IDH condenou o Estado Brasileiro por violação aos direitos dos índios Xucuru à propriedade coletiva e à garantia e proteção judicial. A Corte concluiu que o Brasil demorou na demarcação do território Xucuru, localizado em Pernambuco, afastando da terra, aproximadamente, 2.300 famílias. O estado brasileiro demorou mais de quinze anos para reconhecer a titularidade e demarcar as terras dos índios (STF, 2021).

A Corte recorda que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam (PAIVA, 2017). Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade (STF, 2021).

A jurisprudência desta Corte reconheceu reiteradamente o direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais e o dever de proteção sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Paiva (2017) descreve também os direitos reconhecidos pelos Estados em suas leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais, constituindo, desse modo, um corpus juris que define as obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena.

Portanto, ao analisar o conteúdo e alcance do artigo 21 da Convenção no presente caso, a Corte levará em conta, o que está estabelecido em seu artigo 29.b, e a inter-relação de propriedade coletiva das terras para os povos indígenas. Por outro lado, o Tribunal Superior Tribunal (2021, p. 10) recorda sua jurisprudência a respeito da propriedade comunitária das terras indígenas, segundo a qual se dispõe:

a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; 4) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade; 6) o Estado deve garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; 7) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas de controlar efetivamente seu território, e dele ser proprietários, sem nenhum tipo de interferência externa de terceiros; e 8) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas ao controle e uso de seu território e recursos naturais.

De acordo com o que diz o STF a Corte afirmou que não se trata de um privilégio de usar a terra, o qual pode ser cassado pelo Estado ou superado

por direitos à propriedade de terceiros, mas um direito dos integrantes de índios de obter a titulação de seu território, a fim de garantir o uso e gozo permanente dessa terra.

3 CONCLUSÃO

Após a elaboração de todo o embasamento teórico com o objetivo de demonstrar como é tratado o direito de propriedade, a liberdade de contratar e a sucessão dos indígenas no âmbito da propriedade privada, percebeu-se que existem muitos conflitos relacionados ao direito de propriedade, principalmente quando se trata no âmbito da propriedade particular das terras indígenas.

Notou-se que existe limites entre as propriedades particulares e as propriedades da União, e para que não haja mais impasses ou limitações no que se refere ao direito de propriedade indígena e particular, o Estado e a União precisariam focar nas questões sociais, educacionais, econômicas do povo brasileiro como um todo, somente assim para diminuir as distinções entre os povos indígenas e civilizados, prevalecendo o direito a igualdade, como está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, tratando todos de maneira igualitária.

No que refere ao direito de propriedade privada, existem muitos limites aos povos indígenas, sendo o principal exercer sua função social de propriedade, pois, os indígenas não podem dispor, alienar, dar garantia, inclusive para fomentar a própria produção, o que de certa forma afronta o princípio constitucional da igualdade.

De acordo com o que foi visto no decorrer do trabalho ao índio está garantido o direito de propriedade de forma coletiva e não particular, por meio do estatuto através da lei nº. 6.001/73 juntamente com os órgãos de

assistência à defesa, judicial ou extrajudicial, dos direitos dos índios e das comunidades indígenas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, I. **Estatuto do Índio**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/estatuto-do-indio/>. Acesso em: 2 ago. 2021.

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JUNÍOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

CARVALHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTI, J. C. **A importância do direito dos índios para a manutenção da identidade brasileira**. Brasília, 2018.

COSTA, M. N. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. v. 2. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DA SILVA, F. M. A. **Direitos fundamentais**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acesso em: 29 jul. 2021.

DI PIETRO, M. S. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 4: direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, M. **A posse ou propriedade indígena**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52255/a-posse-ou-propriedade-indigena>. Acesso em: 1º ago. 2021.

MOTTA, E. V. **Direito de propriedade**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-de-propriedade/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

NADER, P. **Curso de direito civil**. Volume 4: direito das coisas. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

PAIVA, C. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

SILVA, A. L. M. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STF. **Petição 3.388 Roraima**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 1º ago. 2021.

VILLARES, I. F. **Direito e povos indígenas**. Paraná: Juruá, 2019.

IMPACTOS DA PANDEMIA NO DIREITO À MORADIA E PROPOSTAS PARA A PROTEÇÃO DESSE DIREITO EM TEMPOS DE CRISE: DA URGÊNCIA DE SE REPENSAR A MORADIA PARA ALÉM DE UM OBJETO DE CONSUMO

Paulo Junior Trindade dos Santos
Cristhian Magnus De Marco
Gabriela Samrsla Möller

Resumo: A cidade hoje é abordada desde uma perspectiva de objeto de consumo, cuja consequência é a privatização da moradia, a qual deixou de ser considerada um direito. O efeito é uma preocupação menor com políticas reguladoras dos mercados e protetivas aos cidadãos. Essa construção da cidade encontra seus limites em um cenário de pandemia (e pós-pandemia), o que implica pensar propostas para proteger os milhares que sentem os efeitos no direito à moradia, que vai desde a impossibilidade de pagar o aluguel como o de pagar por serviços básicos, o que atingirá com maior força pessoas que já sofrem com a falta de moradia ou déficit habitacional. A pesquisa analisa como a pandemia tem impactado o direito à moradia no Brasil e ao redor do mundo, bem como as medidas que os países vêm tomando para a proteção desse direito frente àquelas indicadas pelas organizações não governamentais. Objetiva-se compreender os impactos da pandemia no direito à moradia, passando por fenômenos ao redor no mundo que implicam violação a esse direito e analisando as propostas de proteção do direito, de forma a verificar se são protetivas para os mais afetados. Os principais resultados obtidos mostram que as medidas tomadas pelos países foram vedações temporárias a despejos, que já expiraram, mesmo com a continuidade da pandemia, e uma aposta no auxílio indireto em detrimento do auxílio direto no auxílio aos mais afetados, bem como demonstram que despejos e violações ao direito à moradia não pararam ou foram reduzidas em um contexto de pandemia.

Palavras-chave: Direito à moradia. Pandemia. Capitalismo estético. Financeirização da moradia. Urbanismo crítico.

Abstract: *The city today is approached from a consumer object perspective, the consequence of which is the privatization of housing, which is no longer considered a right. The effect is less of a concern with policies that regulate markets and protect citizens. This construction of the city finds its limits in a pandemic (and post-pandemic) scenario, which implies thinking about proposals to protect the thousands who feel the effects on the right to housing, ranging from the impossibility of paying rent as paying for basic services, which will affect more strongly people who already suffer from homelessness or housing deficit. The research analyzes how the pandemic has impacted the right to housing in Brazil and around the world, as well as the measures that countries have been taking to protect this right in relation to those indicated by non-governmental organizations. The objective is to understand the impacts of the pandemic on the right to housing, going through phenomena around the world that imply a violation of this right and analyzing the proposals for the protection of the right, in order to verify whether they are protective for those most affected. The main results obtained show that the measures taken by the countries were temporary prohibitions on evictions, which have already expired, even with the continuation of the pandemic, and a bet on indirect aid to the detriment of direct aid in helping the most affected, as well as demonstrating that evictions and violations of the right to housing have not stopped or been reduced in a pandemic context.*

keywords: *Right to housing. Pandemic. Aesthetic capitalism. Financialization of housing. Critical urbanism.*

1 INTRODUÇÃO¹

Nos confrontamos com uma situação em que, para uma boa parte da população, é impossível ficar em casa. Porque, para começo de conversa, tem que ter casa. Em segundo [lugar], tem que ter casa onde dá para ficar (ROLNIK, 2020).

¹ A presente pesquisa está associada ao grupo “O Futuro das Cidades: direito, sustentabilidade, resiliência e disrupção”, cujo coordenador é o Prof. Crithian Magnus De Marco. Página Cnpq: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelholinha/3684324151573020884143>.

As previsões sobre os efeitos da pandemia já começam a se construir como realidade: um aprofundamento de grandes problemas sociais historicamente enraizados, sendo um deles o direito à moradia digna. Dados da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (Cepal)² apontam que os efeitos da pandemia poderão levar pelo menos 30 milhões à pobreza na América Latina e mais 16 milhões à extrema pobreza³.

Em um contexto de pandemia, cuja ordem é o recolhimento social aos lares, nem para todos isso significa ser uma realidade possível ou algo confortável e tranquilo de acontecer. A problemática da moradia é uma das mais proeminentes facetas dos problemas sociais que emergem e se aprofundam em um cenário de pandemia, pois, em decorrência de um imaginário que retirou toda a eficácia do direito à moradia como direito social exigível; isto é, ao não ser considerado um bem de primeira escolha de proteção e defesa no âmbito do poder político⁴ e jurídico, foi desconstruído e relegado a ser mais um *bem de consumo*⁵, deslocado para a órbita privada dos indivíduos.

O estudo partirá de uma reflexão acerca do aprofundamento da problemática do direito à moradia num contexto de pandemia – também, pós-pandemia, buscando-se, sobretudo, ressaltar a importância de proteção do direito à moradia e seus impactos na qualidade de vida e preservação da saúde – analisar as medidas recomendadas organizações de proteção à moradia e de movimentos sociais, assim como analisar as medidas jurídicas

² A média de pobreza extrema na América Latina passou de 62 a 67 milhões de 2018 a 2019 e, em 2020, esse número poderia chegar a 83 milhões. Quanto à pobreza, na América Latina calcula-se que em 2018 havia 180 milhões de pobres, em 2019 186 milhões e em 2020 esse número deve chegar a 214 milhões. Observe que em ambos os numerários, com referência a 2020, há um grande salto (CEPAL, 2020c, p. 17)

³ O que, em nível mundial, no pior cenário, de 420-580 milhões de pessoas seriam arrastadas à extrema pobreza, conforme demonstram: Sumner, Hoy e Ortiz-Juarez (2020).

⁴ Até então nenhum projeto/proposta que envolva política habitacional foi apresentado pelos governos federais e estaduais durante o período da pandemia, seja diretrizes, seja recomendações para o resguardo do direito à moradia.

⁵ O trabalho optou por criticar essa construção a partir de duas relevantes propostas teóricas: financeirização da moradia e capitalismo estético.

tomadas pelos países para a proteção do direito à moradia e as que devem ser tomadas em um cenário pós-pandemia.

Com o estudo, objetiva-se compreender os impactos da pandemia na órbita do direito fundamental social à moradia, passando por fenômenos ao redor no mundo que implicam violação a esse direito e analisando as propostas de proteção do direito à moradia, de forma a verificar se são protetivas para os mais afetados.

A base da pesquisa foi qualitativa, utilizando-se também de dados quantitativos para melhor compreensão do objeto de pesquisa, como no caso de números conectados ao aprofundamento da pobreza em período de pandemia, déficit habitacional no Brasil, entre outros, colhidos em sítios como Fgv, Ibgc e Fundação João Pinheiro. O referencial teórico aplicado foi a linha do urbanismo crítico, a partir de autores, como Raquel Rolnik, Harvey e Sennet.

O método auxiliar aplicado foi o comparativo, no que toca à comparação das medidas jurídicas adotadas no Brasil com as medidas jurídicas adotadas em demais países do mundo. Da pesquisa, foram trazidas as regulações da Espanha, Itália, Alemanha e alguns Estados dos E.U.A. e Brasil. Foi trazido também, normativas não-estatais (ou recomendações) da HIC (Habitat International Coalition), do Fórum de Reforma Urbana, da Onu-Habitat, Cepal para a proteção ao direito à moradia.

Ressalta-se que foi compilado uma série de notícias sobre afetação no direito à moradia ao redor do mundo, com o fim de demonstrar o impacto que a pandemia vem causando em diversos países. As notícias foram retiradas de sítios de notícias com referência e credibilidade no jornalismo, como Thomson Reuters, El País, La Vanguardia, Uol, The independent, G1, City Lab, IHU, DW, entre outros, com o objetivo de ter um panorama dos diversos acontecimentos envolvendo o direito à moradia ao redor do mundo, datadas

do final de março até janeiro de 2021, com o objetivo de ter um panorama dos diversos acontecimentos envolvendo o direito à moradia ao redor do mundo⁶.

A moradia digna é uma das linhas de frente para o combate ao coronavírus, o que exige repensá-la em seu paradigma. De fato, a pandemia deve também ser abordada desde uma perspectiva do direito à moradia.

2 A CIDADE COMO UM BEM DE CONSUMO: CAPITALISMO ESTÉTICO⁷

Em que pese a elevação de *status* da moradia a direito fundamental social⁸, o encontro do direito com os interesses econômicos retira sua carga eficaz de direito subjetivo, relegando-o somente à propositura de eventuais projetos políticos de aquisição da propriedade voltados às populações carentes – conectados intimamente com interesses econômicos do Estado e do privado para sua efetivação e, no mais das vezes, entregando aos usuários construções mal planejadas, mal construídas e fora da órbita das cidades⁹ –, deixando o ramo imobiliário nas mãos do mercado, dando contorno ao que se denomina “financeirização da moradia”. Esse fenômeno se soma a um contexto de capitalismo estético e, juntos, são sintomas da “cidade como um objeto de consumo”¹⁰.

⁶ As reportagens associadas ao direito à moradia em tempos de pandemia foram reunidas em uma página do Trello, de livre acesso. A reunião das notícias foi realizada pelos autores. Ver: De Marco e Möller (2020).

⁷ Uma primeira crítica nesse sentido foi realizada pelos Autores foi feita em: De Marco, Trindade dos Santos e Möller (2020, p. 201-213).

⁸ O direito à moradia foi garantido como direito fundamental pela Emenda Constitucional n. 26, em 2000.

⁹ Sobre o ponto, ver cap. 3 da obra de Rolnik (2019).

¹⁰ O tema recebeu especial atenção de Lefebvre (2001, p. 20): O núcleo urbano torna-se, assim, produto de consumo de uma alta qualidade para estrangeiros, turistas, pessoas oriundas da periferia, suburbanos. Sobrevive graças a este duplo papel: lugar de consumo e consumo do lugar. Assim, os antigos centros entram de modo mais completo na troca e no valor de troca, não sem continuar a ser valor de uso em razão dos espaços oferecidos para atividades específicas. Tornam-se centros de consumo.

No que diz respeito à problemática do direito social à moradia, encontra-se a problemática associada à teorização dos direitos fundamentais sociais em si. Os direitos sociais foram somados ao ordenamento jurídico de forma a satisfazer as necessidades sociais dos cidadãos, em decorrência da impossibilidade de um modelo liberal de direitos oferecer a proteção à pessoa, irradiando, como direito fundamental, exigibilidade imediata¹¹ e efeitos da dimensão jurídico-objetiva no ordenamento jurídico, assim como prevendo deveres pelo Estado, como o de adotar medidas imediatas, obrigação de garantir níveis essenciais de direito, obrigação de progressividade e proibição de regressividade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002).

Uma resistência ideológica viva hoje contra os direitos fundamentais centra-se em relutar contra a existência dos direitos sociais. A visão de uma natureza distinta entre os diferentes grupos de direito (civil e social) serviu para apoiar a concepção de que direitos sociais não seriam direitos, senão outro tipo de normas legais, discussão que ainda ocorre hoje¹². É comum do constructo teórico dos direitos sociais pensá-los como direitos estruturalmente inferiores aos direitos civis.

Por esse constructo teórico, em um cenário “normal” os direitos sociais, como a moradia, já são problemáticos em sua exigibilidade e proteção, mas isso se aprofunda em um contexto de crise, como a vivida.

Nesse cenário jurídico ligado aos direitos sociais, a relegação da moradia como objeto de consumo ganha maior força e profundidade, sendo um movimento que há muito se inscreve nas realidades das cidades. Segundo Raquel Rolnik (2019), a relegação apontada se deve aos seguintes

¹¹ O que perpassa visões que o reduzem a “dever moral”, “normas programáticas”, “limitados a uma finalidade igualitária”, “direitos não universais”, como denunciam Pisarello (2007, p. 15) e Rivadaneira (2016, p. 1679-1685). Alguns autores reconhecem a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, porém, quando uma lei ordinária, desenvolve/restringe os direitos fundamentais, cria condições jurídicas de seu exercício efetivo, concepção que estaria conectada à densidade normativa dos direitos sociais, linha com a qual não se concorda.

¹² O enfraquecimento da dimensão dos direitos sociais é potencializado quando alguns países não reconhecem os direitos sociais como direitos fundamentais. Ver: Novais (2010, p. 75-85).

fenômenos: primeiro, um modelo de Estado capturado por interesses privados; segundo, um Estado conformado por uma cultura de opressão e exclusão; terceiro, pela inclusão dos pobres via consumo; quarto, pela tomada da terra urbana e moradia pelas finanças globais. A moradia, nesse contexto, volta-se somente a atender os interesses financeiros do mercado¹³, no que coaduna com a colocação de David Harvey (2019): “construímos cidades para que as pessoas invistam, não para que vivam”.

Para Harvey, “A qualidade de vida urbana tornou-se uma mercadoria para os que têm dinheiro, como aconteceu com a própria cidade em um mundo no qual o consumismo, o turismo [...] tornaram-se aspectos fundamentais da economia política urbana” (HARVEY, 2014, p. 46-47). A tendência pós-moderna, continua Harvey, é envolver na experiência urbana uma aura de escolha do mercado, na qual o estilo de vida é criado pelos agentes imobiliários (capitalismo estético). Ocorre que essa construção da cidade ocasiona uma fragmentação, acentuada pelo desproporcional direito e exaltação da propriedade privada, expresso, principalmente, na distribuição espacial das cidades.

A roupagem de bem de consumo em que se cristaliza a moradia ganha maior destaque e afirmação em uma era do estágio estético do consumo¹⁴,

¹³ A especulação imobiliária, porém, tanto hoje quanto no passado, pode prejudicar não somente o subproletário, mas a classe média. Quando isso ocorre, o problema habitacional alcança o nível de alarme dos capitalistas, escapa do rol dos problemas encobertos pelo silêncio oficial e entra nos circuitos principais da informação e do poder. Nesse momento, o Estado e os especuladores se movimentam para encontrar um remédio, mas a solução apenas refará de forma mais sofisticada o círculo vicioso da exploração. São três as prioridades que orientam a abordagem da burguesia ao problema: melhorar as condições sanitárias da moradia para evitar que seja arrastada aos desastres epidêmicos que ela mesma provoca; melhorar as habitações dos trabalhadores para torná-los capazes de produzir mais, tanto na fábrica quanto no lar; construir e vender casas não demasiado confortáveis para não as encarecer, mas nem tão precárias para barateá-las demais. Na hora de fechar as contas, o físico e o sanitário se unem, portanto, aquele ligado a mais-valia da produção e este ligado ao valor dos aluguéis. Mais tarde, quando os proprietários das fábricas se tornam também proprietários das casas de seus funcionários, dobra seu poder de extorsão e pressão sobre esses últimos. O Estado, por seu lado, não tem nenhum motivo estrutural para se opor a essa solução parcial e oportunista do problema (DE MASI, 2017, p. 283-284).

¹⁴ Estágio em que o registro funcional do consumo recua em benefício de valores hedonistas, emocionais e estéticos. O que não impede de forma alguma o sucesso do hard discount e do

segundo Lipovetsky e Serroy, onde as cidades são reestruturadas e voltadas não para se adequarem ao bem-estar, mas à estética do prazer. O capitalismo artista, na palavra dos autores, designa um sistema econômico que trabalha para estetizar todos os elementos que organizam a vida cotidiana: objetos, mídia, cultura, alimentação, aparência individual e os centros urbanos. Esse estágio social coincide com o movimento de subjetivação do consumo, quando o consumo, mais do que um símbolo de diferenciação, torna-se um elemento de construção da subjetividade do indivíduo. Os efeitos no urbano são nítidos: além de transformar a estética da cidade, o imperativo do divertimento consumista transforma o *status* da cidade, voltada a ser agora uma cidade feita para o prazer.

Junto a essa nova roupagem que toma o capitalismo, soma-se um contexto do consumo no Brasil apoiado pelos próprios planos políticos, em que os pobres compram apartamentos, contratam planos de saúde e matriculam seus filhos em escolas e universidades privadas e para eles o mercado lança novos produtos, de qualidade muito inferior, reiterando a geografia da desigualdade (ROLNIK, 2019). A moradia digna tem, assim, o seu (alto) preço, e a (in)capacidade de consumir deixa claro que para parcela expressiva da população ela nunca será alcançada. Para essas pessoas, restam os “cortiços” próximos aos grandes centros, as ocupações e favelas,

low cost, a atração dos produtos orgânicos, o recurso crescente às mercadorias de segunda mão, o declínio do valor ostentatório do carro, maior sensibilidade ao preço e o peso maior da compra esperta: tudo isso são indícios que assinalam a ascensão de um “consumir melhor”. O que não significa nem “consumir menos”, nem a rejeição categórica de marcas, mas um desejo de consumir de acordo com a melhor relação custo-benefício. Se os consumidores privilegiam o valor funcional da oferta low cost não se trata de modo algum de abandono do registro hedonista do consumo, mas de uma forma de poder continuar a comprar, em outros domínios, e que dá prazer, a ter o deleite do consumo estetizado. Quando o poder aquisitivo é limitado e impede que se compre em toda parte o que se prefere, impõem-se decisões funcionais ou razoáveis, não em nome de um ideal de austeridade, mas ao contrário para ter acesso às outras formas de consumo experiencial ou transestético. [...] Se se deve falar da estetização do consumo é também no sentido que esse se torna a cada dia um pouco mais questão de gostos individuais. Em lugar do que era rotina, prescrições tradicionais ou imperativos de classe, afirma-se uma estética consumatória centrada da subjetividade dos gostos e sensação de prazer. [...] o que ele gosta, o que lhe agrada, o que acha bonito ou agradável. Individualização, dissolução das culturas de classe e estetização do consumo andam de mãos dadas (LIPOVESTKY; SERROY, 2015, p. 329-331).

os loteamentos clandestinos e irregulares e os conjuntos habitacionais irregulares. Essas são as pessoas que preenchem os dados acerca do alto déficit habitacional no Brasil (CBIC, 2018).

O sistema de financeirização da moradia impacta sobre a estrutura da cidade: por meio dessa visão da moradia como mercadoria de consumo, foi instituída uma nova política de habitação, reestruturando as cidades e, principalmente, impactando profundamente (nocivamente) no exercício do direito à moradia adequada (ROLNIK, 2019). Esse constructo da moradia permite que a economia aborde o investimento em moradia, assim como do ambiente construído em geral, como algo secundário aos assuntos “mais relevantes” de governo (HARVEY, 2014, p. 68).

3 A CIDADE COMO UM BEM DE CONSUMO: A FINANCEIRIZAÇÃO DA MORADIA

Sobre o tema, não há como não abordar os estudos de Rolnik (2019), a qual denuncia que por um movimento que se inicia nos anos 1970, a política habitacional sofre uma conversão econômica, adaptando-se ao capitalismo rentista e transformando-se em um modo de acumulação do capital (capital ativo). Esse fenômeno é chamado de financeirização, onde a narrativa financeira invade as diferentes searas da vida. Na moradia, a financeirização se manifesta mediante a ideologia da casa própria, socialização do crédito, inclusão de consumidores pobres no circuito financeiro e, por fim, a absorção do setor habitacional por finanças globais.

Thomas Piketty¹⁵ explana que o aumento atual da desigualdade liga-se a um desequilíbrio entre a taxa de remuneração do capital e a taxa de

¹⁵ A tese central deste livro é precisamente que uma diferença que parece pequena entre a taxa de retorno (ou remuneração) do capital e a taxa de crescimento, pode produzir, no longo prazo, efeitos muito potentes e desestabilizadores para a estrutura e dinâmica da desigualdade numa sociedade (PIKETTY, 2014, p. 80, 478).

crescimento da economia: o capital do século XVIII era fundiário, agora se tornou imobiliário, industrial e financeiro, de modo que a concentração de riqueza permanece muito alta, ainda que menos extrema no que era há um século e nos séculos anteriores. Frente a esse desequilíbrio, há um encorajamento ao capitalismo rentista, ao invés de um capitalismo estratégico, este, por sua vez, mais voltado a tornar o mercado dinâmico.

A economia se centra na habitação como um meio de acesso à riqueza, de modo que a moradia se transforma de bem de uso em capital fixo – cujo valor é a expectativa de gerar mais-valor no futuro, segundo o ritmo do aumento do preço dos imóveis no mercado, além de ser uma reserva de valor (ROLNIK, 2019). O principal meio de apropriação capitalista passa a ser a extração de terras e o aluguel da propriedade, práticas predatórias dos agentes imobiliários, financistas e consumidores (HARVEY, 2014).

No Brasil, a financeirização da moradia (ROLNIK, 2019) decorre do movimento neoliberal¹⁶ que se forma a partir dos anos 1970, desmanchando Estados Sociais e forçando que, em nível global, os países adiram ao projeto em questão. As políticas de habitação sofrem um impacto: desestabiliza-se a segurança da posse, diminui-se o orçamento do setor e os sistemas de aquisição de casa própria foram criados pelo mercado privado, destinados à oferta e não à demanda, unidos a um sistema de inclusão social pelo consumo – dando suporte aos processos de privatização dos serviços básicos e a promoção do consumo como meio de acesso a direitos (ROLNIK, 2019). Esse cenário contribui tanto para a imobilidade urbana causada pelos carros

¹⁶ *En este contexto, el urbanismo neoliberal comprende las siguientes dimensiones: Gubernamental: Privatización de los servicios públicos; adopción por parte de los gobiernos de modelos y lenguajes empresariales; alianzas entre el poder público y la iniciativa privada, creación de empresas y agencias con capital mixto público y privado Económica: Impulso de agentes económicos privados, subvenciones fiscales a privados, protagonismo de la ciudad como ente económico competitivo y especulación inmobiliaria. Territorial: Promoción del regreso a las áreas centrales y dotación de atributos de centralidad a espacios periféricos; y configuración de una estructura urbana en forma de red generando una polarización socio-espacial. Social: Incremento en la movilidad de la población (turismo y migración), apertura de la brecha entre clases sociales; y mayor pobreza y exclusión social (CORDERO, 2016, p. 92-93).*

e para entregar as cidades ao narcotráfico e demais ilegalismos quanto para entregá-la aos empreiteiros e especuladores financeiros (HARVEY, 2014).

É a partir de 2000, entretanto, que, no Brasil, há a correta condição econômica¹⁷ para a financeirização da habitação. O mercado imobiliário desloca-se assim à esfera financeira. Acresce-se que a partir da crise de 2008, no Brasil, os sistemas financeiros de habitação precisam do Estado para construir o imaginário de casa como mercadoria e ativo financeiro. Estado e privado se unem no interesse (político) da moradia, dando caráter público ou semipúblico às políticas financeiras de habitação (MCMV) e unindo-se para a construção de grandes infraestruturas. Trata-se, sobretudo, de uma política baseada na redução de intervenção do Estado em campos tidos como privativos do mercado, englobando também a moradia de interesse social (ROLNIK, 2019). Porém, no Brasil, onde os níveis de desigualdade são mais altos, assim como os de pobreza e informalidade no uso da propriedade, o papel do Estado se afiguraria como fundamental para atender as inversões imobiliárias em espaços que até então não eram atrativos ao capital. Nesses casos, porém, o Estado atua como mediador para que o capital privado interfira (GANT; DURÁN; JANOSCHKA, 2016).

Esse breve panorama pretende demonstrar que vivenciamos um processo que desconstrói o direito fundamental social à moradia e o transforma em mercadoria e ativo financeiro¹⁸. Esse espectro relega a moradia ao âmbito privado, abandonando-se políticas públicas e deixando de pensá-la como um direito de todos (ROLNIK, 2019). Cria-se uma geografia da miséria, onde muitos não têm acesso ao que melhor a cidade tem a oferecer e nem ao

¹⁷ Redução de juros (barateando crédito), consequente aumento do consumo interno, consequente queda de inflação e um duradouro período de estabilidade econômica. De 2004 a 2013 cerca de 27 milhões saíram da pobreza. Esse impacto se dá diretamente na demanda habitacional (ROLNIK, 2019, p. 264).

¹⁸ Ressalta-se que uma das medidas para aquecer a economia durante a crise é, inclusive, a venda de 3.800 imóveis estatais. Segundo a proposta, “a medida visa modernizar a gestão dos imóveis e termos um ambiente de negócios para realizar a alienação de forma mais ágil [...]” (IRAJÁ, 2020).

que há de mais básico dos serviços sociais. O direito à moradia, inserido nessa sistemática jurídica, torna-se nada mais do que um adorno dos direitos fundamentais, (mais) uma promessa não cumprida.

No cenário de pandemia, inclusive, a nova proposta do governo de um programa de habitação social que substitua o Minha Casa, Minha Vida, nasceu: Casa Verde Amarela¹⁹. O programa se move no sentido de pensar a política habitacional não como uma política social, mas em uma lógica de rentabilidade de fundos (ROLNIK, 2020b). Através do programa “Claramente, o que está em curso não é um plano de redução da crise habitacional visando a segurança e a qualidade de vida das famílias, mas sim um malabarismo em busca da rentabilidade, intensificando o processo de *financeirização da moradia*” (ROLNIK, 2020b).

Nesse contexto, a gentrificação é um fenômeno interessante para se compreender os complexos efeitos da cidade como um bem de consumo.

4 A GENTRIFICAÇÃO COMO EXPRESSÃO DO CONSUMO NAS CIDADES

Quando ocorre uma mudança socioespacial, ocasionada pela chegada de setores da classe média/alta para fins residenciais ou para atividades comerciais, cuja consequência é a saída da população de menor renda do local que antes habitavam, ocorre o fenômeno da gentrificação²⁰, fenômeno global²¹, reflexo da financeirização da moradia e do capitalismo estético²².

¹⁹ Ver: Caixa Econômica Federal (2020b).

²⁰ Esse conceito de gentrificação é defendido por Janoschka e é o que melhor define o modo como a gentrificação ocorre na atualidade (JANOSCHKA, 2016). Essa visão vai além de se ver a gentrificação em seu conceito inicial, nos anos 70/80, um simples retorno aos centros da cidade ou aburguesamento dos centros e expulsão dos pobres, como o fez Haussmann, na França, e Moses, em Nova Iorque.

²¹ Inicialmente foi fenômeno observado nos EUA e alguns países da Europa. A partir dos anos 1970, estende-se a todo o mundo.

²² Sobre a gentrificação há a predominância de dois campos teóricos, cujo aprofundamento se inicia nos anos 70/80. Um defendido por Neil Smith (2012) e outro por David Ley (1996).

Os primeiros estudos sobre a gentrificação delimitavam o fenômeno como a saída dos pobres dos centros da cidade em decorrência da vinda dos *gentrys*; porém, em um contexto de consumo das cidades, a gentrificação não mais se caracteriza apenas como um processo de aburguesamento de habitações e bairros populares.

Para Wacquant (2007), a gentrificação atual busca impor o estilo de vida das classes médias e altas, de modo que o fenômeno ganha novos contornos (SMITH, 2007, p. 121) por um capitalismo de expressão estético: novas paisagens urbanas florescem de modo a absorver somente determinado perfil de consumidor e delimitar os locais de uso e existência das pessoas na cidade (LIPOVETSKY; SERROY, 2015)²³.

A gentrificação denota também o consumo da cidade pela perspectiva do movimento de mercados de solo e habitação – muitas vezes com uma prévia intervenção – militarização – do Estado para atrair o investimento do setor privado, manobra muito comum em países latinos (GANT, 2016, p. 13) –, cujo efeito, além de produzir uma diferença espacial de renda, cria as “fronteiras urbanas” (SMITH, 2012, p. 295-296). Essas fronteiras destacam

O primeiro defende que a gentrificação é reflexo do mercado imobiliário, por intermédio da teoria marxista, de modo a priorizar a oferta de bens imóveis como fator de explicação para a transformação das cidades (rent gap). Já o segundo defende que a gentrificação ocorre com o surgimento de uma nova classe média dedicada aos serviços, com estilo de vida cosmopolita, o que possibilita a gentrificação. À diferença de Smith, Ley defende que o fenômeno coloca os consumidores como o agente gentrificador e não nos agentes imobiliários. Ambas as teorias possuem elementos interessantes para a discussão e quando se fala em “cidade como objeto de consumo”, pois essa expressão relaciona-se tanto com o conceito do capitalismo estético (posição do consumidor) como com a financeirização da moradia (mercado imobiliário). Além do mais, ambos os autores delimitam, em suas construções iniciais, o conceito de gentrificação a partir de uma lógica de “retorno ao centro da cidade”, conforme Ruth Glass inicialmente cunhou, mas hoje há um consenso que existem também outras formas de gentrificação, como aquelas que ocorrem em nível simbólico.

²³ Os mais importantes processos responsáveis pela origem e pela forma da reestruturação urbana podem, talvez, ser resumidos nos seguintes itens: (a) a suburbanização e o surgimento de um diferencial de renda (rent gap); (b) a desindustrialização das economias capitalistas avançadas e o crescimento do emprego no setor de serviços; (c) a centralização espacial e simultânea descentralização do capital; (d) a queda na taxa de lucro e os movimentos cíclicos do capital; (e) as mudanças demográficas e nos padrões de consumo. Em conjunto, estas transformações e processos podem proporcionar uma primeira aproximação de uma explicação integrada das diferentes facetas da gentrificação e da reestruturação urbana (SMITH, 2007, p. 121).

as zonas nas que se “desinverte” daquelas em que se “reinveste”: desinverção é a retirada total do capital de uma zona; já a reinversão supõe o retorno do capital a paisagens que previamente haviam experimentado a desinversão, seja por obras públicas, seja privadas. As linhas urbanas produzem, assim, a reestruturação urbana e a gentrificação, por intermédio de um processo pensado e rentável²⁴.

O acúmulo do capital imobiliário por meio da atividade imobiliária explode, pois, a terra objeto de reinversão, uma terra que normalmente está abandonada e ocupada por pessoas pobres, é comprada por um preço irrisório. Essas pessoas, como explica Harvey, são expulsas (de locais que muitas vezes são ocupados por gerações de uma mesma família) em decorrência do *Boom* imobiliário, de modo que terras até então abandonadas tornam-se valiosas (HARVEY, 2014).

As fronteiras urbanas existem e ganham força porque por muito tempo as teorias clássicas sobre o urbanismo defendiam ser a gentrificação uma resposta natural (e desejada) do movimento de consumo das cidades, capaz de efetuar a revitalização e reconstrução de locais marcados pela pobreza (expulsão de bolsões de pobreza e criação de locais que correspondam aos padrões de consumo da classe mais abastada), cria-se um imaginário vinculado ao progresso econômico, destino histórico, otimismo nacional e superioridade de raça e classe; ou seja, traz consigo aspectos simbólicos que legitimam a expansão e expulsão dos mais pobres, prometendo uma nova proposta e visão sobre o local. A gentrificação vista como uma simples consequência do consumo lhe dá – e aí reside seu maior perigo – uma aparência

²⁴ Cualquiera que sean las consecuencias disfuncionales, en términos sociales, provocadas o exacerbadas por la desinversión – viviendas deterioradas, mayores riesgos para la salud de los residentes, destrucción de la comunidad, guetización de la criminalidad, disminución de la cantidad de viviendas, aumento de la cantidad de personas sin hogar – la desinversión es, también, económicamente funcional dentro del mercado inmobiliario y puede ser concebida como una dimensión esencial del desarrollo desigual del espacio urbano (SMITH, 2007, p.121 e 296-299).

de legitimidade (SMITH, 2012). Aos defensores dessa perspectiva, restava apenas lamentar os deslocamentos dos pobres das áreas “regeneradas”.

O reflexo da hipermodernidade nas cidades não apaga a miséria da paisagem urbana, que inicia na medida de aproximação da “não cidade”; limite da barreira entre os “incluídos e excluídos”. Uma sociedade marcada pela distância entre os que estão dentro e os que estão fora da fronteira. Essa sociedade do espetáculo, do gosto, da estetização tem como base a desigualdade social; os excluídos podem constituir, inclusive, um perigo para a própria existência dos incluídos. A criminalização da pobreza e a grande estigmatização das minorias desvela que a cidade onde hoje vivemos é uma “cidade revanchista”²⁵²⁶. Essa expressão do urbanismo ganha especial relevo em países como o Brasil, no qual as cidades experimentam tipos de violência extraordinárias, tipos de violência vingativa e, no mais das vezes, conforme Neil Smith aponta, justificáveis. O urbano é também espaço de ação e revolta política, cuja expressão varia de acordo com a organização social dos locais (HARVEY, 2014).

As fronteiras, assim, devem sempre ser vistas como políticas, sempre expressam a relação assimétrica entre dominados e dominantes. Por isso, há uma importância em destacar a carga simbólica que o consumo da cidade expressa, trazendo consigo outros aspectos simbólicos de classe e raça²⁷.

²⁵ O termo alcunhado por Neil Smith tem como origem as cidades francesas no séc. XIX, quando inicia uma vingativa e reacionária campanha contra as classes populares francesas, compostas por imigrantes e desempregados. Segundo Smith, esse revanchismo urbano (um antiurbanismo) foi uma reação contra o roubo da cidade, envolto por pressupostos, como moralidade cívica, valores familiares e segurança dos bairros, motivos que ainda hoje ensejam o atual revanchismo urbano, razão pela qual esse cenário pode ser tranquilamente trazido à realidade atual. A reação revanchista volta-se fortemente contra as minorias, a classe trabalhadora, as pessoas sem teto, desempregados, mulheres, homossexuais, lésbicas e imigrantes. O revanchismo ocorre, sobretudo, porque o urbano é o local onde a reprodução das relações sociais há fracassado (SMITH, 2012, p. 325-326).

²⁶ Sobre o ponto, Knebel (2018) aponta que as práticas associadas à gentrificação – como a “condomínialização” da sociedade – expressam a expansão da seletividade penal.

²⁷ Nesse sentido, ver os estudos de: Lees, Slater e Wily (2008, p. 45 e ss.)

As políticas de gentrificação não têm como objetivo somente questões de moradia, ressalta-se.

Por detrás, escondem-se questões, como o impedimento de uso do espaço público e dos cidadãos. O deslocamento das populações indesejáveis denota como a renovação urbana pode ser vista como um processo de higienização social (JANOSCHKA; SEQUERA; SALINAS, 2014).

5 DIREITO À MORADIA E PANDEMIA

O direito à moradia adequada abrange medidas voltadas a evitar a falta de moradia, a proibir as remoções forçadas e a discriminação, foca-se nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, busca garantir a segurança da posse a todos e que a habitação de todos seja adequada, o que não significa que somente a estrutura da habitação seja adequada, mas também deve haver acesso sustentável e não discriminatório às infraestruturas básicas à saúde: água, energia, aquecimento, iluminação, transporte, esgoto e acesso a serviços de educação e emergência. Ainda, o direito à moradia não é somente um objetivo programático a ser alcançado em longo prazo, mas sim de efeito imediato; impõe condições e limites processuais acerca de remoções, para proteger os afetados; é mais amplo que o direito de propriedade, pois visa que todos tenham um lugar seguro para viver.

No Brasil, aglomerações, como favelas, refletem o descaso para com a proteção e defesa do direito à moradia. A terra urbanizada, com infraestrutura adequada, tornou-se um bem inacessível ao trabalhador. Nesse caso, diante da impossibilidade de adquirir a moradia, a sociedade por si resolve o problema habitacional que lhe acomete: aglomeram-se em assentamentos informais, como cortiços, ocupações e favelas, loteamentos clandestinos e irregulares e conjuntos habitacionais igualmente irregulares. No mundo, dados apontam que 1/3 da população mundial vive em favelas

e assentamentos informais (ONU, 2016). Ainda, cerca de 330 milhões de famílias no mundo são ameaçadas pelo custo da habitação, número que pode crescer para 440 milhões em 2025 (MCKINSEY, 2014).

A moradia inadequada e precária influencia e impacta negativamente, gerando consequências, como marginalização geográfica, déficit em serviços básicos (saúde, educação, transporte), acesso limitado a terra e propriedade, vulnerabilidade à violência, incidência de doenças e poluição de áreas de preservação ambiental em decorrência das ocupações irregulares (ARTEMISIA, 2019, p. 24). Assim, mesmo que as cidades guardem a maior parte das oportunidades de emprego, saúde e educação, seu custo de vida é mais alto, o que compromete o custo da moradia, afetando, principalmente, os grupos mais vulneráveis²⁸.

No que concerne ao número total de moradia urbana – 60 milhões no país, segundo dados do IBGE (2019) –, o déficit habitacional no Brasil (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2018) quantitativo²⁹ é de 7 milhões de moradias (ABRAINC, 2018), acerca das quais não haveria possibilidade de serem adequadas pelos moradores, cuja única alternativa é a construção de novas moradias; já o qualitativo é hoje de 11 milhões de moradias: moradias que não possuem a infraestrutura básica, mas o que não implica a construção de novas moradias. Juntos, os números expressam o déficit total de moradia no Brasil. O déficit qualitativo é o mais presente no Brasil e consiste na ausência de serviços públicos (iluminação, esgoto, água ou coleta de lixo).

²⁸ Mulheres, crianças, habitantes das favelas, populações em situação de rua, pessoas com deficiência, deslocados e imigrantes, povos indígenas.

²⁹ Habitações precárias: Domicílios rústicos: sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada; Domicílios improvisados: locais e imóveis sem fins residenciais e lugares que servem como moradia alternativa (imóveis comerciais, embaixo de pontes e viadutos, carcaças de carros abandonados, barcos, cavernas, entre outros); Coabitação familiar: soma das famílias conviventes secundárias, que vivem junto à outra família no mesmo domicílio, e das que vivem em cômodo; Ônus excessivo com aluguel urbano: famílias com renda familiar de até três salários mínimos que moram em casa ou apartamento, que despendem mais de 30% de sua renda com aluguel; Adensamento excessivo de moradores em domicílios alugados: número médio de moradores superior a três pessoas por dormitório (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2018).

Em 2015, 16,5% dos domicílios particulares eram carentes de, ao menos, um tipo de serviços de infraestrutura (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2018).

Esse cenário constrói a atual problemática que vivemos. Dados sobre a moradia do Brasil em 2020 revelam que cerca de 8 milhões de pessoas no Brasil moram em áreas de risco, propensas à ocorrência de fenômenos naturais e cerca de 1,5 milhão mora em áreas de preservação ambiental; 6% da população, o que soma mais de 11 milhões de pessoas, vivem em aglomerados subnormais (favelas e ocupações), dos quais 88% localizam-se em cidades com mais de 1 milhão de habitantes (ARTEMISIA, 2019).

A partir desse cenário, podemos falar em uma cidade legal e outra formal: uma na que consta parcelamentos oficiais de terra, devidamente licenciados e localizados em áreas centrais, dotadas da infraestrutura básica, de serviços e equipamentos públicos; na outra, composta por loteamentos ilegais ou irregulares, comprados sem registro, de modo que muito das áreas não têm acesso à infraestrutura básica e possuem altos índices de violência e miséria (ARTEMISIA, 2019).

As habitações vêm sendo construídas no Brasil sem a devida atenção à infraestrutura básica. É uma financeirização perversa do sistema, que sequer se preocupa com a saúde/dignidade básica das pessoas. É apenas a venda do sonho de consumo da moradia. A objetificação da moradia, porém, desconsidera que a moradia se conecta a um sentido de pertencimento, existência humana, construção da subjetividade, qualidade de vida, inclusão social e, com uma ênfase especial ao momento de hoje, à saúde.

O crescimento urbano no Brasil é marcado pela informalidade, mercantilização da terra e exclusão socioespacial e causa as mais diversas formas de desigualdade e violação dos direitos humanos. Em meio às consequências econômicas da pandemia do COVID-19, ressalta-se uma nova crise somada a um sistema habitacional já seriamente denegrado, o que

faz com que se destaque ainda mais a ligação entre habitação e saúde e, conseqüentemente, dê-se especial atenção ao direito à moradia.

Em um contexto de pandemia, a instabilidade na segurança do direito à moradia sentida por muitas pessoas, pode impedir o sucesso de estratégias de saúde pública, inclusive. O distanciamento social é a base das medidas a serem tomadas para evitar a infecção pela COVID-19 e a exigência do distanciamento é que pessoas permaneçam em casa tanto quanto possível, de modo que se não é possível pagar o aluguel e financiamentos, o número de pessoas desabrigadas aumentará. Em um contexto de instabilidade do direito à moradia, ainda, as pessoas são mais propensas a se mudar para locais compartilhados, aumentando a taxa de transmissão (LAYSER et al., 2020).

À título de mundo, os impactos da pandemia foram e serão sentidos com maior intensidade nos locais pobres e densamente povoados das áreas urbanas: 1 bilhão de pessoas que vivem em assentamentos informais, refugiados, imigrantes e migrantes. Ainda, soma-se a esse número 2,4 bilhões de pessoas sem acesso a esgoto e água tratada. Para essas pessoas, medidas urgentes são necessárias para garantir sua vida a salvo e preservar sua saúde (ONU HABITAT, 2020).

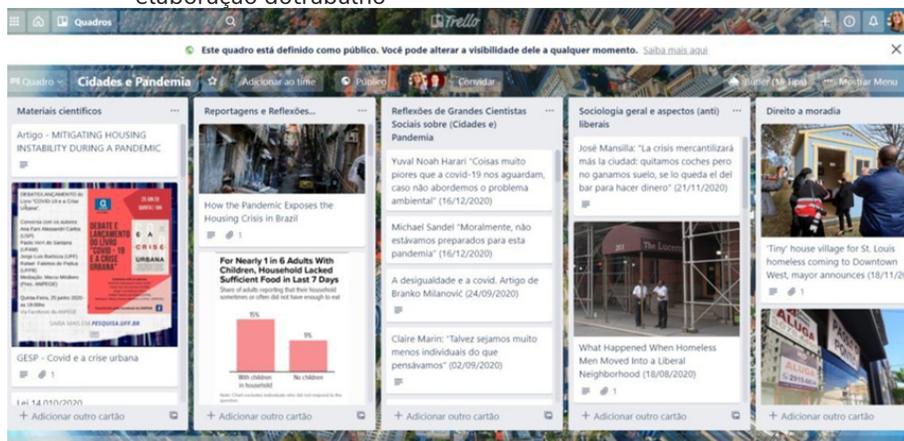
Há atuais dados que mostram que com a pandemia super-ricos ficaram ainda mais ricos (ROUBICEK, 2020; OLIVEIRA, 2020), enquanto a inflação para famílias mais pobres se tornou dez vezes maior do que para as mais ricas em 2020 (ALEGRETTI, 2020).

Para François Dubet (2020), a desigualdade relacionada à moradia consistia em um tipo de desigualdade que até então passava despercebida para as pessoas, assim como desigualdades relacionadas à locomoção e acesso à internet. A crise mostra que essas desigualdades que eram invisíveis, hoje, ganham visibilidade.

6 VIOLAÇÕES AO DIREITO À MORADIA EM CONTEXTO DE PANDEMIA: FENÔMENOS AO REDOR DO MUNDO

A presente seção, conforme explanado na introdução, trará uma série de notícias e reportagens de portais ao redor do mundo, que denotam variadas formas de violação do direito à moradia. As notícias e reportagens foram sistematizadas na Plataforma Trello pelos Autores:

Figura 1 – Quadro “Cidades e Pandemia” criado na Plataforma Trello para a elaboração do trabalho



Fonte: De Marco e Möller (2020).

Alguns meses após o início das medidas de quarentena no Brasil, a ciência, em suas várias áreas, anda às cegas. Mesmo com semanas de vantagem frente a países orientais e Europeus, em decorrência de ter sentido posteriormente o impacto do vírus, as medidas tomadas pelo Brasil não se mostram mais avançadas, sejam mais inibidoras do vírus³⁰ como no aspecto

³⁰ No Brasil, um em cada 20 casos é notificado. Cálculo feito pelo método de um grupo de matemáticos e epidemiologistas da London School of Hygiene and Tropical para calcular a subnotificação. Os cálculos foram feitos com base no balanço oficial do dia 16, sábado. Se dividirmos as mortes confirmadas no Brasil naquele dia (15.633) pelos casos detectados (233.142), o resultado é que 6,7% dos contagiados morrem. Mas essa cifra está bem acima dos estudos mais aceitos sobre a letalidade da covid-19, que a situam em torno de 1%, o que se

protetivo a direitos, inclusive quanto à proteção do direito à moradia, em que pese a grande importância que adquire a moradia em um contexto de pandemia.

No que toca aos impactos da pandemia na economia, deve-se ao que Harvey, denomina como “vulnerabilidade do sistema de mundo atual”, o que podemos conectar ao capitalismo estético. Para Harvey (2020), o modo de consumir atual liga-se à redução do tempo de rotação de consumo, como forma de absorver o volume do capital, fundado, por exemplo, no turismo internacional (que demandou uma reestruturação do espaço urbano para a visitação), levando à construção de hotéis, restaurantes, parques, bares e realização de eventos culturais. Essa vertente de acumulação do capital correspondia, até então, a 80% da economia capitalista e, hoje, no atual contexto de pandemia, está parada. Assim, uma grande parte do modelo de consumismo contemporâneo encontra-se inoperante nas condições atuais, que são, sobretudo, demandas artificiais: a pandemia é um choque para o consumismo atual (estético).

Em decorrência do impacto econômico, o cenário atual ignora que com o crescente aumento da massa de desempregados, principalmente daqueles que pertencem às classes mais pobres da sociedade e daqueles à mercê de adentrarem nela (6,5% na extrema pobreza e 25,4% na linha de pobreza (IBGE, 2019), somado o esperado impacto da pandemia) a moradia acaba sofrendo um impacto direto. Isto porque muitos dependem do pagamento de aluguéis para garantir sua moradia.

A crise agrava toda uma perspectiva de desigualdades no Brasil, que se somam à crise do direito à moradia. Segundo a Cepal (2020b), incluem-se entre os grupos mais afetados as mulheres, as pessoas que auferem renda baixa e média baixa, trabalhadores informais, trabalhadores domésticos remunerados, crianças e adolescentes, jovens, população rural, indígenas,

deve à baixa densidade de testes feita no país (OUR WORLD IN DATA, 2020).

afrodescendentes, pessoas com deficiência mental, migrantes, imigrantes e pessoas em situação de rua.

Branco Milanovic (2020) aponta que nos países que geraram mal a crise da pandemia, como os Estados Unidos, Itália e o Brasil, os impactos econômicos e, conseqüentemente, os níveis de desigualdade, serão mais profundamente impactados. Para Milanovic, a desigualdade alta significa que alguns nunca terão a chance de se educar, trabalhar e contribuir com a sociedade, e que os processos políticos e jurídicos estão concentrados nas mãos de poucos.

A pandemia desvela e agudiza a precariedade da habitação no Brasil, reflexo do déficit habitacional. A proximidade entre as casas, o problema de acesso à água potável são aspectos que contribuem decisivamente para a propagação do vírus. Além do mais, a precariedade das moradias é relevante à medida que nos locais afetados pelo déficit habitacional costumam viver grande número de pessoas em cômodos apertados, muitas vezes sem a projeção de luz solar e devida ventilação. Também, em um movimento no qual se apoia “ficar em casa”, os sem-teto tornam-se nítidos. Todos os problemas que já vêm sendo denunciados há tempo.

A pandemia desnuda a profunda e complexa problemática de moradia no Brasil e no mundo. Seja por seus custos, seja por sua qualidade, hoje mais do que nunca se denota que a moradia possui uma dimensão de proteção da saúde e integridade, até então ignoradas. A moradia adequada hoje é, sobretudo, uma questão de vida ou morte.

É evidente, que em momentos, como a pandemia, os direitos humanos encontram-se em maior vulnerabilidade do que normalmente. Nesse sentido, os direitos sociais devem possuir uma maior atenção e serem preservados, pois o desrespeito em uma época como a atual se torna muito mais impactante do que em outros momentos.

O que se verifica, entretanto, é um sem número de denúncias, desde despejos forçados de famílias, corte de energia elétrica, à cobrança de aluguéis seguida de despejo e violência contra os sem-teto, que se repetem em várias partes do mundo, inclusive no Brasil. Tais medidas devem ser denunciadas e abominadas como desrespeito à vulnerabilidade da situação atual e como violação ao direito fundamental social à moradia. A realidade é que essas situações, que no mais das vezes não deveriam ocorrer em um cenário, inclusive sem a pandemia, torna-nos ciente de como a moradia é fundamental para a preservação da vida.

Passa-se à análise de violações do direito humano à moradia dos vulneráveis³¹.

Quanto aos sem-teto, não se pode ignorar que as pessoas nessas condições têm maior probabilidade de contrair doenças, como o coronavírus, em partes por causa do enfraquecimento do sistema imunológico devido ao estresse adicional e em partes pela falta de nutrição e sono. Além disso, costumam sofrer condições médicas subjacentes que tornam uma doença mais grave quando ela ocorre (BIRON, 2020a).

Em várias partes do mundo, com a ordem de “ficar em casa”, são relatadas diversas violências a esse grupo. Além do mais, é de se considerar que muitos já viviam nas ruas, mas outros estão tendo que forçosamente residir em locais públicos, criando uma nova massa de sem-teto, principalmente naqueles países onde o limite entre pobreza e extrema pobreza é tênue, como é o caso de Honduras (VALLADARES, 2020).

Também, foi relatado um tratamento criminoso aos sem-teto (BACCHI; CHANDRAN, 2020) nas Filipinas em decorrência de desrespeito ao “*lockdown*”³², o que, evidentemente, não faz sentido, pois tais pessoas não

³¹ Mulheres, crianças, habitantes das favelas, populações em situação de rua, pessoas com deficiência, deslocados e imigrantes, povos indígenas.

³² Ordens emitidas aos dirigentes locais para que as pessoas não saiam de suas casas. Em alguns locais, o controle dessas ordens foi realizado pelos agentes de segurança pública, através de

têm a escolha de ficar em casa. Ainda, os sem-teto sofrem com o fechamento constante dos banheiros públicos do país, em um momento que a lavagem frequente das mãos é a melhor maneira de combater a disseminação do Covid-19, conforme relatado nos EUA (BIRON, 2020b). Isso se repete no Japão; uma prática conhecida era o uso de “internet cafés” para os sem-teto se abrigarem à noite, o que inclusive legitimava a fala oficial do governo de um baixo número de sem-teto no país, mas com o fechamento dos cafés durante a pandemia, o número deu um grande salto (RATHBORN, 2020), desvelando um problema social até então não evidenciado.

Na Índia e na África do Sul, locais em que foram criados abrigos e acampamentos improvisados, às vezes usando estádios e campos de futebol em condições frequentemente insalubres, denuncia-se que a polícia tem usado a força para levar os sem-teto aos abrigos temporários ou impedir que eles partam (BACCHI; CANDRAN, 2020).

Na África Oriental, inclusive, mais de 40 mil pessoas foram despejadas durante a crise do coronavírus, que foram feitos pelos próprios proprietários das terras ou pelo poder público municipal (BHALLA, 2020c).

De outro lado, em outros locais, políticas ao sem-teto, que até então eram tidas como inviáveis, estão ocorrendo, como nos EUA e no Reino Unido. Nos últimos dois meses, as cidades têm mostrado exatamente o que é necessário para expandir a capacidade e abrigar com segurança os sem-teto. Os abrigos de inverno permaneceram abertos, as propriedades públicas foram convertidas em abrigos, as equipes de navegação habitacional foram ampliadas, mais parcerias público-privadas foram estabelecidas, os serviços de higiene e saneamento aumentaram e as moratórias de despejo foram implementadas. É justo que uma resposta tão prática seja durante uma pandemia global, especialmente porque o Covid-19 pode se espalhar

imposição de multas e por meio de abordagem policial, como foi o caso no Rio de Janeiro, onde um Decreto Estadual proibiu as pessoas de frequentar as praias. Em: Coelho (2020).

rapidamente quando as pessoas vivem em locais fechados nos abrigos ou nas ruas (RAINWATER; LOWERY, 2020).

Entretanto, essas políticas tendem a acabar no fim de junho. No Reino Unido, quando o *lockdown* iniciou, mais de 14.500 pessoas estavam em situação de rua e a elas foram dadas acomodações emergenciais, como em hotéis. Deve-se ainda considerar que muitas pessoas perderão/perderam seus empregos e, conseqüentemente, suas casas, o que exige novas medidas pelo governo, como novas moradias emergenciais (CORONAVIRUS, 2020a).

Quanto aos negros, nos EUA, constatou-se que mais negros são presos por violação ao *lockdown* do que brancos (KAPLAN; HARDY, 2020). Ainda, as desigualdades são mais exacerbadas para os negros, que mais perderam seus empregos, o que também atingem moradia, porque são os negros que moram com maior aglomeração nos EUA (BIRON, 2020).

Os motivos para que mais negros e pobres sofram com os efeitos da pandemia são vários. Ressalta-se que negros não sofrem mais por serem negros, mas por serem pobres. As dificuldades são: dificuldade no acesso a serviços de saúde, as condições de vida da população, o saneamento básico, empregos informais, alto grau de comorbidades (hipertensão e diabetes), discriminação para obtenção de moradia, maior comprometimento da renda com moradia (GRAGNANI, 2020; LAKE, 2020). Ainda, pesquisas mostram que negros e minorias étnicas são “superexpostos” ao vírus, porque são mais propensos a viver em grandes famílias, pessoas que utilizam transportes públicos e que devem trabalhar fora de casa (COLLINSON, 2020).

Referente aos indígenas, no que toca à segurança da posse, ainda, no Brasil o STF suspendeu processos de reintegração de posse em áreas indígenas durante a pandemia, reconhecendo a vulnerabilidade dos povos indígenas em relação ao risco de contágio da Covid-19, evitando que fiquem à mercê do despejo judicial em tempos de pandemia (STF, 2020). Quanto à ameaça aos povos indígenas, há denúncias de que houve um aumento

de invasão por garimpeiros e madeireiros nas terras indígenas durante a pandemia (APROVEITANDO..., 2020).

Em relação aos migrantes, imigrantes e refugiados, no Yemen, para os refugiados que residem em campos de refúgios, “ficar em casa” significa passar fome. Para essas pessoas, reféns de guerras civis, ficar em casa significa desistir das próprias vidas. Segundo as palavras de Saboot, um refugiado: “Temos medo do coronavírus, mas não podemos ficar no acampamento, pois não temos comida suficiente nem por um dia. Ficar aqui significa morrer de fome” (MAMOON, 2020; UNFPA, 2020)

No que se refere às mulheres, uma problemática relacionada ao direito à moradia também surge: um número crescente de proprietários está pedindo sexo a inquilinos em troca de moradia, diante da impossibilidade dessas arcarem com os encargos do aluguel. Uma pesquisa da National Fair Housing Alliance (NFHA), nos EUA, em grupos habitacionais, constatou 13% de aumento de queixas relacionadas a assédio sexual durante a pandemia. Essa problemática se agudiza no caso de mães solteiras. Também, verificou-se um aumento de anúncios *on-line* que oferecem acomodações sem aluguel em troca de favores sexuais (MILNE, 2020; SOARES, 2020). Considerando que os efeitos da pandemia são sentidos com maior impacto aos grupos vulneráveis, passa-se à análise de que outros modos acontecem esses impactos.

Os despejos em massa podem ser ressaltados como um problema que ganha especial relevância. Notícias que colocam a segurança da posse, dimensão do direito à moradia, em risco, têm se multiplicado: despejos sendo feitos em um cenário de pandemia, aproveitando-se da vulnerabilidade de acesso a canais jurídicos e políticos, pois muitos estão suspensos e com difícil acesso. É o que ocorre pela demolição de assentamentos ilegais na Etiópia durante a crise (BHALLA, 2020a); e também em Nairobi, no Quênia, onde mais de 5.000 pessoas têm suas casas demolidas, incluindo mães solteiras e crianças, em razão da ocupação ilegal (BHALLA, 2020b). Em Bogotá, 1.000

famílias sofreram despejos durante a pandemia, famílias que, na maioria, estão desempregadas em consequência do Covid-19 (GRIFFIN, 2020).

No Brasil, inclusive, não é somente o Estado que realiza os despejos, mas também a milícia, a qual controla vários locais no país. Segundo a reportagem, moradores da Região Metropolitana e da Baixada Fluminense, no Rio de Janeiro, estão sendo expulsos das suas próprias casas e comércios por não terem dinheiro para pagar as taxas impostas pela milícia. Os milicianos ameaçam as famílias de morte (REGUEIRA, 2020).

Em outubro (MARINO, 2020a), constatou-se um aumento do número de remoções em São Paulo desde o início da pandemia, sendo que a maior parte foi realizada pelo Poder Judiciário, a exemplo da Ocupação Viva Jardim Julieta, no distrito de Vila Medeiros, Zona Norte de São Paulo, na qual 400 pessoas foram despejadas. Segundo informações coletadas, a ocupação iniciou um mês antes do despejo, como reflexo dos efeitos da pandemia na renda das pessoas. O terreno em questão estava sem uso a décadas, inclusive funcionava como estacionamento clandestino (UNGARETTI *et al.*, 2020). E esses números continuaram mesmo que a pandemia tenha se prolongado, tendo em agosto chegado ao número de 1,3 mil pessoas (ALVES, 2020)³³.

Para os pobres, por estarem, a maioria, em grupos vulneráveis, somado à vulnerabilidade financeira, estudos³⁴ apontam que as mortes por Covid-19 crescem em áreas com déficit habitacional e, ainda, entre a população negra, a doença tem sido mais letal. Esse cenário repete o que já ocorreu no passado: a pandemia da Gripe de 1918 foi mais letal entre moradores de bairros pobres e populosos (MUNIZ, 2020).

A pesquisa, realizada em dois bairros do Rio de Janeiro denota essa diferença: no bairro Meireles, com IDH similar ao da Noruega, com um nível

³³ Em julho, a ONU emitiu um comunicado aconselhando que o Brasil parasse com os despejos (BRAZIL, 2020).

³⁴ Ver: Ação... (2020).

de confinamento de 70%, nível estabelecido como base pelo Estado, a taxa de infectados é de 6%. De outro lado, em Barra do Ceará, com IDH menor que países subsaarianos da África, onde o nível de confinamento é de 50%, se a comunidade realizasse um isolamento de 70% a taxa de infectados seria de 16% e a letalidade triplicaria. Isso demonstra que em áreas mais pobres o nível de isolamento deve ser maior, porque nessas áreas a necessidade de confinamento é maior por ser mais difícil manter as pessoas em casa em razão da problemática do déficit habitacional. Ainda, a mortalidade foi mais alta na comunidade do que no bairro Meireles: “Barra do Ceará, de 1º de abril até 26 de maio, registrou [...] uma taxa de mortalidade de 14,5%, enquanto em Meireles [...] uma mortalidade de 4,2% nesse período” (LINDER, 2020).

Ressalta-se que existe uma dificuldade na contagem de óbitos e contágios nas favelas, o que decorre da falta de endereços padronizados, sendo muitas regiões ignoradas em cadastros oficiais, de modo que um fenômeno vem ocorrendo: casos confirmados e óbitos de moradores estão sendo notificados em bairros vizinhos. Esse fenômeno prejudica as estatísticas que servem de base para estudos de políticas públicas do combate a Covid-19 (SILVA; MARINHO, 2020).

A dificuldade do isolamento também se relaciona com o fato de que o confinamento não corresponde à realidade de muitos, principalmente das pessoas que residem em assentamentos irregulares. O confinamento é, em essência, um conceito burguês, traz em si a ideia de que é possível se refugiar em uma casa individual. O que se verifica em bairros pobres é uma realidade insalubre (PAREDES, 2020).

Observa-se também cortes em serviços básicos, diante do não pagamento, como cortes de energia elétrica em Johannesburgo (HARRISBERG, 2020); tais serviços não poderiam deixar de ser providos em tempos de pandemia.

Junto a todo esse contexto de violações ao direito à moradia, ressalta-se que exemplos de militarização do Estado se reproduzem. Na Argentina, 4 em cada 10 infectados vivem em favelas, o que levou alguns locais a um bloqueio policial, como a Vila Azul, localizada em uma província, onde foi impedida a saída de moradores dos locais para o controle. Muitos moradores, porém, denunciaram que, em que pese as autoridades garantirem o abastecimento local, os alimentos alcançados para durarem duas semanas, duraram dois dias. O mesmo protocolo de segurança não foi aplicado em bairros de classe alta (CENTENARA, 2020). Em Nairobi, as autoridades vêm testando os moradores de uma das maiores favelas, porém, estes têm medo de rejeição e estigma por parte de vizinhos e empregadores. Isso porque relatam os moradores que testar ou não positivo é o que garantirá o seu emprego (BITYABAREMA, 2020).

Destaca-se um fenômeno que vem ocorrendo na Índia (LOCKDOWN, 2020): o êxodo em massa de moradores das capitais dos Estados e das grandes cidades de volta às suas vilas de origem. Após de uma moradia digna, buscando fugir da pobreza extrema e incapaz de pagar aluguel, uma grande massa de trabalhadores, cerca de 100 milhões de trabalhadores informais, desloca-se de volta a seus vilarejos, os quais deixaram outrora em busca de melhores condições e empregos. A maioria das pessoas realiza a jornada a pé. Muitos, também, receberam apoio do governo, que providenciou ônibus para deslocá-los (ou para retirar essa faceta da pobreza das cidades?). Várias pessoas estão morrendo nesse deslocamento. Um dos efeitos do deslocamento, conforme demonstra reportagem da Thomson Reuters (SHARMA, 2020), é a disputa de propriedade nessas vilas dentro das próprias famílias.

Interessante coleta de dados feitas pelo Lab Cidade, demonstram como a Covid entre profissionais da saúde no Brasil reverbera desigualdades urbanas. Os profissionais da saúde de menor renda estiveram mais

vulneráveis ao contágio (45% contra 6% dos médicos contraíram o vírus). Em um interessante mapa elaborado, vemos que médicos vivem nas áreas mais valorizadas da cidade, enquanto que não-médicos moram nas zonas afastadas do centro. Os trabalhadores essenciais são os mais expostos ao contágio e os que cruzam diariamente a cidade e vivem em locais vulneráveis (MARINO *et al.*, 2020b).

7 POSSÍVEIS MEDIDAS PARA PROTEGER O DIREITO À MORADIA EM UM CONTEXTO DE PANDEMIA E PÓS-PANDEMIA: PROPOSTAS A PARTIR DE EXEMPLOS DE OUTROS PAÍSES E DOCUMENTOS DE MOVIMENTOS SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS

Inicialmente, colacionam-se as instruções emitidas por movimentos populares e organizações nacionais internacionais para a proteção da moradia, passando-se, na sequência, a expor medidas tomadas pelos países, sem, no momento, emitir juízo de valor sobre elas.

Parte-se do princípio – e espera-se – que os países tomem medidas políticas eficazes para manter proprietários e locatários em suas casas, bem como medidas que rapidamente realoquem pessoas que perderam a moradia por conta do despejo (LAYSER *et al.*, 2020).

8 MEDIDAS EMITIDAS PELOS MOVIMENTOS POPULARES E ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Com o fim de proteger o direito à moradia, a coalizão internacional de habitação (HIC, 2020) enumerou quatro objetivos para garantir o direito à moradia a todos: 1. Suspender os despejos em todo o país; 2. Decretar a suspensão do pagamento de aluguéis, suprimentos básicos e empréstimos

ou créditos hipotecários para as famílias que perdem ou reduzem significativamente sua renda; 3. Conceder alternativas de moradia para aqueles que não têm lugar para se abrigar, além de oferecer alternativas à falta de serviços e alimentos para os grupos de maior risco; 4. Suspender cortes nos serviços de água e saneamento, bem como estabelecer medidas urgentes de saúde e higiene em assentamentos do país em condições precárias ou não reconhecidas.

No Brasil, diversos Movimentos Populares³⁵ pela luta à moradia emitiram um manifesto (FÓRUM REFORMA URBANA, 2020) na busca de proteger a moradia dos mais vulneráveis em tempos de pandemia. Dentre as propostas, menciona-se: 1. Elaboração de Planos Emergenciais pelos Governos da União, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios; 2. Garantia ao Acesso de Equipamentos e Serviços de Higiene e Alimentação; 3. Garantia do Acesso aos Serviços Básicos e Promoção da Universalização do Saneamento Básico; 4. Auxílio Financeiro às Famílias de Baixa Renda; 5. Fortalecimento das Ações Comunitárias e dos Espaços de Participação Social; 6. Campanhas de Informação e Comunicação; 7. Promoção da Mobilidade em Tempos de Quarentena e Restrição à Circulação; 8. Direito Universal à Saúde Pública de Qualidade; 9. Segurança de Posse e Direito à Moradia; 10. Solidariedade à População em Situação de Rua e adoção do Programa Quarto de Quarentena; 11. Fim da Política de Militarização dos Territórios Populares; 12. Política de Prevenção do Covid-19 nas Prisões; 13. Por uma Nova Política Econômica Justa, Democrática e Sustentável.

O manifesto aponta que, em que pese o Brasil ter concedido o auxílio emergencial no valor de R\$600,00 – Lei 13.982 (BRASIL, 2020f) –, é fundamental a ampliação do programa bolsa família, bem como sua ampliação (FÓRUM REFORMA URBANA, 2020). Aponta também ser

³⁵ Acerca da temática do envolvimento social de movimentos populares pela defesa do direito à moradia, recomenda-se a leitura de: Dias et al. (2017).

necessário implementar melhorias habitacionais e sanitárias, de forma a ampliar moradias e reduzir o adensamento excessivo. Isso deve ser feito por meio de “[...] serviço de Assessoria Técnica gratuita, com contratação pelas Prefeituras de mão de obra local [...] com participação do poder público, de universidades e do terceiro setor, como via para efetivação dos direitos” (FÓRUM REFORMA URBANA, 2020). Apontam também a necessidade de se “Retomar programas habitacionais destinados à população em situação de rua [...] Destinar terrenos e edifícios vazios subutilizados da União, dos Estados e dos Municípios para a produção de moradias de interesse social [...]” (FÓRUM REFORMA URBANA, 2020). Por fim, destaca-se a proposta de Aprovação e implementação do Serviço de Moradia Social e de Locação Social para a população em situação de rua, através do qual os moradores não pagam aluguel e arcam com as despesas de manutenção (FÓRUM REFORMA URBANA, 2020).

Segundo a Cepal (2020b), medidas de facilitação de pagamento de créditos e hipotecas devem ser tomadas pelos Estados Latinos. De acordo com a ONU-Habitat, em documento denominado “*Covid-19 response plan*”, observando as particularidades da América Latina, defende-se medidas de redução do ônus com aluguel e hipotecas; o fornecimento de abrigo temporário para os desabrigados; o redirecionamento de edifícios para isolar infectados; apoio aos governos locais para gerenciar a mobilidade e transporte urbano seguro, com foco nos assentamentos informais. A agência ONU-Habitat comprometeu-se a aumentar a conscientização do público para promover a mudança de comportamento de higiene³⁶.

A ONU-Habitat também se manifestou de modo a serem evitadas os despejos em um contexto de pandemia. Apontou que em casos excepcionais,

³⁶ Na América Latina e no Caribe, os desafios do Covid-19 incluem acesso desigual aos serviços de saúde, além do grave impacto econômico devido ao declínio do comércio, manufatura e turismo, resultando em maior desemprego e salários mais baixos. Existe o risco de maior desigualdade, aumento da pobreza e níveis mais altos de emprego informal em uma região onde mais da metade da força de trabalho já está no setor informal (ONU-HABITAT, 2020).

onde despejos são inevitáveis (por exemplo, para evitar novas invasões de terra) devem ser conduzidos conforme as obrigações internacionais de direitos humanos. Despejos fundados em desenvolvimento físico planejado ou pela recuperação de terras públicas não devem ser realizados durante a crise do Covid-19. Ademais, apenas despejos e realocações diretamente destinados a impedir o contágio entre os moradores devem ser permitidos (LEWIS-LETTINGTONS, 2020).

Ainda, apontou medidas imediatas e substanciais para garantir o direito à moradia: moratórias sobre despejos por atrasos de aluguel e hipoteca; diferimentos de pagamentos de hipotecas; moratórias sobre despejos forçados de assentamentos informais; introdução de medidas de estabilização ou redução de aluguel; suspensão de custos e sobretaxas de serviços públicos pelo período da pandemia; criação de fundos de emergência para reduzir a exposição para categorias em risco; atendimento às necessidades básicas de comunidades ou bairros vulneráveis, principalmente alimentos, água, saneamento e higiene, além de atenção primária à saúde (LEWIS-LETTINGTONS, 2020).

A ex-relatora especial da ONU sobre o direito à moradia adequada, Leilani Farha, aponta que medidas para salvar vidas para abrigar os mais vulneráveis durante os bloqueios por coronavírus correm o risco de cair após a crise. A ex-relatora acredita que, assim como o emprego e o trabalho mudarão como resultado da crise do Covid-19, é provável que o *status* legal, social e econômico da habitação também mude, reduzindo seu caráter de mercadoria. Para evitar esse cenário, Balakrishnan Rajagopal, atual especialista no cargo, aponta que os governos devem interromper os despejos em massa e garantir a segurança da posse para aqueles que vivem em moradias inseguras ou assentamentos informais com melhor qualidade e moradias mais acessíveis, como diz, por sua vez Chandran (2020).

Outras medidas, alinhadas por Ramalhos (2020), são interessantes para o contexto brasileiro. Devem ser evitadas remoções, projetos caros vinculados a interesses políticos (sujeitos a esquemas de corrupção) e diminuição de dependência de programas de construção de conjuntos habitacionais de grande porte. Além disso, o aluguel social é importante para momentos como esse, para abrigar famílias desalojadas e em indigna situação de moradia. Ademais, não somente de construção de novas habitações é que a política habitacional social deve viver. O aluguel social é, inclusive, medida que pode ser disseminada em larga escala em detrimento da necessidade da propriedade. Também, mais do que nunca fazer valer a função social da propriedade, pois há dados que apontam que o número de imóveis desocupados é o mesmo do déficit quantitativo de imóveis no Brasil.

Movimentos, como “*We strike together*” surgem com força para evitar os despejos por falta de pagamento diante do cenário de pandemia. O movimento apoia-se no direito à moradia como direito humano e se organiza para demandar: cancelamento de cobrança aluguel/hipoteca pela duração da pandemia; bloqueamento de empresas que invadam e assumam propriedades em comunidades devastadas; suspensão de todas as execuções hipotecárias e despejos durante esta crise³⁷.

9 MEDIDAS GOVERNAMENTAIS EMITIDAS PELOS PAÍSES

Na presente seção explana-se sobre medidas governamentais emitidas pelos países. Desde já, ressalta-se que as medidas podem consistir em auxílio direto (pagamento de alugueis, auxílio direto a pessoas desabrigadas, etc.) ou indireto (pagamento de auxílio emergencial, extensão do seguro desemprego, isenção temporária de impostos, etc.). Conforme será demonstrado, os países optaram por auxílio indireto, em sua maioria.

³⁷ Ver: <https://westriketogether.org/about/>.

Ressalta-se que há ainda parca sistematização da atuação governamental dos países, estando melhor expostas nessa seção as medidas tomadas pelo Brasil e EUA.

Segundo dados da Cepal (2020b), até o fechamento de um estudo realizado em 12 de maio de 2020, 20 países da América Latina e Caribe ofereceram facilidades de pagamento de créditos às famílias, como o adiamento de pagamentos parcelados, reajuste e refinanciamento de empréstimos, isenção de pagamentos ou suspensão de juros de mora e multas na duração da emergência. Em três países, foi o setor bancário que anunciou as medidas, enquanto no restante foram iniciativas públicas impostas a bancos privados ou resultado de acordos entre governos e bancos.

Quanto aos aluguéis (relacionados com a defesa da posse), alguns países tomaram medidas: na Espanha (SALVADOR, 2020; TORREBLANCA, 2020) foram aprovadas medidas para auxiliar os inquilinos no pagamento de aluguéis, com um tratamento diferente em razão dos proprietários: aos pequenos proprietários foi garantida a cobrança das rendas, colocando à disposição dos inquilinos uma linha de créditos para realizarem o pagamento (cujo pagamento poderá ocorrer de 6 a 10 anos), enquanto que os grandes proprietários foram obrigados a aceitar pagamentos atrasados por três anos ou reduzi-los a até 50%. Essa resolução afeta apenas inquilinos considerados vulneráveis pelos impactos do Covid-19 (cerca de meio milhão de famílias). O pacote de medidas impede também as remoções até seis meses após o fim da pandemia e prolonga os contratos de aluguéis que expiram durante os meses da pandemia. Se a vulnerabilidade dos inquilinos persistir após a crise, o Estado pagará o aluguel (a dívida que o inquilino assumiu), com um limite de até 900 euros por mês e 200 euros por mês para suprimentos, comunidade, manutenção, etc.³⁸

³⁸ Na Espanha os despejos ocorreram mesmo com a legislação criada, conforme aponta reportagem. A reportagem mostra que o problema de legislação foi que “[...] a proibição do governo de despejos durante a crise da Covid-19 foi limitada a pessoas que podem provar que

Ainda sobre os aluguéis, na Itália (2020), 46 milhões de euros foram destinados aos municípios para que auxiliem os inquilinos com os aluguéis. Já na Alemanha (MARTINEZ, 2020), foi aprovado projeto de Lei que busca proteger os 54% da população que moram em locais alugados. O texto prevê que entre primeiro de abril e 30 de setembro deste ano ninguém poderá ser retirado de sua moradia com fundamento em não pagamento do aluguel.

Na Inglaterra e no País de Gales, a partir de 25 de junho de 2020 o governo banirá os despejos por falta de pagamento do aluguel de inquilinos em acomodações sociais e particulares até 23 de agosto de 2020. Dados apontam que pelo menos 500 mil pessoas utilizam mais da metade de seus salários para o pagamento de aluguel (CORONAVIRUS, 2020b).

É de se ressaltar que em Singapura (SINGAPORE, 2020) o governo se organiza para criar moradia para sessenta mil migrantes trabalhadores até o fim do ano, com o objetivo de reduzir a densidade em dormitórios. A nação é a que tem o maior número de contaminados na Ásia.

Nos EUA foi criado o pacote federal de Lei CARES (Lei de Auxílio ao Coronavírus, Socorro e Segurança Econômica), que previu uma série de disposições voltadas a proporcionar auxílio a famílias que ficaram desempregadas ou desfavorecidas economicamente.

No que toca à moradia, a Lei Cares dispôs sobre hipotecas e despejos de imóveis alugados com apoio federal (moradias multifamiliares seguradas pela *Federal Housing Administration* ou securitizados pela *Fannie Mae* ou *Freddie Mac*, e outros milhões apoiados pelos programas *Low Income Housing Tax Credit*, HUD e/ou USDA), porém somente até 24 de julho a Lei protegeu os moradores da execução hipotecária e despejo (U. S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, 2021a).

se tornaram vulneráveis como uma consequência direta da pandemia” (SMITH, 2020).

Em 4 de setembro de 2020 foi instituída a moratória federal de despejo para locatários em dificuldades, mas apenas adia os despejos – não os impede. Quando a moratória expirar em 31 de março de 2021, o aluguel atrasado será devido (National, 2021). Ainda, uma medida emergencial de alívio COVID-19 promulgada em dezembro de 2020 incluiu US\$ 25 bilhões em assistência emergencial de aluguel. Prevê-se que o Congresso americano forneça pelo menos US\$ 100 bilhões em assistência de aluguel de emergência para manter os locatários alojados de forma estável durante e após a pandemia (U. S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, 2021b).

An 'eligible household' is defined as a renter household in which at least one or more individuals meets the following criteria: i. Qualifies for unemployment or has experienced a reduction in household income, incurred significant costs, or experienced a financial hardship due to COVID-19; ii. Demonstrates a risk of experiencing homelessness or housing instability; and iii. Has a household income at or below 80 percent of the area median (U. S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, 2021b).

Esse auxílio direto soma-se a única medida direta tomada até então, a moratória de despejos para evitar uma onda, medida que não impediu o aumento da instabilidade habitacional para muitas famílias (LAYSER et al., 2020). No que toca à proteção à moradia no Brasil, em 10/06/2020 foi aprovada, com vetos pelo Presidente, o projeto de lei 1.179 (BRASIL, 2020b), que se transformou em Lei nº 14.010 (BRASIL, 2020a). O projeto de lei foi proposto pelo Senador Antônio Anastasia, em 30 de março de 2020. No projeto do Senador, três pontos interessam o Direito à Moradia: o Art. 9º, o Art. 10º e o Art. 14º:

Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 31 de dezembro de 2020. [...] Art. 10. Os locatários residenciais que sofrerem alteração econômico-financeira, decorrente de demissão, redução de carga horária ou diminuição de remuneração, poderão suspender, total ou parcialmente, o pagamento dos alugueres vencíveis a partir de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020.

§ 1º Na hipótese de exercício da suspensão do pagamento de que trata o caput, os alugueres vencidos deverão ser pagos parceladamente, a partir de 30 de outubro de 2020, na data do vencimento, somando-se à prestação dos alugueres vincendos o percentual mensal de 20% dos alugueres vencidos.
[...] Art. 14. Suspendem-se os prazos de aquisição para a propriedade imobiliária ou mobiliária, nas diversas espécies de usucapião, até 30 de outubro de 2020 (Brasil, 2020b, grifo nosso).

Conforme se verifica, o Art. 9º previu a impossibilidade de concessão de liminar de despejo, previstas no Art. 59 da Lei n. 8.245 (BRASIL, 1991) nas ações propostas entre 20 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020. Ainda, no que se verifica do §2º, nos casos dos incisos apontados do Art. 47³⁹ não se aplicaria a impossibilidade de concessão de liminar. Ocorre que, por exemplo, o I do Art. 47 relaciona-se ao despejo por falta de pagamento, o que não seria protegido pela suspensão da liminar, pois previsto na exceção do §2º. Do mesmo modo, o trabalhador poderia ser despejado liminarmente logo após a perda do emprego se o imóvel era cedido pela empresa, conforme se verifica do II do Art. 47. Isso significa que a suspensão das ordens de despejo em caráter liminar proposta é incongruente com o §2º.

O Art. 10, por seu turno, previa sobre a suspensão dos alugueis, total ou parcialmente, em casos específicos, como a demissão, tendo como marco inicial a data de 20 de março de 2020 e final 30 de outubro de 2020. O §1º, por sua vez, compreendia que os alugueis suspensos deveriam começar a ser pagos a partir de 30 de outubro de 2020, somando-se a prestação dos alugueis vincendos os suspensos na proporção de 20%. Ainda, o Art. 14º

³⁹ Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação proroga-se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel: I – Nos casos do art. 9º; II – em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relacionada com o seu emprego; III – se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; IV – se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento (BRASIL, 1991).

previu a suspensão dos prazos prescricionais para as diversas espécies de usucapião.

As disposições comportam alguns comentários. O Art. 9º, conforme apontado, vedava a concessão de liminar em ação de despejo, porém isso não impediria a propositura da ação de despejo pelo proprietário no período apontado (20/03/2020-31/12/2020). O Art. 10, por seu turno, previa que os locatários, a partir de 30 de outubro de 2020, já deveriam começar a efetuar o pagamento suspenso dos aluguéis. Ora, é sabido que a recuperação econômica do país e, conseqüentemente, dos postos empregatícios, para os afetados pela pandemia, não ocorreria logo em 30 de outubro de 2020, o que acarretaria, segundo previsão legal, que o locatário tivesse que começar a pagar o aluguel normalmente, pois acabado o prazo de suspensão legal, e, somado a ele, 20% dos atrasados. De outro lado, o Art. 14, ao suspender o prazo aquisitivo da propriedade via usucapião, desconsiderou que a usucapião é instituto voltado ao cumprimento da função social da propriedade.

Entretanto, o projeto do Senador sofreu alterações pela Câmara dos Deputados. Tais alterações não vieram a beneficiar as pessoas, infelizmente, pois limitou o alcance do Art. 9º, o Art. 10 foi suprimido na sua integralidade e o Art. 14 continuou a ser previsto.

Quanto ao Art. 9º, passou a ser previsto com a seguinte redação:

Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, §1º, incisos I, II, V, VIII e IX da Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 20 de março de 2020.

Conforme se verifica, em comparação com a previsão anterior, foram suprimidos da previsão os incisos III, IV, VI, VII do Art. 59 da Lei n. 8.245⁴⁰.

⁴⁰ Quais sejam: III – o término do prazo da locação para temporada, tendo sido proposta a ação de despejo em até trinta dias após o vencimento do contrato; IV – a morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do art. 11, permanecendo no

Além do mais, o prazo de impossibilidade do requerimento da liminar era até 31 de dezembro de 2020 e, pela proposta da Câmara, foi alterado para 30 de outubro de 2020. Essas alterações significaram: que a concessão de liminar será possível durante a pandemia, nos casos acima apontados, e que a partir de 30 de outubro de 2020 será possível em todas as situações.

Quanto à supressão do Art. 10, um dos motivos levantados pelos deputados foi o de que não é possível haver presunção absoluta de que os inquilinos não terão condições de pagar aluguel e por haver casos de locadores que sobrevivem apenas de aluguéis. Nesse sentido, foi deslocado para o âmbito privado eventuais pedidos de redução do valor e suspensão do pagamento de aluguel. Evidentemente, trata-se de uma grande perda a todos, pois as decisões foram relegadas ao âmbito da autonomia da vontade.

O projeto de lei foi aprovado com vetos. Os vetos, infelizmente, incluíram o Art.9º, o que significa que os despejos estão permitidos no Brasil durante o período de pandemia. Os vetos, ainda, não incluíram o Art. 14º, de modo que o prazo prescricional continuou suspenso até 30/10/2020.

Em agosto, os senadores derrubaram vetos presidenciais, sendo um deles o que vetou a concessão de liminar para desocupação de imóveis urbanos nas ações de despejos propostas a partir de 20/03/2020. A proibição valeu até dia 30/10/2020 (SENADO, 2020).

Além do projeto de lei sancionado, cita-se outros projetos em tramitação: o projeto de lei 1.434 (2020d), de Autoria dos Deputados Federais João Daniel (PT/SE) e Margarida Salomão (PT/MG), apresentado em 01/04/2020, e o projeto de lei 2.135 (2020e), de Autoria da Deputada Gleise Hoffmann. O primeiro prevê a anistia das parcelas de financiamentos

imóvel pessoas não autorizadas por lei; [...] VI – o disposto no inciso IV do art. 9o, havendo a necessidade de se produzir reparações urgentes no imóvel, determinadas pelo poder público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário, ou, podendo, ele se recuse a consenti-las; VII – o término do prazo notificador previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato (BRASIL, 1991).

do Programa Minha Casa Minha Vida durante o estado de calamidade pública e o segundo prevê a suspensão do pagamento de seis parcelas dos financiamentos feitos junto ao Sistema Financeiro de Habitação. Ambos os projetos ainda não caminharam além do despacho inicial.

No Brasil, ainda, o Auxílio Emergencial⁴¹ foi proposta criada pelo Governo para auxiliar indiretamente na proteção de uma série de direitos, como a moradia.

Em junho, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 795/20, dos deputados Professor Israel Batista (PV-DF) e Helder Salomão (PT-ES), que suspende os pagamentos mensais de beneficiários do programa residencial Minha Casa, Minha Vida (programa mais importante do Brasil de habitação popular) por 180 dias em razão das dificuldades financeiras ocasionadas pela pandemia. A suspensão alcança mutuários da faixa 1 do programa. Segundo a proposta, as parcelas deverão ser pagas depois do prazo final do financiamento original. O projeto ainda está em tramitação no Senado (BRASIL, 2020g).

A Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) proibiu cortes de energia por falta de pagamento para os consumidores classificados como Baixa Renda enquanto durar o estado de emergência da pandemia (ANEEL, 2020). Alguns Estados adotaram a proibição também da água para alguns consumidores.

Ainda, no Brasil, ao final do ano, o índice aplicado ao reajuste dos aluguéis aumentou em 24%, maior índice de 17 anos (BASILIO, 2020). Tal reajuste que é permitido pelo Código Civil e é prática comum em contratos

⁴¹ O Auxílio Emergencial é um benefício financeiro destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, e tem por objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus – COVID 19. O benefício no valor de R\$ 600,00 será pago por três meses, para até duas pessoas da mesma família. Para as famílias em que a mulher seja a única responsável pelas despesas da casa, o valor pago mensalmente será de R\$1.200,00 (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2020a).

imobiliários. Coletivos como o Aluguel em Crise, manifestaram-se pelo congelamento dos aluguéis em 2021 (COLETIVO, 2021).

Ressalta-se que hoje os países enfrentam a segunda – quiçá terceira – onda de Covid-19. Para muitos, sequer saímos da primeira, pois em uma e outra onda os números de morte deveriam ter caído mais expressivamente.

Por fim, interessante estudo (LAYSER *et al.*, 2020) apontou três caminhos a serem tomados para reduzir a instabilidade do direito à moradia durante a pandemia (sugeridas para os EUA, mas que podem ser estudados para outros locais) através do estudo comparativo das medidas tomadas na Recessão Americana de 2008-2009: assistência direta de pagamento habitacional e programas de reabilitação rápida para os despejados (entretanto, o governo mais apoiou auxílios indiretos, como o auxílios financeiros a desempregados e pequenas empresas); necessidade de intervenção a nível local, com previsão de moradias a preços acessíveis durante e após a pandemia; implementação do congelamento de despejos e execução hipotecária.

O estudo recomenda a criação de medidas preventivas para manter proprietários e locatários em suas casas e a criação de programas para fornecer uma rede de segurança habitacional com o fim de realocar com rapidez pessoas desabrigadas. Para inquilinos e proprietários em dificuldades, deve ser reconhecido assistência financeira e realocação de habitação e serviços de estabilização (por exemplo, isenção de impostos) (LAYSER *et al.*, 2020).

Os Autores ressaltam que o auxílio direto para manutenção do direito à moradia seria necessário mesmo com a existência de assistência indireta, como o aumento da extensão do seguro-desemprego e congelamento de despejos e execução, pois o congelamento temporário de despejo e execuções de hipoteca foram insuficientes para eliminar a necessidade de pagamento direto, por exemplo (LAYSER *et al.*, 2020).

Além das observações feitas acima, a maioria das políticas de proteção nos países foram projetadas para durarem além da metade do ano de 2020, algumas pouco a mais. Passado o período, a população encontra-se desprotegida, mesmo ainda não tendo ocorrido o fim da pandemia, cujas previsões para o fim ainda são incertas (CORONAVIRUS, 2020c).

Ainda, é necessário se pensar para um cenário pós-pandemia, pois o direito à moradia digna ainda estará no centro de possíveis violações, pois os índices associados à recuperação econômica e a diminuição do índice de desemprego são ainda incertos e observam uma tendência de piora (VELOSO, 2020).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verificou, os planos de respostas à pandemia propostos pelos países no que se refere ao direito à moradia seguem afirmando o seu caráter como um bem de consumo, desconsiderando-o como direito fundamental social. As medidas propostas são predominantemente neoliberais, fundadas em uma perspectiva no sentido que, tão logo findada a pandemia, automaticamente a economia apresentará uma melhora.

Os principais resultados obtidos mostram que as medidas tomadas pelos países foram vedações temporárias a despejos, que inclusive já expiraram, mesmo com a continuidade da pandemia. Há também, conforme se verifica, uma aposta no auxílio indireto temporário em detrimento do auxílio direto no auxílio aos mais afetados, como o auxílio emergencial adotado pelo Brasil.

As notícias e reportagens revelaram que despejos e violações ao direito à moradia não pararam ou foram reduzidas em um contexto de pandemia.

No Brasil as famílias que receberam o auxílio emergencial de R\$600,00 (reduzido, ao final, para R\$300,00) muitas vezes como única renda, tiveram que optar entre manter o alimento na mesa ou pagar o aluguel. Com o fim do auxílio e a alta do desemprego, há uma grande possibilidade de um aumento nas taxas de despejos e déficit habitacional. É lamentável que tenha de haver uma pandemia para que as pessoas entendam por quais motivos a moradia é um direito humano e cujo condão é a preservação de outros direitos, como a saúde. Esse contexto demonstra como ainda o debate sobre o direito à moradia está mal colocado dentro do debate público.

Políticas públicas e tomadas de decisões que impliquem defesa do direito à moradia, com a operacionalização dos objetivos acima listados, por exemplo, são fundamentais em um cenário em que a moradia é questão de vida ou morte. Moradias decentes e acessíveis são condição de sobrevivência e saúde pública.

Interessante são as propostas de organizações não governamentais, voltadas à defesa da moradia, que nos fazem repensar e questionar como queremos que seja a moradia abordada pelo direito.

A pandemia deixa claro que a moradia digna é fundamental para outros direitos fundamentais, como saúde e vida. Assim, a proteção do direito à moradia, frente à pandemia, mostra ser uma prioridade, o que exige um repensar acerca do paradigma da moradia como bem de consumo, inclusive como forma de preparo para outras situações de calamidade pública como a vivenciada e para se pensar em um cenário pós-pandêmico, pois muitas pessoas continuarão ter o direito à moradia digna violado.

REFERÊNCIAS

ABRAIN. FGV PROJETOS. **Análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos**. 2018. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ANEHAB-Estudo-completo.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEGRETTI, L. Inflação para famílias mais pobres é 10 vezes maior que para mais ricas em 2020. **BBC Brasil**. 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54568079>. Acesso em: 7 fev. 2021.

ALVES, I. 1,3 mil famílias foram despejadas durante a pandemia em São Paulo. **Redação Observatório 3º Setor**. 12 ago. 2020. Disponível em: https://observatorio3setor.org.br/noticias/13-mil-familias-foram-despejadas-durante-a-pandemia-em-sao-paulo/?fbclid=IwAR21J_0B9CbMHLjo8zB8CxbJFtpEgnUsldLbti aLTtVyP58iKi6PBoiZak. Acesso em: 7 fev. 2021.

ANEEL. **Aneel aprova revisão da norma sobre os serviços das distribuidoras na pandemia**. 21 jul. 2020. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVLZ6/content/covid-19-aneel-aprova-revisao-da-norma-sobre-os-servicos-das-distribuidoras-na-pandemia/656877?inhe ritRedirect=false. Acesso em: 7 fev. 2021.

APROVEITANDO a pandemia, garimpeiros e madeireiros invadem terras de povos indígenas. **IHU**, 20 maio 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/599113-aproveitando-a-pandemia-garimpeiros-e-madeireiros-invadem-terras-de-povos-indigenas-isolados>. Acesso em: 28 maio 2020.

ARTEMISIA. **Tese de Impacto Social em Habitação**. 2019. Oportunidades para empreender com impacto. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1M3ww5Vv9pqPDGoSKqqRg4Cc_tBGDLnZA/view. Acesso em: 28 maio 2020.

AÇÃO Covid 19. Disponível em: <https://acaocovid19.org>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BACCHI, U.; CHANDRAN, R. Homeless people 'treated as criminals' amid coronavirus lockdowns. **Thomson Reuters**, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200423122421-hibd0>. Acesso em: 7 maio 2020.

BASILIO, P. IGP-M é o maior em 17 anos; veja 7 dicas para negociar o seu aluguel. **G1**. 5 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/10/05/inflacao-do-aluguel-atinge-maior-taxa-dos-ultimos-17-anos-no-acumulado-em-12-meses.ghtml>. Acesso em: 7 fev. 2021.

BHALLA, N. City demolitions expose Ethiopian families to coronavirus.

Thomson Reuters, 29 abr. 2020a. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200429114219-ucgnb>. Acesso em: 7 maio 2020.

BHALLA, N. Forced eviction leave 5.000 Kenyan slum dwellers at risk of

coronavirus. **Thomson Reuters**, 6 maio 2020b. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200506115554-bt2r5>. Acesso em: 7 maio 2020.

BHALLA, N. More than 40,000 people forcefully evicted in East Africa during

coronavirus crisis. **Thomson Reuters**. 1º jul. 2020c. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200701132553-e0dal>. Acesso em: 7 fev. 2021.

BIRON, C. L. Closed bathrooms afflict U.S. homeless in coronavirus lockdown.

Thomson Reuters. 26 maio 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200526101748-rou62>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BIRON, C. L. 'One paycheck away' from homelessness: housing inequality fuels

U.S. protests. **Thomson Reuters**. 3 jun. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200603155414-huy15/>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BIRON, C. Homeless shelters, programs ill-equipped for coronavirus, US cities

warned. **Thomson Reuters**, 10, mar. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200310104246-k56g7>. Acesso em: 7 maio 2020.

BITYABAREMA, E. Kenya rolls out testing in Nairobi slums, but some fear

stigma. **Thomson Reuters**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200527101501-3rorx>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.245/1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os

procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982/2020**. 2020f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13982.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010/2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e

Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 795/2020**. Dispõe sobre a suspensão de pagamentos das participações financeiras mensais das famílias beneficiárias do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) – Faixa 1, em virtude da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pela Covid-19. 2020g. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2241644>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.179/2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Gabinete do Senador Antônio Anastasia. 2020b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8081773&ts=1590407634403&disposition=inline>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.179/2020**. Substitutivo da Câmara dos Deputados. Institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de direito privado em virtude da pandemia da Covid-19; e altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. 2020c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8093441&ts=1590407637639&disposition=inline>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.434 de 2020**. Prevê a anistia das parcelas de financiamentos do Programa Minha Casa Minha – PMCMV em caso de pandemia reconhecida pela Organização Mundial de Saúde – OMS. 2020d. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872597&filename=PL+ 1434/2020. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.135/2020**. Suspende o pagamento das parcelas dos financiamentos imobiliários contratados junto ao Sistema Financeiro de Habitação. 2020e. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1885433&filename=PL+ 2135/2020. Acesso em: 15 jun.2020.

BRAZIL must end evictions during COVID-19 crisis. **United Nations Human Rights**. 09 jul. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26059&LangID=E>. Acesso em: 7 fev. 2021.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Auxílio Emergencial**. (Cartilha). Brasília, 2020a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/19/senado-derruba-vetos-e-garante-proibicao-de-despejos-por-liminar-durante-pandemia>. Acesso em: 7 fev. 2021.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Casa Verde e Amarela.** (Cartilha). Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/casa-verde-e-amarela/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 7 fev. 2021.

CBIC. **Déficit habitacional no Brasil.** 2018. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>. Acesso em: 7 maio 2020.

CENTENARA, M. La provincia de Buenos Aires cerca una villa por un brote de coronavirus. **El País**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-27/la-provincia-de-buenos-aires-cerca-una-villa-por-un-brote-de-coronavirus.html?fbclid=IwAR1psPV6UP0IJqy-QYDJ97TyZuCmmJT5tTpf0jxOBvC-krJyWMti4DOchPA>. Acesso em: 6 jun. 2020.

CEPAL. Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación. **Informe Especial Covid-19**, n. 2, p. 16, 21 abr. 2020. 2020a. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45445/4/S2000286_es.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

CEPAL. **El desafío social en tiempos del COVID-19.** n. 3, 12 maio 2020. 2020b. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/5/S2000325_es.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

CEPAL. **Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus (COVID-19).** 28 maio 2020. 2020c. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45602/S2000313_es.pdf?sequence=1&isAllo wed=y. Acesso em: 28 maio 2020.

CHANDRAN, R. In pandemic, new U.N. envoy sees chance to rethink housing. **Thomson Reuters**, 26 maio 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200526114728-8votp>. Acesso em: 6 jun. 2020.

COELHO, H. PM aborda banhistas em sábado de sol do Rio? Infectologistas desaconselham: “É temerário”. **G1**, 28 de mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/28/pm-aborda-banhistas-em-sabado-de-sol-do-rio-infectologistas-desaconselham-e-temerario.ghtml>. Acesso em: 6 jun. 2020.

COLETIVO Aluguel em Crise. Manifesto pelo congelamento dos aluguéis em 2021.

LabCidade. 20 jan. 2021. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/pelo-congelamento-dos-alugueis-em-2021/>. Acesso em: 7 fev. 2021.

COLLINSON, A. Coronavirus: Ethnic minorities 'over-exposed' to Covid-19.

BBC. 5 ago. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/news/health-53651954?fbclid=IwAR3H4HpM5l19_8OLtkreRzV-VoBRlatZj4vSkL2F-3Y0uZg1zxtzRg7-or8. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORDERO, A. H. Gentrificación: orígenes y perspectivas. **Revista del departamento de geografía**, Argentina, año 4, n. 6, p. 92-93, 2016.

CORONAVÍRUS. Ban on landlords evicting renters extended. **BBC**. 5 jun. 2020a.

Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-52941046>. Acesso em: 6 jun. 2020.

CORONAVÍRUS. Pandemia “pode terminar em até dois anos”, diz esperar diretor da OMS. **BBC**. 22 ago.2020c. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-53875818>. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORONAVÍRUS. Thousands of homeless 'back on streets by July'. **BBC**, 4 jun. 2020b.

Disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-52915913>. Acesso em: 6 jun. 2020.

DE MARCO, C.; MÖLLER, G. Cidades e Pandemia. **Trello**. 2020. Disponível em: <https://trello.com/b/McpSox8Z/cidades-e-pandemia>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DE MARCO, C.; TRINDADE DOS SANTOS, P.; MÖLLER, G. **Direito à Cidade e Democracia**. Os desafios decorrentes do processo de gentrificação e a urgência do livre desenvolvimento da personalidade. Joaçaba: Unoesc, 2020. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/editora/livros-single/e-book-gratuito-direito-a-cidade-democracia-sociedade-de-consumo-os-desafio?fbclid=IwAR3ZID5irYidOomSw5joSeGUQ7w-HVnrgYJNlkrw_KibntR3ycJZShPTFHg. Acesso em: 7 fev. 2021.

DE MASI, D. **Alfabeto da Sociedade Desorientada**. Para entender o nosso tempo. São Paulo: Objetiva, 2017.

DIAS, M. T.; CALIXTO, J. S.; FREITAS, L. F. V.; DE SOUZA, L. N.; LAGES, L. B.; PINTO, J. D.; ROSA, M. B. Movimentos sociais na luta por moradia em Belo Horizonte: estudo do caso das ocupações urbanas de Belo Horizonte e região metropolitana.

Revista Eletrônica Direito e Sociedade, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/3194-11891-2-PB.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

DUBET, F. A crise revela desigualdades que eram invisíveis. Entrevista com Francois Ost. [feita por] LINDELL, Henrik. **IHU**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/598753-a-crise-revela-desigualdades-que-eram-invisiveis-entrevista-com-francois-dubet>. Acesso em: 28 maio 2020.

FÓRUM REFORMA URBANA. **O Combate à Pandemia Covid-19 nas Periferias Urbanas, Favelas e junto aos Grupos Sociais Vulneráveis**: propostas imediatas e estratégias de ação na perspectiva do direito à cidade e da justiça social. 24/04/2020. Disponível em: <http://forumreformaurbana.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Documento-político-unificado-vFINAL-3.pdf>. Acesso em: 15 jun. de 2020.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**: 2015. 2018. 78 p. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.mg.gov.br/consulta/consultaDetalheDocumento.php?iCodDocumento=76871>. Acesso em: 28 maio 2020.

GANT, A. C.; DURÁN, G.; JANOSCHKA, M. La ciudad del siglo XXI: políticas públicas urbanas, desplazamientos y contestaciones. **Íconos** – Revista de Ciencias Sociales, Quito, n. 56, 2016.

GRAGNANI, J. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo. **Ihu**. 13 jul. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/600887-por-que-o-coronavirus-mata-mais-as-pessoas-negras-e-pobres-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 07 fev. 2021.

GRIFFIN, O. Residents of Bogota slum facing eviction despite quarantine. **Thomson Reuters**. 15 maio 2020. Disponível em: https://news.trust.org/item/20200515214246-jdcol/?utm_campaign=coronavirus&utm_medium=newsletter&utm_source=mainListing&utm_content=link8&utm_contentItemId=20200515214246-jdcol&fbclid=IwAR0qDkKxQLCqjMcFY1bEwiymRXUtuVdeE-rIUZffQ5Jz_GbwfKtXeOcb4M8. Acesso em: 22 maio 2020.

HABITAT INTERNATIONAL COALITION. HIC. **Hic calls for social justice in the face of the COVID '19 crisis**. 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.hic-net.org/hic-calls-for-social-justice-in-the-face-of-the-covid-19-crisis/>. Acesso em: 28 maio 2020.

HARRISBERG, K. Eviction, power cuts heighten S. Africa housing crisis amid lockdown. **Thomson Reuters**, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200424082353-4txpq>. Acesso em: 7 maio 2020.

HARVEY, D. **A Política Anticapitalista na Época de Covid-19**. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597468-a-politica-anticapitalista-na-epoca-da-covid-19-artigo-de-david-harvey>. Acesso em: 7 maio 2020.

HARVEY, D. **Cidades Rebeldes**. Do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HARVEY, D. Construimos cidades para que as pessoas invistam, não para que vivam. [Entrevista cedida a Justo Barranco]. **IHU**, São Leopoldo, 20 ago. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591801-construimos-cidades-para-que-as-pessoas-invistam-nao-para-que-vivam-entrevista-com-david-harvey>. Acesso em: 7 maio 2020.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais**. Uma análise das condições de vida da população brasileira: 2019. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101678>. Acesso em: 28 maio 2020.

IRAJÁ, V. O plano do governo para aquecer o mercado imobiliário e a construção civil. **Veja**, 24 maio 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/o-plano-do-governo-para-aquecer-o-mercado-imobiliario-e-a-construcao-civil/>. Acesso em: 28 maio 2020.

ITALIA destina 46 millones en ayudas al alquiler en la crisis del coronavirus. **La Vanguardia**, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/politica/20200402/48277235270/italia-destina-46-millones-en-ayudas-al-alquiler-en-la-tesis-del-coronavirus.html?fbclid=IwAR1aSZJ7g1LiBQzqVSoab-2jUEOPdi6ekRay5ylsmWBjhzqYn087ng75aZl>. Acesso em: 28 maio 2020.

JANOSCHKA, M. Gentrificación, desplazamiento, desposesión: procesos urbanos claves en América Latina. **Revista Invi**, v. 31, n. 88, p. 27-71, 2016.

JANOSCHKA, M.; SEQUERA, J.; SALINAS, L. Gentrificación em España y América Latina. Un Diálogo crítico. **Revista de Geografía Norte Grande**, v. 58, p. 7-40, 2014.

KAPLAN, J.; HARDY, B. Black people are being arrested higher rates for social distance violations. **Thomson Reuters**, 9 maio 2020. Disponível em: <https://truthout.org/articles/black-people-are-being-arrested-at-higher-rates-for-social-distancing-violations/>. Acesso em: 7 jun. 2020.

KNEBEL, N. M. P. Questão urbana, seletividade penal e arquitetura do medo: a gentrificação do Humaitá em Porto Alegre/RS. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 6, n.1, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/4788-14922-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

LAKE, J. The Pandemic Has Exacerbated Housing Instability for Renters of Color. **Center for American Progress**. 2020. Disponível em: <https://www.americanprogress.org/issues/poverty/reports/2020/10/30/492606/pandemic-exacerbated-housing-instability-renters-color/>. Acesso em: 7 fev. 2021.

LEES, L.; SLATER, T.; WILY, E. **Gentrification**. New York: Routledge, 2008.

LEFEBVRE, H. **O Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

LEWIS-LETTINGTONS, R. UN-Habitat policy statement on the prevention of evictions and relocations during the COVID-19 crisis. **Global Land Tool Network**, 4 maio 2020. Disponível em: <https://mailchi.mp/e3d2d36df96a/new-publication-designing-and-implementing-a-pro-poor-land-recording-system-9320646?e=443ff4a198&fbclid=IwAR1ULpE0OARYFu-FeYvBh6bOiotHrHQMAy4E7-NMqbKbqtkFB9-ly6Ye4kew>. Acesso em: 11 jun. 2020.

LEY, D. **The new middle class and the remaking of the central city**. Oxford University Press: Oxford, 1996.

LINDER, L. Desigualdade eleva letalidade da covid na favela, diz estudo. **DW**. 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/desigualdade-eleva-letalidade-da-covid-na-favela-diz-estudo/a-53586352>. Acesso em: 28 maio 2020.

LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. **A Estetização do Mundo**. Viver na era do capitalismo artista. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LOCKDOWN na Índia: como a quarentena matou mais de 300 pessoas que não tinham coronavírus. **BBC Brasil**, 5 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52921925>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MAMOON, A. Staying home means starving to death for millions displaced in Yemen. **Thomson Reuters**, 21 mar. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200521115324-8w30g/>. Acesso em: 28 maio 2020.

MARINO, A. et al. Covid-19 entre profissionais de saúde reverbera desigualdades urbanas. **LabCidade**. 17 set. 2020a. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/covid-19-entre-profissionais-de-saude-reverbera-desigualdades-urbanas/>. Acesso em: 7 fev. 2021.

MARINO, A. et al. Remoções forçadas persistem na pandemia enquanto resistências se articulam #DESPEJOZERO. **LabCidade**. 7 out. 2020b. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/remocoes-forçadas-persistem-na-pandemia-enquanto-resistencia-se-articulam-despejozero/>. Acesso em: 7 fev. 2021.

MARTINEZ, A. Alemanha protege a sus inquilinos ante el coronavirus impidiendo el fin del contrato. **Idealista**. 26 mar. 2020. Disponível em: https://www.idealista.com/news/inmobiliario/internacional/2020/03/26/781350-alemania-protege-a-sus-inquilinos-ante-el-coronavirus-impidiendo-el-fin-del?fbclid=IwAR0i_ygWNkTosPj0BEbw4R_8o6TMO-apeJ523YBf6btpEFeMEId7FRfNpw. Acesso em: 28 maio 2020.

MCKINSEY. **A blueprint for addressing the global housing challenge**. 2014. Disponível em: https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Featured%20Insights/Urbanization/Tackling%20the%20worlds%20affordable%20housing%20challenge/MGL_Affordable_housing_Full%20Report_October%202014.ashx. Acesso em: 6 jun. 2020.

MILANOVIC, B. Pandemia trará desordem social também ao Brasil, prevê 'guru' da desigualdade. Entrevista com Blanco Milanovic [feita por] Lígia Guimarães. **IHU**. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/599684-pandemia-trara-desordem-social-tambem-ao-brasil-preve-guru-da-desigualdade>. Acesso em: 6 jun. 2020.

MILNE, A. 'I had no choice': Sex for rent rises with coronavirus poverty. **Thomson Reuters**, 21 maio 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200521173329-h428n>. Acesso em: 6 jun. 2020.

MUNIZ, B. et al. Covid-19: mortes de negros e pobres disparam. **Outras Mídias**, 8 maio 2020. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/covid-19-mortes-de-negros-e-pobres-disparam/>. Acesso em: 28 maio 2020.

NATIONAL Federal Eviction Moratorium. **National Low Income Housing Coalition**. 2021. Disponível em: <https://nlihc.org/coronavirus-and-housing-homelessness/national-eviction-moratorium>. Acesso em: 7 fev. 2021.

NOVAIS, J. R. **Direitos Sociais**. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editores, 2010. p. 75-85.

OLIVEIRA, C. Bilionários brasileiros aumentaram suas fortunas em R\$ 177 bilhões durante a pandemia. **Ihu**. 28 jul. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/601343-bilionarios-brasileiros-aumentaram-suas-fortunas-em-r-177-bilhoes-durante-a-pandemia>. Acesso em: 7 fev. 2021.

ONU HABITAT. **Um-Habitat COVID 19 Response Plan**. 2020. Disponível em: https://unhabitat.org/sites/default/files/2020/04/final_un-habitat_covid-19_response_plan.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

ONU. **Nova Agenda Urbana**. 2016. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Angola.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

OUR WORLD IN DATA. **Brazil**: Coronavirus Pandemic. University of Oxford. 2020. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/brazil?country=~BRA>. Acesso em: 28 maio 2020.

PAREDES, N. Coronavirus. El confinamento es un concepto burgués. **BBC**. 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52216492>. Acesso em: 28 maio 2020.

PIKETTY, T. **O Capital**. No século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PISARELLO, G. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RAINWATER, B.; LOWERY, L. Coronavirus Exposes the Inextricable Connection Between Housing and Health. **City Lab**, 15, maio 2020. Disponível em: <https://www.citylab.com/perspective/2020/05/homelessness-ideas-solutions-coronavirus-evictions-housing/611734/?fbclid=IwAR25b56eeRQqzGPHO9zd0qvsHhOg6kOzYyfbbzJwkNiLf-jUSXQDms9K7w0>. Acesso em: 28 maio 2020.

RAMALHOSO, W. Alicerce. **UOL**, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/reportagens-especiais/moradia-digna-e-prioridade-para-refazer-cidades-pos-covid/index.htm#tematico-1>. Acesso em: 28 maio 2020.

RATHBORN, J. Coronavirus: thousands made homeless in Tokyo after Japan order closure of internet cafes. **The Independent**, 13 abr. 2020. Disponível em: https://www.independent.co.uk/news/world/coronavirus-japan-tokyo-saitama-homeless-internet-cafes-a9462561.html?utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR1x5kplQtXKVRPTKCBcU13Ldn2-mYx7BMGa8nRFX7XYIwdloTLc2PrNaQ#Ec_hobox=1586796060. Acesso em: 7 maio 2020.

REGUEIRA, C. Milícias expulsam moradores de casa em Itaboraí, Magé e Rio e colocam casa à venda. **G1**, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/12/milicias-expulsam-moradores-de-casa-em-itaborai-mage-e-rio-e-colocam-imoveis-a-venda.ghtml>. Acesso em: 13 jun. 2020.

RIVADANEIRA, R. A. **Realizando los derechos**. Su filosofía y práctica en América Latina. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

ROLNIK, R. Em plena crise, governo impulsiona financeirização da moradia. **LabCidade**. 07 ago. 2020b. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/em-plena-crise-governo-impulsiona-financeirizacao-da-moradia/>. Acesso em: 7 fev. 2021.

ROLNIK, R. Entrevista. [Cedida a] RAMALHOSO, Wellington. **UOL**. 2020a. Alicerce. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/reportagens-especiais/moradia-digna-e-prioridade-para-refazer-cidades-pos-covid/index.htm#tematico-1>. Acesso em: 28 maio 2020.

ROLNIK, R. **Guerra dos Lugares**. Colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2019.

ROUBICEK, M. Por que os super-ricos ficaram ainda mais ricos na crise. **Nexo**. 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/07/27/Por-que-os-super-ricos-ficaram-ainda-mais-ricos-na-crise>. Acesso em: 7 fev. 2021.

SALVADOR, R. El gobierno prohíbe los desahucios y prorroga los alquileres. **La Vanguardia**. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/economia/20200331/48214217373/gobierno-ayudas-alquiler-vocid-19-quitadas.html?fbclid=IwAR347KnCGfd3e-RB1MTwLUutA8wQi26tqUptuwG5-y-fK7axLJGtnbAAKNw>. Acesso em: 28 maio 2020.

SENADO derruba vetos e garante proibição de despejos por liminar durante pandemia. **Senado notícias**, 19 ago. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/19/senado-derruba-vetos-e-garante-proibicao-de-despejos-por-liminar-durante-pandemia>. Acesso em: 7 fev. 2021.

SHARMA, S.; JAIN, R. India's mass exodus from cities triggers village property disputes. **Thomson Reuters**, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200604123916-2uogc/>. Acesso em: 11 jun. 2020.

SILVA, E. S.; MARINHO, D. Nas favelas, até a pandemia de coronavírus é invisível. **El País**. 14 maio 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-05-14/nas-favelas-ate-a-pandemia-de-coronavirus-e-invisivel.html>. Acesso em: 6 jun. 2020.

SINGAPORE rushes to build homes for 60.000 migrants after coronavirus outbreaks. **Thomson Reuters**. 1º jun. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200601111145-6fpqx/>. Acesso em: 6 jun. 2020.

SMITH, N. Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano. **GEOUSP**, São Paulo, n. 21, p. 121, 2007.

SMITH, N. **La Nueva Frontera Urbana**. Ciudad revanchista y gentrificación. Madrid: Traficante de Sueños, 2012.

SMITH, T. Spain housing: Evictions and broken promises in a pandemic. **BBC**. 14 dez. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/55231201>. Acesso em: 7 fev. 2021.

SOARES, J. P. Mulheres negros são os mais afetados pela covid-19 no Brasil, aponta IBGE. **Dw**. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/mulheres-e-negros-são-os-mais-afetados-pela-covid-19-no-brasil-aponta-ibge/a-54303900>. Acesso em: 7 fev. 2021.

STF suspende processos de reintegração de posse em áreas indígenas durante a pandemia. **Brasil de Fato**, 6 maio 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/06/stf-suspende-processos-de-reintegracao-de-posse-em-areas-indigenas-durante-a-pandemia>. Acesso em: 22 maio 2020.

SUMNER, A.; HOY, C.; ORTIZ-JUAREZ, E. **Estimates Of The Impact Of Covid-19 On Global Poverty**. 2020. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/publication/estimates-impact-covid-19-global-poverty>. Acesso em 28 maio 2020.

TORREBLANCA, M. E. Así puedes acceder a las moratorias para el pago del alquiler en la crisis del coronavirus. **El diario.es**, 1º abr. 2020. Disponível em: https://www.eldiario.es/economia/pasos-ayudas-alquiler-crisis-coronavirus_0_1012099071.html. Acesso em: 28 maio 2020.

UNFPA. **Humanitarian Response in Yemen**. 2020. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/2020%20Yemen%20Response%20brochure%20-%20English%20-%20final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

UNGARETTI, D. et al. O conflito que o judiciário paulista ignora na remoção de 400 famílias em São Paulo. **LabCidade**. 26 jun. 2020. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/o-conflito-que-o-judiciario-paulista-ignora-na-remocao-de-400-familias-em-sao-paulo/>. Acesso em: 7 fev. 2021.

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Emergency Rental Assistance Program**. 2021b. Disponível em: <https://home.treasury.gov/policy-issues/cares/emergency-rental-assistance-program>. Acesso em: 7 fev. 2021.

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **The Treasury Department is Delivering COVID-19 Relief for All Americans**. 2021a. Disponível em: <https://home.treasury.gov/policy-issues/cares>. Acesso em: 7 fev. 2021.

VALLADARES, M. In already poor Honduras, coronavirus pushes some into homelessness. **Thomson Reuters**, 25 abr. 2020. Disponível em: <https://news.trust.org/item/20200424232457-oyu8c>. Acesso em: 7 maio 2020.

VELOSO, F. Revisitando o cenário econômico pós-pandemia. **Blog do IBRE** – Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/revisitando-o-cenario-economico-pos-pandemia>. Acesso em: 7 fev. 2021.

WACQUANT, L. **Los condenados de la ciudad**. Guetos, periferias y Estado. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

WE STRIKE TOGHETER. **Rent Strike**. Disponível em: <https://westriketogether.org/about/>. Acesso em: 6 jun. 2020.

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMO INSTITUTO EFETIVO PARA AS DISPUTAS ENVOLVENDO DOMAIN NAMES

Aleteia Hummes Thaines
Marcelino Meleu

Resumo: O tema versa sobre a arbitragem comercial internacional aplicada as disputas envolvendo *domain names*. Possui como problema de pesquisa: Constitui a arbitragem em um instituto mais adequado para resolução dos conflitos entre atores internacionais envolvendo disputas em *domain names*? Objetiva analisar, de forma geral, se a arbitragem se constitui em um instituto mais adequado para a resolução de disputas sobre *domain names* e, de forma específica: (a) estudar a gênese e evolução da arbitragem internacional; (b) analisar a importância da globalização e dos atores internacionais; (c) entender a aplicação da arbitragem nas disputas envolvendo *domain names*; (d) analisar a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI nas disputas que versam sobre os *domain names*, aplicando a URDP estabelecida pela ICANN. O aprofundamento teórico se baseou na pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso, utilizando-se o método dedutivo. Constatou-se que a arbitragem é o instituto mais adequado para a solução de conflitos envolvendo *domain names*, no entanto, o procedimento arbitral utilizado se diferencia do tradicional, uma vez que o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI considera fundamental a publicização do conteúdo das decisões, caracterizando, assim, um modelo de arbitragem *sui generis*.

Palavras-chave: Arbitragem Internacional. *Domain Names*. Política Uniforme para Resolução de Disputas envolvendo Nomes de Domínios. *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*. Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

Abstract: *The theme is about international commercial arbitration applied to disputes involving domain names. It has as a research problem: Is arbitration a more appropriate institute for resolving conflicts between international*

actors involving disputes over domain names? It aims to analyze, in a general way, if arbitration is a more adequate institution for the resolution of disputes over domain names and, in a specific way: (a) study the genesis and evolution of international arbitration; (b) analyze the importance of globalization and international actors; (c) understand the application of arbitration in disputes involving domain names; (d) analyze the performance of the WIPO Arbitration and Mediation Center in disputes dealing with domain names, applying the URDP established by ICANN. The theoretical deepening was based on bibliographic and documentary research and case studies, using the deductive method. It was found that arbitration is the most appropriate institute for solving conflicts involving domain names. However, the arbitration procedure used differs from the traditional one, since the WIPO Arbitration and Mediation Center considers it fundamental to publish the content of the decisions, thus characterizing a *sui generis* arbitration model.

Keywords: *International Arbitration. Domain Names. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center.*

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema a arbitragem comercial internacional aplicada as disputas envolvendo *domain names*. No intuito de desenvolver a temática, propôs-se como problema de pesquisa eleito o seguinte questionamento: A arbitragem se constitui em um instituto mais adequado para resolução dos conflitos entre atores internacionais envolvendo disputas em *domain names*?

Todavia, visando à indagação proposta, estabeleceu-se, como objetivo geral, analisar se a arbitragem se constitui em um instituto mais adequado para a resolução de disputas sobre *domain names*. De modo específico, a pesquisa pretende: (a) estudar a gênese e evolução da arbitragem internacional; (b) analisar a importância da globalização e dos atores internacionais para a

temática; (c) entender a aplicação da arbitragem nas disputas envolvendo *domain names*; (d) analisar a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual nas disputas que versam sobre os *domain names*, aplicando a Política Uniforme de Resolução de Disputas envolvendo Nomes de Domínio estabelecida pela Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

Ao longo das últimas décadas, a expansão da *internet* vem aumentando o número de registros de *domain names*, que são os identificadores usados para localizar computadores, encontrar páginas da *web*, entre outros usos na Rede Mundial. Alguns anos atrás, quando a *internet* ainda não havia atingido o seu auge, o interesse em acessar os endereços eletrônicos, não representava uma grande preocupação para as organizações, ou mesmo, para a população em geral. Entretanto, hoje, os nomes de domínio são considerados um ativo essencial para o seu possuidor e um sinal distintivo das organizações, gerando, muitas vezes, conflitos com as marcas.

Essas controvérsias são motivadas por inúmeros fatores, sendo que a solução pode se dar, em regra, por duas formas: (a) de maneira amistosa, em que as partes dialogam e chegam a uma autocomposição, sem a interferência de um terceiro; ou (b) na impossibilidade de diálogo, pela eleição de um terceiro para tratar o conflito de forma heterocompositiva.

Nesse sentido, a escolha do tema encontra justificativa na necessidade de se estudar se a arbitragem se constitui como meio mais adequado para a resolução dos conflitos sobre nomes de domínios, aplicando a Política Uniforme de Resolução de Disputas sobre Nomes de Domínio (URDP), instituída pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) e administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação, da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Por esse motivo, a pesquisa estabeleceu como procedimentos metodológicos a realização de levantamento bibliográfico, baseado em

livros e artigos publicados em periódicos, bem como, pesquisa documental, nos documentos disponibilizados pela ICANN e pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI. Além disso, foi realizado um estudo de caso, a fim de verificar a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI nas disputas envolvendo *domain names*. Elegeu-se também, o método dedutivo para a realização da presente pesquisa.

Com vistas a contemplar a temática abordada, este estudo divide-se em quatro partes. Na primeira parte, discorrer-se-á sobre a gênese e evolução do instituto da arbitragem internacional. Num segundo momento, será estudado a importância da globalização e dos atores internacionais em um cenário complexo que é o comércio internacional. Em uma terceira etapa, analisar-se-á a aplicação do instituto da arbitragem internacional nas disputas envolvendo *domain names*. Por derradeiro, pesquisar-se-á a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual no que tange a aplicação da URDP estabelecida pela ICANN nas disputas envolvendo os *domain names*.

2 A ARBITRAGEM INTERNACIONAL: GÊNESE E EVOLUÇÃO

A arbitragem é amplamente utilizada pela comunidade em nível mundial, sendo, inclusive, disciplinada em alguns tratados internacionais face à regulação do comércio internacional. Tal necessidade de regulação construiu uma relativa uniformização no âmbito do direito internacional privado, de forma a utilizar, especialmente no que tange ao direito comercial internacional, mecanismos como as convenções internacionais, as leis-modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

(Uncitral¹) e do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit)², além dos costumes (praxe) do comércio internacional³.

O aumento do volume das transações comerciais, com conseqüente acréscimo do valor econômico destas, aliado à inerente complexidade, tornou insuficiente a atuação do poder judiciário estatal para a análise dos conflitos surgidos daquelas, seja em virtude de problemas como a morosidade, os custos, a falta de sigilo, seja pelo extremo formalismo que distancia o sistema judicial estatal de resolução de conflitos da realidade mercantil internacional ou pelo despreparo de grande parte dos magistrados para julgar questões envolvendo fatos de comércio internacional. Tal cenário acabou por fomentar a busca de outras formas que não a judicial, para a análise dos conflitos oriundos daquelas relações, utilizando-se, particularmente, a arbitragem internacional (MELEU, 2014).

A expansão da arbitragem em contratos que envolvem comércio internacional ocorreu na década de 1990, quando 90% dos contratos internacionais de comércio tinham previsto, no seu interior, uma cláusula de natureza arbitral (MELEU; TEIXEIRA, 2013). A arbitragem, enquanto instituto

¹ Sigla inglesa para *United Nations Commission on International Trade Law*, sendo este o principal órgão jurídico do sistema da Organização das Nações Unidas, no âmbito do direito mercantil internacional. Possui uma composição universal dedicada à reforma da legislação comercial em nível mundial durante mais de 50 anos. A função da Uncitral consiste em modernizar e harmonizar as regras de mercantis internacionais; por esse motivo, ela elabora convênios, leis-modelo e normas aceitáveis em escala mundial, além de preparar recomendações jurídicas e legislativas e apresentar informações atualizadas sobre jurisprudência referentes aos instrumentos e normas de direito mercantil uniforme, bem como a sua incorporação ao direito interno (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNACIONAL TRADE LAW, 2021).

² Sigla inglesa para *International Institute for the Unification of Private Law*. A Unidroit foi criada em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações, porém, com o desaparecimento da Liga, ele foi reinstalado, com base em um acordo multilateral, em 1940. Ele é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma. Seu objetivo é estudar necessidades e métodos para modernizar, harmonizar e coordenar o direito mercantil privado e também formular instrumentos, princípios e regras de direito uniforme. Com relação aos Estados que a compõem, esta se restringe aos Estados que aderiram ao Estatuto da Unidroit, sendo que os 63 Estados ligados a ela são representantes dos cinco continentes. Além disso, preparou, ao longo dos anos, estudos que serviram de base para a criação de vários instrumentos internacionais (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 2021).

³ Nesse sentido, consultar Meleu (2014, p. 121-122).

para resolução heterocompositiva de conflitos, é exercida por um árbitro, normalmente com conhecimento técnico sobre a natureza do objeto em disputa; por isso é referida, por alguns autores, como a justiça técnica, visto que, “[...] para evitar os erros, a ênfase se dá na ‘qualidade dos árbitros’, ou seja, na capacidade das partes – como expressão da autonomia de vontade – de fazer a escolha de árbitros ‘baseada na experiência e reputação’[...]” (COULSON, 1933, p. 24). Contudo, não se trata de um instituto novo, pois ele remonta à antiguidade.

A instituição da arbitragem tem origens tão remotas que Salmerón (2012) chega a afirmar que esse instituto seria a primeira forma de administração da justiça. A autora menciona que algumas passagens bíblicas relatam casos em que as controvérsias eram resolvidas por árbitros. Existem também relatos gregos que narram conflitos entre heróis mitológicos que eram solucionados por sábios (um terceiro) eleito pelas partes. Em épocas remotas, quando não havia leis escritas nem tribunais, o costume presente nas relações entre os particulares estabelecia que, caso ocorresse um conflito entre eles, essa controvérsia deveria ser solucionada por um terceiro imparcial que, em geral, era amigo dos envolvidos.

Dessa forma, a origem embrionária da arbitragem pode ser encontrada nas primeiras controvérsias com a participação de um terceiro, que era representado pelo chefe da família, um sábio, um sacerdote, chefe da tribo ou de um clã, entre outros. Ainda, se analisar as primeiras tribos que habitavam as cavernas e suas relações, considerando-as como forma mais incipiente de interação social, provavelmente se identificaria a prática de arbitragem como forma, ainda que primitiva, de manutenção e preservação da integridade de seus membros (TEIXEIRA, 1997).

Desse modo, constata-se que a utilização da arbitragem apresenta traços, além daqueles já mencionados, na Grécia antiga, no Egito e, principalmente, em Roma, sendo os romanos que atribuem aos árbitros a

função de solucionar os conflitos de interesse. Na Roma antiga, a arbitragem é identificada em dois âmbitos do processo romano, de forma agrupada na “[...] *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Ambas as espécies vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a. C.) ao surgimento da *cognitio* extraordinária sob Diocleciano (século III d. C.)” (TEIXEIRA, 1999, p. 25).

Parte da doutrina romanista considera que, no direito romano do período Justiniano (150 a. C.), o *ordo judiciorum privatorum* estabelece que, no juízo do árbitro não oficial, está a gênese do processo e a primeira forma de fazer justiça em Roma. Nesse contexto, o doutrinador austríaco, Moriz Wlassak, refere que o processo privado romanista deriva da oficialização e legalização de antigos procedimentos arbitrais. Sendo assim, a arbitragem deve ser considerada a raiz de todo o processo romano; contudo, tal assertiva recebeu severas críticas (METZGER, 2013).

Por esse motivo, na medida em que o Estado romano assume o monopólio da *potestas*, pode-se verificar uma convivência entre a arbitragem e o procedimento ordinário, tendo em vista que o árbitro “[...] en las reclamaciones de derecho estricto podía llevar a cabo compensaciones entre las pretensiones de las partes y en general asumir la misma actitud que desempeñaba el juez *iudicia bonae fidei* [...]” (VALIÑO DEL RIO *apud* OLIVER, 1990, p. 19).

No decorrer do período, a atividade de composição da lide passa a ser completamente estatal, ou seja, supprime-se o *iudex* ou *arbiter*, e as fases *in jure* e *apud iudicem* se deslocam para as mãos do pretor, como detentor da autoridade concedida pelo Imperador, ou seja, o julgamento cabia ao imperador, por intermédio do pretor em concessão extraordinária. Nesse contexto, surge a figura do juiz como órgão estatal e o *juris dicto* – o poder de dizer o direito para a solução dos litígios – centrado no órgão estatal, na época, o império (TEIXEIRA, 1999).

Importante destacar que a arbitragem em Roma, como se viu, se apresentava como modalidade obrigatória para a solução das controvérsias, antecedendo, assim, a própria solução estatal jurisdicionalizada. Com isso, entende-se que a *alternatividade* deve ser desassociada de tal instituto, pois, normalmente, ao empregar a palavra alternativa, se estaria hierarquizando e rebaixando a arbitragem e outros institutos extrajudiciais⁴.

A arbitragem, se verificada a sua evolução histórica, consiste em um instituto que existe e produz efeitos, mesmo antes do surgimento da figura do legislador e do juiz estatal, especialmente quando se trata de comércio internacional. Observa-se ainda a utilização da arbitragem nas relações comerciais durante o século XI, pelo interesse dos comerciantes em resolver os seus conflitos fora dos tribunais, dando ênfase aos usos e costumes. Já no transcorrer dos séculos XVI e XVII, o instituto perdeu seu prestígio, face à ascensão do monopólio estatal, retomando certa atenção no século XVIII e no início do século XIX, mas, novamente, volta a ser relegado, visto que lhe foi atribuída uma burocracia exagerada nas reformas legais instituídas por Napoleão (MARTINS, 1999).

Após uma retomada ainda no final do século XIX, o interesse e a utilização pela arbitragem são “[...] plenamente revigoradas no século XX, com a ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais” (MARTINS, 1999, p. 37).

⁴ Aliás, se há algo alternativo na construção histórica das formas de tratamento de conflitos é o processo, pois, como dispõe Arruda Alvim (2006), a história do processo pode ser dividida em seis fases principais, a saber: (a) processo civil romano (754 a. C. [01] a 568 d. C. [02]); (b) processo civil romano-barbárico (568 d. C. a 1.100 d. C.); (c) período de elaboração do processo comum (1.100 d. C. a 1.500 d. C.); (d) período moderno (1.500 d. C. a 1868 d. C.); (e) período contemporâneo (após 1868 d. C.); e (f) o período efetivamente contemporâneo (últimos 40 anos) (ALVIM, 2006, p. 44). Já no que concerne aos métodos não judiciais, a autotutela, por exemplo, remonta aos primórdios da convivência humana. Nesse sentido, Moacyr Amaral ressalta que a autotutela ou autodefesa “é a forma primitiva e ainda não totalmente extinta de solução de conflitos de interesses individuais ou coletivos. É o predomínio da força” (AMARAL SANTOS, 2004, p. 4). Sobre a crítica à conceituação alternativa feita aos meios não adversariais de tratamento de conflitos, consultar Meleu (2009, p. 68).

Na contemporaneidade, o instituto da arbitragem é utilizado em vários países com êxito nos conflitos privados, de ordem comercial. Nos Estados Unidos, a prática da arbitragem se expandiu muito em face do trabalho desenvolvido pela *American Arbitration Association* (AAA), que consiste em um serviço público, sem fins lucrativos. Esta organização oferece uma ampla gama de serviços de resolução de disputas para negócios executivos, advogados, indivíduos, associações comerciais, sindicatos, administração, consumidores, famílias, comunidades e todos os níveis de governo. Os serviços são disponíveis por meio da sede da AAA em New York e de escritórios localizados nas cidades do território americano. As audiências podem ser realizadas em locais convenientes para as partes e não se limitam a cidades com escritórios da AAA. Ela serve ainda como um centro de educação e treinamento, conduzindo pesquisas sobre várias formas de alternativas para a resolução de disputas. As regras da arbitragem internacional da AAA se encontram em vigor desde 1992⁵.

Com o fortalecimento e expansão do instituto da arbitragem pelo mundo, especialmente a partir de década de 1990, essa forma de resolução de conflitos está sendo empregada, em sua maioria, para solucionar controvérsias comerciais internacionais e disputas envolvendo a propriedade intelectual.

3 GLOBALIZAÇÃO, COMPLEXIDADE E ATORES INTERNACIONAIS

O advento da globalização com queda de barreiras comerciais, abertura de zonas de livre comércio, expansão e velocidade das informações, aliados ao surgimento do *e-commerce*, aumentou exponencialmente o volume das transações comerciais, especialmente de cunho internacional, o que gera

⁵ Para maiores informações sobre a AAA, consultar: American Arbitration Association (2021).

também um aumento no surgimento de conflitos nas relações comerciais. Para solucionar esses conflitos na área comercial, as organizações, preferencialmente, estabelecem o instituto da arbitragem, face à sua celeridade, sigilo e baixo custo, se comparado ao procedimento judicial.

Como o comércio internacional possui uma lei própria, uma *lex mercatoria* e seu próprio sistema de normas ele faz da arbitragem seu próprio sistema jurisdicional (ETCHEVERRY, 1998). A arbitragem se torna um meio para resolver os conflitos relativos ao comércio internacional de forma célere e eficaz.

No direito internacional, são as transações as figuras que, tradicionalmente, têm servido como meio direto para extinguir obrigações, pois nas transações se negocia, se conversa e se chega a um acordo, muitas vezes realizando-se concessões. Porém, se não existe a possibilidade de se transacionar, pode-se buscar a solução da controvérsia em uma terceira pessoa que pode oferecer, dito de forma simplificada: (a) uma análise neutra das possibilidades no intuito de as partes caminharem para um acordo, baseando-se em técnicas psicológicas, para entender o que cada parte quer (alguns doutrinadores entendem essa técnica como mediação) (ETCHEVERRY, 1998); (b) um árbitro ou um tribunal arbitral que seja proveniente de um contrato anterior com cláusula de arbitragem, por livre vontade dos envolvidos; e (c) um tribunal *judicia*, para que a justiça estatal resolva a controvérsia (ETCHEVERRY, 1998).

A arbitragem comercial internacional tem o intuito de criar tribunais arbitrais, que serão formados por árbitros de vários países, colocando-se à disposição dos envolvidos para a solução de seus conflitos. Entretanto, para que isso ocorra, é sempre necessário estar estabelecido, previamente, pelas partes, o compromisso arbitral em que disciplinará as regras que serão seguidas, bem como o compromisso de que a decisão será respeitada e

cumprida pelos envolvidos; por isso, se fundamenta esse instituto no livre consentimento.

O processo de mundialização que se intensificou após as duas guerras mundiais (OLIVEIRA, 2014, p. 38)⁶ está voltado à dominação de mercados. O avanço tecnológico e a abertura de fronteiras demonstram a complexidade do impacto causado pela globalização/mundialização (SUPIOT, 2014) da economia e expansão das empresas transnacionais que fez surgir novas relações comerciais, tanto entre particulares como entre particulares e Estados. Diante desta nova realidade, em regra, se tem optado pela utilização da arbitragem como forma de resolver as controvérsias.

A referida dominação⁷ evidencia uma lógica de governança por números, caracterizada por análise de riscos, custos, capital humano, entre outros. Nesse cenário, o poder⁸ não está mais ligado ao governo soberano, mas à governança eficaz, que trabalha com uma lógica de mercado (SUPIOT, 2014, p. 184) e proporciona “[...] o surgimento dos denominados atores não

⁶ Para a professora Odete Maria de Oliveira, em que pese o Estado moderno soberano ter se consolidado na Europa entre os séculos XV e XVI, fazendo surgir significativas relações internacionais, foi a Primeira Guerra Mundial, ocorrida entre os anos de 1914 e 1918, o principal marco histórico das Relações Internacionais. Isso porque, nas palavras da autora, “tão dramático pesadelo conclamava urgência na solução de muitos problemas e na formalização de um objetivo consensual de paz internacional: o Pacto da Liga das Nações”. Após o episódio da primeira grande guerra, as Relações Internacionais consolidaram-se como disciplina. Segundo Esther Barbé, em 1919, na Universidade de Gales, na Inglaterra, foi criada a cátedra Woodrow Wilson, com o propósito de estudo das Relações Internacionais. Nas décadas que se seguiram, inúmeras pesquisas foram realizadas no sentido de aprofundar o entendimento no âmbito das Relações Internacionais, aplicando-se teorias existentes aos acontecimentos dessa época. Nesse sentido, consultar: Oliveira (2014, p. 38).

⁷ Que toma o planeta como mercado único, redimensiona suas prioridades, afastando qualquer compromisso nacional, pois “[...] não é mais a parte que determina o todo, mas o inverso. Sua operacionalidade é ditada pela competição global. As especificidades nacionais são, neste caso, secundárias, sendo levadas em conta apenas quando as políticas totalizantes estiverem traçadas de antemão” (ORTIZ, 1996, p. 156).

⁸ Para Olsson (2014, p. 135), “[...] o debate sobre o poder está, de uma forma ou outra, integrado permanentemente nas relações humanas ao longo do tempo. Seja no seu aspecto empírico, de exercício direto nas relações, seja mesmo no aspecto normativo, como uma potencialidade ou dever ser, o poder ocupa o centro do debate político. A compreensão do poder, assim, é essencial para o entendimento dos contornos da própria política, como dimensão das relações da vida em sociedade e para a compreensão dos próprios limites e possibilidades dessa convivência”.

estatais[...]” (OLIVEIRA, 2014, p. 20), que participam ativamente nas decisões da sociedade internacional contemporânea.

Com o surgimento de novos atores internacionais, ocorreu uma ressignificação das relações internacionais, o que proporcionou o aumento da complexidade. Aliás, como bem definiu Leonel Severo Rocha (2009), vive-se em um momento em que a complexidade se manifesta, pois surgem muitas culturas diferentes e espaços de identidade em construção e sempre questionáveis, o que evidencia a impossibilidade de observações verdadeiras, tranquilas e seguras.

No campo daquelas relações, o aumento da complexidade estabeleceu uma polaridade incerta e acentuou os vínculos de interdependência, especialmente no que tange ao comércio internacional, entre os principais atores que atuam no âmbito das relações internacionais.

As consequências mais evidentes desse aumento de complexidade proporcionaram o surgimento dos novos atores que, por sua vez, multiplicam as possibilidades de relações no interior da sociedade internacional, diversificando seus polos de referência, muito além do modelo estatal. A partir desse contexto, ocorre um intenso processo de intercâmbio, em que participam os diversos atores internacionais, que tanto podem aumentar os fluxos internacionais como também podem ocasionar riscos, aprofundando as relações assimétricas entre os países participantes da sociedade internacional, chegando-se ao limite de estabelecer relações de pura dependência e vulnerabilidade (KEOHANE; NYE, 198[?]).

Neste contexto, a “[...] vulnerabilidade pode ser definida como a sujeição de um ator a custos impostos por eventos externos, mesmo depois de ter alterado políticas.” (KEOHANE; NYE, 198[?]). No caso de decisão arbitral, em sede de disputa de *domain name*, objeto desse trabalho, pode ocorrer de um agente, mesmo após ter deixado de usar o nome alheio, ter que indenizar por

eventuais perdas e danos ao legítimo proprietário, reconhecido por aquela decisão.

Aquele intercâmbio, com a fragilização da soberania e da autonomia do Estado, ocasiona novas possibilidades políticas, sociais e comerciais no âmbito das relações internacionais. Com isso, ocorre o crescimento da importância dos demais atores internacionais, em especial as organizações internacionais multilaterais, que são fundamentais para a manutenção e ampliação dos fluxos internacionais, para a discussão dos temas comuns e para a formulação de regimes internacionais (BEDIN, 2001).

Assim, tais atores tornam-se indispensáveis ao funcionamento da sociedade internacional da atualidade, o que desloca o centro dessa sociedade da coexistência dos diversos atores para a convivência, provocando um acréscimo dos vínculos de interdependência e “[...] um aumento da demanda por meio de solução pacífica de controvérsias” (RODRIGUES, 1994, p. 41). Para Bedin (2001), isso aumenta, significativamente, o papel potencial das instituições e das normas jurídicas internacionais, que passam a ter uma grande importância na constituição de referências para o comportamento dos atores internacionais e, em especial, na redução das incertezas dos fluxos internacionais, reduzindo assim complexidade.

As relações de interdependência que vão se tornando cada vez mais complexas e que, portanto, exigem redução pelo sistema social, adquirem características distintas cada vez mais fundamentais⁹. Para Odete Maria

⁹ Segundo Robert O. Keohane; Joseph S. Nye (199[?], p. 41), três características distintas cada vez mais fundamentais: (a) são relações que possuem canais múltiplos de conexão no interior da sociedade internacional, que incluem tanto nexos informais entre elites governamentais como acordos formais entre agências de serviço exterior, nexos informais entre elites não governamentais (“cara a cara” ou mediante o uso de telecomunicações) e organizações transnacionais (tais como bancos ou corporações multinacionais). Esses canais podem apresentar-se como relações interestatais, transgovernamentais e transnacionais. As relações interestatais são os canais normais de relações internacionais entre os governos dos Estados; as relações transgovernamentais são as relações estabelecidas para além dos governos dos Estados; as relações transnacionais são as relações que superam os pressupostos dos Estados-nações, indo além de suas estruturas; (b) são relações que possuem, como agenda, uma multiplicidade de temas, que não estão hierarquizados clara e solidamente. Essa

de Oliveira, tais relações “[...] ocupam dimensões de destacada relevância à caracterização complexa e interdependente da sociedade internacional contemporânea, apresentando-se globalizada e ostentando singular desempenho de relações transnacionais” (OLIVEIRA, 2014, p. 53).

O comportamento dos atores estatais e não estatais é dado por certas condicionantes, entre elas a econômica, haja vista a crescente expansão das relações econômicas, financeiras e comerciais em âmbito global, que faz emergir um novo mercado mundial, marcado pela competitividade e a necessidade de disciplinamento do comércio, por organismos como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a fim de evitar práticas prejudiciais em negociações em nível mundial (CASTAÑARES *apud* OLIVEIRA, 2014).

Outra condicionante do comportamento dos atores não estatais, como é o caso da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), objeto da presente pesquisa, é a tecnológica. A transferência para as máquinas, da criação intelectual do homem, faz surgir um conjunto convergente de tecnologias, entre elas: a computação (*software* e *hardware*), que merecem ser protegidos, visto que se constituem tanto elemento decisivo no sistema de produção quanto força direta deste sistema (CASTAÑARES *apud* OLIVEIRA, 2014).

ausência de hierarquia significa, entre outras coisas, que a segurança militar não domina consistentemente a agenda das relações de interdependência. Muitos dos temas surgem do que se costumava considerar como política interna, com o que a diferenciação entre temas internos e externos fica bastante diluída. Portanto, a política não se detém mais em círculos fechados, diluindo-se as fronteiras e complexificando as ações dos atores internacionais; (c) são relações em que a força militar não é empregada pelos governos contra outros governos da região ou da aliança de que o Estado faça parte. Nesse sentido, a força militar tornou-se irrelevante para resolver muitos problemas internacionais, em especial os decorrentes de desacordo sobre questões econômicas e questões comuns a diversos atores internacionais, como os problemas do meio ambiente.

4 A ARBITRAGEM NAS DISPUTAS ENVOLVENDO OS DOMAIN NAMES

Observa-se que, “[...] a imaginação, a criação e a organização em rede são os novos instrumentos do processo de tecnologia informacional [...]” (CASTAÑARES *apud* OLIVEIRA, 2014), relacionada a um desenvolvimento sem precedentes na história da informação, o que faz com que as relações de poder de atores não estatais, como, por exemplo, das corporações transnacionais, atinjam destacado protagonismo, já que também desenvolveram-se com “[...] os impactos desse avanço tão extraordinário das tecnologias e sua interação com os demais conhecimentos e técnicas, passando a coexistir juntamente tanto o império de dominação econômica como o fantástico processo inovador” (CASTAÑARES *apud* OLIVEIRA, 2014, p. 95).

Tal processo é dado pelos conhecimentos tecnológicos, que proporcionam o surgimento de um novo poder, o poder da informação eletrônica, “[...] na qual a mídia, as imagens digitadas e as montagens fantásticas utilizadas constituem o eixo de sustentação ideológica da geração desse poder [...]” (CASTAÑARES *apud* OLIVEIRA, 2014, p. 96), que acaba constituindo um capital imaterial, como, por exemplo, os *domain names* ou nomes de domínios.

4.1 OS DOMAIN NAMES

Os usuários podem acessar a Rede Mundial de Computadores, de forma direta e individual, por meio de seu computador ou dispositivo móvel, mediante um provedor de acesso à *internet*, que é o responsável por oferecer a conexão. Para isso, a pessoa deve contratar um provedor de acesso à *internet*, que gratuitamente ou mediante pagamento, realizará a conexão

com o computador ou com o dispositivo móvel, por meio de cabo ou antena. O provedor, por sua vez, está conectado à rede, e é por intermédio dele que se acessa os mais diversos sites em nível mundial.

Todos os computadores e dispositivos móveis que interagem com a *internet* são identificados por meio de um sistema conhecido como *Internet Protocol Adress (IP Adress)*, que é um código numérico único. Mas, como esse código era de difícil memorização e com a necessidade de ampliar a infraestrutura da *internet*, criou-se o Sistema de Nomes de Domínio, um dos maiores sistemas existentes, sendo constituído por uma base de dados relacional destinada a associar cada IP a uma combinação alfanumérica (*domain name*), que pode ser composto por letras, números, certos signos ou por uma combinação destes, todos eles associados a uma classificação ou codificação de tipo temático ou territorial (PANG et al., 2004).

Os nomes de domínio ou *domain names* são os endereços das casas virtuais na *internet*, já o Sistema de Nomes de Domínio (DNS) é um banco de dados responsável por traduzir nomes para endereços de locais de rede, sendo sua funcionalidade indispensável para quase todos os aplicativos desta, incluindo a navegação na *web* e o *e-mail*. Apesar de não ser muito complexo, a sua implementação compreende muitos componentes diferentes.

Tal sistema é gerenciado pela ICANN que mantém parceria a nível global para garantir segurança e rapidez nos registros de *domain names*, por isso mantém políticas para credenciar os operadores desses registros (ICANN, 2021). Qualquer organização que tiver a intenção de registrar um *domain name* poderá fazê-lo usando um registrador credenciado pela ICANN. Essa relação jurídica é regida por um contrato de registro entre as partes. Entretanto, após ter os direitos de um *domain name* reconhecido, o registrante adquire direitos e responsabilidades. Os direitos incluem o acesso a informações do seu registrador sobre processos para registrar, gerenciar, transferir, renovar e restaurar o seu registro de nome de domínio. Já sua

responsabilidade envolve a não violação de marca registrada, o fornecimento de informações contratuais precisas e a notificação imediata, a seu registrador, de qualquer alteração no contato, respondendo, rapidamente, ao pedido deste acerca de informações relacionadas ao seu registro de *domain name* (ICANN, 2021).

4.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS *DOMAIN NAMES* E OS CONFLITOS ENVOLVENDO ESSES E AS MARCAS REGISTRADAS

Nos últimos anos, a legislação que trata da propriedade intelectual vem sendo confrontada com o surgimento de novas tecnologias, tais como: invenções biotecnológicas, sistemas avançados de programas de computadores, entre outros. Além disso, a expansão da *internet*, como já mencionado, levantou novas questões legais acerca da propriedade intelectual, especialmente questionando o princípio da especialidade e da territorialidade. O acoplamento estrutural entre o sistema internacional, envolvendo a nomeação privada e autorregulada da *internet* e os sistemas estritamente nacionais de registro de marcas confiados a órgãos públicos nacionais representa novos desafios que deverão ser superados pelo direito de propriedade intelectual. Por esse motivo, o tráfego de informações e a designação de empresas ou fontes de informações são de grande importância, sendo esta facilitada pela utilização dos nomes de domínios apropriados e constituindo um novo assunto para a propriedade intelectual, tema este específico para os ambientes digitais. Mesmo que os nomes de domínios sejam considerados sinais distintivos, ainda ocorre divergência sobre a sua natureza jurídica (GOLA, 2002).

No entanto, a postura doutrinária que entende os nomes de domínio como signos distintivos empresariais é majoritária. Muitos autores

equiparam os nomes de domínios às marcas ou nomes empresariais, visto que eles desempenham funções distintas, mas com as mesmas características desses sinais. Pois, os signos distintivos têm por finalidade diferenciar as empresas uma das outras, bem como seus produtos e serviços, evitando qualquer tipo de confusão para o consumidor. Nessa perspectiva, observa-se que os nomes de domínio, apesar de terem natureza e origens distintas dos demais sinais distintivos, cumprem a mesma aplicabilidade no mercado que estes, configurando-se como o principal sinal identificador e diferenciador da *internet*.

Segundo a Recomendação Conjunta Relativa às Disposições sobre a Proteção das Marcas e outros Direitos de Propriedade Industrial sobre Signos na *Internet*, adotada pela Assembleia da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial e pela Assembleia Geral da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, na trigésima sexta série de reuniões das assembleias dos Estados membros, realizada de 24 de setembro a 3 de outubro de 2001 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2001), estabeleceu, em seu art. 2º, segunda parte, que o uso de um signo na *internet* será tutelado em um Estado membro se esta utilização tiver efeitos comerciais nesse país. Tal recomendação tem por finalidade a criação de quadro legal para os proprietários de marcas que desejam utilizá-las na *internet*. Além disso, o uso de qualquer signo distintivo na *internet* poderá ser levado em consideração para determinar se o direito de propriedade industrial foi ou não violado.

Qualquer usuário da *internet*, em algum momento, se apoia aos mecanismos de buscas para ingressar em *sites* da rede. Para encontrar algum produto ou empresa específica, geralmente é inserido, nos buscadores, a marca comercial ou algum jogo de palavras relacionadas ao sinal dessa. Constata-se que os nomes de domínios condicionam a sua existência a elementos diferenciadores que os distingam de outros bens de natureza

similar e que permitam ao consumidor identificar a atividade desempenhada a partir desse nome. Por esse motivo é que existe a necessidade de os nomes de domínio serem únicos, não podendo existir dois nomes de domínios idênticos, uma vez que poderá gerar conflito.

Tal preocupação levou a ICANN a estabelecer uma Política de Resolução de Disputas de Nomes de Domínios (UDRP). Como se pode constatar, o advento da *internet* redefiniu não somente as normativas envolvendo o direito de propriedade intelectual, mas também as normas para litigar esses conflitos. Para Konstantinos Komaitis (2005, p. 99-116), enquanto os tribunais de todo o mundo estavam tentando encontrar maneiras para lidar com as inúmeras demandas, compreendendo disputas sobre questões relacionadas à *internet*, o instituto da arbitragem foi avançando e sendo utilizado para solucionar essas questões. O autor ainda enfatiza que a arbitragem sempre levou vantagem em relação às discussões judiciais por fornecerem uma rápida e, na maioria dos casos, uma forma barata de resolver várias controvérsias.

4.3 A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ENVOLVENDO *DOMAIN NAMES*

Por isso, no mundo virtual onde emergem novos fenômenos, ficando estes, muitas vezes, à margem da tradição e da cultura, a arbitragem é considerada como a única alternativa para lidar com disputas relacionadas à *internet*. Sendo assim, percebe-se que o modelo de arbitragem foi a solução lógica encontrada para dirimir as discussões entre os signos distintivos, particularmente as marcas e os nomes de domínios, levando os redatores da UDRP a pensarem que um processo arbitral teria mais sentido para esse tipo de disputa e, por via de consequência, atenderia as necessidades dos usuários da rede mundial de computadores com agilidade e a custos mais baixos.

No entanto, os conflitos envolvendo marcas e *domain names* não são recentes, mesmo antes da ICANN estabelecer a UDRP já era possível resolver tais acontecimentos pelo instituto da arbitragem. A primeira disputa que discutiu esse tipo de situação ocorreu no sistema americano e envolveu o caso dos cursos Kaplan e o Princeton Review, a qual foi a primeira empresa a ser demandada por violação de direito no registro de nomes de domínio na *internet*.

Em fevereiro de 1994, a escola Princeton Review criou uma *home page* na *internet* e registrou o domínio sobre o nome “review.com”, todavia, além de efetuar aquele registro, registrou também o domínio “kaplan.com”. Assim, o internauta que acessasse o domínio “kaplan.com” encontrava informações sobre o curso Princeton, bem como informações maldosas do seu concorrente, o curso Kaplan, que demanda a Princeton Review perante a Corte do Distrito de Manhattan, nos Estados Unidos, alegando que este curso estava violando a lei de propriedade industrial, bem como praticando atos de concorrência desleal. Aquela Corte sugeriu que as partes se submetessem à arbitragem, o que foi feito por ambas.

No processo arbitral, os árbitros entenderam, baseados na lei de marcas americana, que o curso Princeton Review não possuía direito sobre o nome de domínio Kaplan e condenaram aquele curso a transferir o nome de domínio ao curso Kaplan, bem como ao pagamento de U\$20.000,00 (vinte mil dólares) a este (IN THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT, 2021).

Nesse contexto, a arbitragem ganha destaque como instituto de solução às violações daquela natureza, isto é, de disputas envolvendo *domain names*, sendo as câmaras e tribunais arbitrais que, para fins deste trabalho, serão consideradas atores não estatais, que agem por intermédio de organizações específicas, como a ICANN.

A arbitragem, nesse aspecto, vem crescendo como técnica para responder aos efeitos da globalização e sofisticação do comércio, incluindo a utilização de tecnologias, gerando novas e variadas formas de intervenção nas relações comerciais.

Os tribunais arbitrais, geralmente, são constituídos por três árbitros, um deles de cada nacionalidade dos envolvidos e um terceiro de nacionalidade diversa, escolhido pelas partes, podendo, no caso do Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), quando o mesmo administra as controvérsias envolvendo os nomes de domínio, ser composto por somente um árbitro.

Bernardo Cremades (1986) destaca que a eficiência da arbitragem comercial internacional se respalda na voluntariedade das partes e também no prestígio dos tribunais arbitrais. Além disso, entende que, nas disputas comerciais, as organizações requerem segurança, de modo a não acolher que as empresas sejam submetidas a ações judiciais, mas à arbitragem, evitando, por vezes, um litígio que poderia ser economicamente mais custoso e demorado, se levado à justiça.

As vantagens, em comparação com a análise jurídica das controvérsias no contexto comercial, centram atenção à celeridade, confidencialidade, flexibilidade dos procedimentos (valorização da autonomia das vontades), prevalência da oralidade/informalidade do procedimento, possibilidade da escolha de leis e local para análise do caso concreto, facilidade de execução das sentenças, maior disponibilidade de se aceitar a decisão e especialidade/tecnicidade do árbitro (pode ser alguém conhecedor especializado da matéria, objeto do conflito).

No entanto, quando se trata de confidencialidade, essa situação, no que tange aos *domain names* é relativa¹⁰, merecendo modulações na conceituação

¹⁰ Como no caso das decisões de nomes de domínio, uma vez que, o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual publica as principais decisões

tradicional dos elementos que compõem o instituto da arbitragem. Nesses casos, a publicização do verdadeiro legitimado em usar um nome de domínio específico pode afastar usos indevidos e prejuízos ao legítimo proprietário e a terceiros que, eventualmente, transacionaram, induzidos em erro, com o denunciado naquele tipo de arbitragem.

Para além da proteção internacional do direito do nome de domínio, o fato de fazer circular sentenças arbitrais estrangeiras, publicizando mundialmente as violações naquele seguimento, aliadas à aceitação/reconhecimento/homologação entre os Estados, coloca-os no rol de sistemas que garantem a propriedade privada, promovem a segurança jurídica, o que maximiza sua imagem perante a comunidade mundial, influenciando, como se sabe, no aumento de relações comerciais com parceiros estrangeiros e, por via de consequência, incrementa a recepção de investimento de capital estrangeiro¹¹.

Nesse sentido, identificada uma ordem pública internacional, releva analisar as comunicações proferidas por atores transnacionais, como, por exemplo, o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

5 A ATUAÇÃO DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NAS DISPUTAS SOBRE *DOMAIN NAMES*

Com a globalização da *internet*, sua crescente importância como meio de comunicação e de informação em todas as esferas da vida social, política, econômica e cultural gerou a necessidade de estabelecer novos arranjos.

arbitrais envolvendo as demandas submetidas ao Tribunal Arbitral.

¹¹ O sistema do duplo reconhecimento (a exigência de uma prévia homologação da sentença arbitral por um tribunal estatal no país de origem), afastado pela decisão proferida pelo STF, no ano de 2001, pode ser considerado um exemplo de como o uso do princípio da ordem pública pelos tribunais brasileiros foi equivocado.

Em face de sua natureza, fundamentalmente privada, o desafio foi criar uma estrutura descentralizada que atendesse, de forma igualitária e coordenada, os valores e as políticas dos Estados e das organizações internacionais.

Atualmente, os principais governos democráticos, bem como as principais organizações internacionais convergem para um modelo multissetorial de governança da *internet*, incluindo não apenas estes, mas também a sociedade civil. Esse modelo corresponde a uma regulamentação em que as regras aplicáveis são criadas, principalmente por fontes autônomas, mas que precisam ser complementadas pelos Estados e por regulação supranacional (PINHEIRO, 2016).

Contudo, tal tarefa não é tão simples assim, pois a regulamentação da *internet* enfrenta limites e restrições em virtude de seu caráter global que, na maioria dos casos, envolve mais de uma ordem jurídica nacional, o que impede a possibilidade de uma operação coordenada e harmoniosa. Por essa razão, a produção normativa, nesse âmbito, se dá por centros autônomos que desempenham o papel de regulação da *internet*, embora de alcance limitado.

Essas regulações são verdadeiras regras de direito, visto que são caracterizadas pela generalidade e por possuírem força obrigatória e vinculativa, como é o caso da Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínio (UDRP) estabelecidas pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), já mencionada, que tem o intuito de resolver as controvérsias envolvendo os *domain names* e as marcas registradas, aplicando o instituto da arbitragem internacional. Nesse contexto, constata-se que o espaço mais importante para dirimir essas disputas é o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Internacional de Propriedade Intelectual.

No contexto de proteger a propriedade industrial, o Sistema de Nomes de Domínio encara inúmeros desafios que, devido ao caráter global da *Internet*, o obrigam a adotar um enfoque internacional. Desde 1998, a

Organização Mundial da Propriedade Intelectual faz frente a esses desafios e auxilia no desenvolvimento de soluções específicas, primeiramente sobre a gestão dos nomes de domínio e, depois, sobre o reconhecimento dos direitos e do uso desses nomes no Sistema de Nomes de Domínio na *internet*. Por esse motivo, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI põe à disposição dos proprietários de marcas mecanismos internacionais eficazes para combater o registro e a utilização de má-fé dos nomes de domínios que violam os direitos conferidos a estas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2017a).

O Centro de Arbitragem e Mediação é um órgão independente e imparcial que faz parte da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e foi criado em 1994. Está estabelecido em Genebra, na Suíça, possuindo também um escritório em Cingapura. Ele surgiu para resolver disputas comerciais privadas, em nível internacional.

Na administração de disputas relacionadas à *internet* e ao comércio eletrônico, o Centro empregou recursos significativos para o desenvolvimento de um quadro legal e operacional que pudesse dar conta, de forma satisfatória, dessas demandas. Por essa razão, esse Centro é reconhecido como o principal fornecedor de serviços de resolução de disputas para litígios decorrentes do registro abusivo de nomes de domínio na *internet* (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2021c), pois se propõe resolver, de forma rápida e a custos baixos, essas controvérsias sem a necessidade de litígios judiciais, utilizando somente do instituto da arbitragem internacional (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2021a).

No entanto, a aplicação da URDP, pelo Centro, se limita aos casos envolvendo disputas de marcas registradas e nomes de domínios. Desde a implementação da *Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy* (URDP), pela ICANN, em outubro de 1999 até maio de 2021, o Centro de Arbitragem

e Mediação da OMPI recebeu 52.941 (cinquenta e dois mil, novecentos e quarenta e uma) (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2021b) demandas referentes aos conflitos em *domain names*.

As disputas do Centro da OMPI envolvem partes com base nas mais diferentes jurisdições, incluindo, por exemplo, Áustria, China, França, Alemanha, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Países Baixos, Panamá, Espanha, Suíça, Reino Unido, Camarões, Congo, Chipre, Dinamarca, Estados Unidos, entre outros, demonstrando um alto grau de confiabilidade nos procedimentos oferecidos pelo Centro, já que se trata de um sistema complexo formado por decisões que servem de premissas para outras decisões propostas.

Para dar conta do número elevado de demandas, o Centro conta com mais de 1.500 (um mil e quinhentos) profissionais/árbitros com experiência em resolução de disputas e conhecimento especializado em litígios de propriedade intelectual, podendo auxiliar as partes na seleção de árbitros e especialistas em base de dados.

Ressalta-se também que todas as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais ou pelos árbitros do Centro estão publicadas em seu *site*. Em 2020, o Centro publicou uma atualização sobre as atividades relacionadas aos *domain names* (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2020), no intuito de consolidar, ainda mais, a confiança depositada pelas partes na OMPI, bem como demonstrar a eficácia das decisões proferidas.

A OMPI ainda publicou, em 2017, a “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2017b) visando promover a transparência e a acessibilidade em relação as decisões proferidas pelos árbitros ligados ao Centro de Arbitragem e Mediação, além de explanar, de forma resumida, os pontos de vista desses sobre uma série de questões substantivas e processuais comuns e importantes, visando auxiliar

a previsibilidade, claro que sempre considerando os fatos e circunstâncias particulares de cada caso.

Esses julgados estão em consonância com o parágrafo 4º da *Uniforme Domain Name Dispute Resolution Policy* (URDP), que disciplina a obrigatoriedade do detentor do registro do nome de domínio se submeter a um processo arbitral, sempre que um terceiro declarar, ao Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI o descumprimento da URDP.

5.1 O PROCEDIMENTO ARBITRAL DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA OMPI NAS DISPUTAS ENVOLVENDO *DOMAIN NAMES*

Nos conflitos entre marcas e *domain names*, a URDP engloba tanto as marcas comerciais e de serviços registradas, como as não registradas, ou seja, qualquer conflito envolvendo esses dois signos distintivos deverá ser resolvido por meio de um Centro de Resolução de Controvérsias em Nomes de Domínio, aprovados pela ICANN, no caso em debate, pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI.

Ao analisar o recebimento da demanda, o Centro da OMPI não leva em consideração a jurisdição onde a marca é válida, ou seja, onde possui seu registro, uma vez que a *internet* e o *Domain Name System* possuem natureza global. Outro fator que não é considerado são os produtos/serviços para os quais a marca está registrada e a data do seu arquivamento, por não ser relevante para a discussão que compreende o conflito desses signos. No entanto, o direito sobre a marca deverá existir quando a demanda é arquivada.

Nesse aspecto, a URDP entende que o pedido de registro de marca que se encontra pendente, por si só, não estabelece esses direitos, visto que o requerente ainda não obteve a titularidade desta. Observa-se também que o simples fato de um *domain name* ter sido registrado antes de o demandante

ter adquirido os direitos sobre a marca não exclui a legitimidade deste em propor a denúncia e ela ser julgada pelo tribunal arbitral, visto que existe um conflito entre os signos. Porém, apenas em casos excepcionais, o demandante poderá provar que existiu má-fé do demandado.

Caso o demandante possua uma marca registrada, em nível nacional ou regional, essa já satisfaz o requisito exigido pela UDRP para propor uma demanda. Já para estabelecer direitos sobre uma marca não registrada ou de direito comum para fins da URDP, o reclamante deverá demonstrar que sua marca se tornou um identificador distintivo que os consumidores associam aos produtos e/ou serviços fornecidos por ele. A prova deverá ser incluída na denúncia e deverá estar sustentada por uma série de fatores como: a duração e a natureza do uso da marca; a quantidade de produtos vendidos ou serviços prestados; a natureza e extensão da publicidade usando a marca; o grau de reconhecimento público real; e uma pesquisa sobre o reconhecimento da marca aplicada aos consumidores.

Segundo os entendimentos dos árbitros do Centro da OMPI, o afiliado de um proprietário de marca comercial, como, por exemplo, uma subsidiária de um dos países ou de uma empresa *holding*, ou então um licenciado de marca exclusiva também possui direitos reconhecidos para fins de apresentação de uma demanda pautada na URDP, desde que apresentem provas de autorização para interpor essa denúncia.

Com relação aos nomes pessoais, o titular deste poderá apresentar uma queixa com base na URDP, desde que ele esteja sendo utilizado como identificador de marca registrada no comércio ou o demandante seja capaz de estabelecer direitos não registrados ou comuns, visando apresentar o caso de URDP, sempre observando que este nome deverá ser identificado como sinal distintivo dos bens e/ou serviços fornecidos pelo reclamante. O fato de se ter um nome famoso, mas este não ser identificado como signo distintivo não basta para propor uma demanda de UDRP.

A fim de verificar se uma marca e um *domain name* são iguais ou semelhantes, o Centro compara lado a lado o nome de domínio e os componentes textuais da marca, visando averiguar se a marca é reconhecível dentro do nome de domínio, objeto da disputa. Em alguns casos, essa avaliação também pode implicar uma comparação fonética. Quando a marca é reconhecida, dentro de um nome de domínio disputado, a inclusão de outros termos não impedirá a descoberta de uma confusão, sendo este reconhecido como similar. Mesmo aqueles nomes de domínio que possuem supressões de palavras comuns de uma marca registrada serão considerados, pelos árbitros do Centro, como semelhantes.

Outra questão relevante diz respeito aos *domain names* que consistem ou são compostos por uma tradução ou transliteração de uma marca registrada; nesse caso, ele será considerado idêntico ou confusamente semelhante a essa marca, para fins da URDP. Um fator que não é analisado pelos árbitros que avaliam a identidade ou a semelhança de um *domain name* e uma marca é o conteúdo do *site* associado.

Para resolver as disputas que dizem respeito aos direitos ou interesses legítimos do reclamado sobre um *domain name*, o árbitro se vale das provas apresentadas na reclamação e em qualquer resposta arquivada. Ele também pode extrair inferências da ausência de uma resposta, conforme considerar apropriado, mas irá pesar todas as evidências disponíveis, independentemente de uma resposta a ser arquivada. Cabe salientar que os árbitros avaliam os direitos reivindicados pelos requerentes ou os interesses legítimos do reclamado no momento da apresentação da denúncia.

Além dos pontos que permeiam a discussão sobre o registro, para apoiar uma reivindicação de direitos e interesses legítimos sob a URDP, o uso de um *domain name* não deve violar os direitos de marcas de terceiros.

Outro elemento analisado pelo Centro é a má-fé. Essa é caracterizada quando o detentor do registro de um *domain name* se aproveita, de forma

injusta ou abusiva, de uma marca registrada. As denúncias, nesses casos, deverão ser comprovadas, devendo o reclamante demonstrar tal conduta por meio de argumentos e provas disponíveis, como a captura de tela datada do site ao qual o nome de domínio em disputa está ligado ou, ainda, por correspondência entre as partes. Mesmo no caso de o demandado não contestar a queixa, os árbitros consideram essas alegações, desde que acompanhadas de provas contundentes, suficientes para sustentar o caso.

De um modo geral, os árbitros não consideram, por si só, a prática de registrar um *domain name* para revenda como má-fé, mas se os membros do tribunal, numa demanda, encontrarem evidências de que a intenção do demandado em registrar esse nome disputado era, realmente, lucrar ou explorar a marca registrada do demandante, será configurada a má-fé.

Observa-se que as jurisprudências dos árbitros são unânimes em entender que, mesmo aqueles titulares de marcas não registradas gozam de proteção dentro dos termos da Política. Entretanto, deverão demonstrar que a sua marca se tornou um signo distintivo e que os consumidores a associam aos bens e/ou serviços fornecidos pelo autor do pedido.

Até quando o demandado não contesta a denúncia, ela prossegue, visto que toda e qualquer disputa relacionada a um *domain name* registrado e uma marca deverá ser submetida ao procedimento arbitral estabelecido pela URDP. A grande discussão travada aqui é no sentido de haver ou não consentimento do demandado para iniciar o processo arbitral. Nesse aspecto, observa-se que o reclamado já estava ciente e concordou com o procedimento arbitral, quando assinou o Contrato de Registro aceitando se submeter a esse processo, caso o *domain name* em questão fosse objeto de disputa. Todavia, a sua não manifestação não significa uma condenação, pois, como já ressaltado, o árbitro deverá averiguar as alegações do demandante.

Ao final do procedimento arbitral é proferida a sentença arbitral sendo que as decisões dos árbitros acerca das disputas dos *domain*

names, poderá ordenar a transferência do *domain name* disputado para o demandante; entender que não prospera o direito do demandante em requerer a transferência ou o cancelamento do nome e negar o pedido do autor; ordenar que o *domain name*, objeto do litígio, seja cancelado; ou, então, negar, em parte, os pedidos formulados na demanda, ordenando somente a transferência do *domain name* de alguns objetos da disputa.

Após o proferimento da sentença arbitral esta é encaminhada a ICANN para que ela determine o seu cumprimento, sendo a mesma disponibilizada no *site* do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI visando transparência e seguranças nas transações envolvendo os *domain names*.

6 CONCLUSÃO

A reflexão proposta neste trabalho parte da análise sobre o instituto da arbitragem como meio mais adequado para a resolução dos conflitos, entre atores internacionais, envolvendo disputa por *domain names*.

Importa destacar que o avanço tecnológico e a abertura de fronteiras demonstram a complexidade do impacto causado pela globalização/mundialização da economia e expansão das empresas transnacionais que fez surgir novas relações comerciais, tanto entre particulares como entre particulares e Estados. Também, se observou o surgimento de novos atores internacionais, forçando assim, uma ressignificação das relações internacionais, e o aumento da complexidade.

A partir desse contexto, e diante da necessidade de análise das diversas normas e peculiaridades que circundam o comércio internacional ocorre um intenso processo de intercâmbio, que acaba por criar tribunais arbitrais, formados por árbitros de vários países, colocando-se à disposição dos envolvidos para a solução de seus conflitos, acirrados por um novo mercado mundial, marcado pela competitividade.

Tal cenário demonstra a importância de atores não estatais, tais como, a Organização Mundial do Comércio (OMC), condicionada pela necessidade de disciplinamento do comércio, e da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), condicionada pela tecnológica.

Diante disso, evidencia-se que os nomes de domínios condicionam a sua existência a elementos diferenciadores que os distingam de outros bens de natureza similar e que permitam ao consumidor identificar a atividade desempenhada a partir desse nome. E, a partir dessa perspectiva, surge a necessidade de resolver as disputas envolvendo marcas e nomes de domínio por meio o instituto da arbitragem, uma vez que se constatou que está se constitui como um instituto mais adequado para a resolução dos conflitos, entre atores internacionais, envolvendo disputa por *domain names*.

Ademais, a arbitragem, para a resolução desses tipos de conflitos, traz inúmeras vantagens em comparação com a análise jurídica das controvérsias no contexto comercial, em especial, pela celeridade, flexibilidade dos procedimentos (valorização da autonomia das vontades), prevalência da oralidade/informalidade do procedimento, possibilidade da escolha de leis e local para análise do caso concreto, facilidade de execução das sentenças, maior disponibilidade de se aceitar a decisão e especialidade/tecnicidade do árbitro (pode ser alguém conhecedor especializado da matéria, objeto do conflito).

Aliás, o estabelecimento de compromisso arbitral, em caso de haver disputas na seara do comércio internacional, com designação de Tribunal ou Câmara Arbitral como foro privilegiado, pode representar modalidade de *Compliance* que garanta os interesses das organizações envolvidas no comércio internacional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. M. A. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

AMARAL SANTOS, M. **Primeiras linhas de direito processual**. v. 1. 23. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Disponível em: <https://www.adr.org>. Acesso em: 10 maio 2021.

BEDIN, G. A. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

COULSON, R. **ADR in America**. New York: American Arbitration Association, 1933.

CREMADES, B. M. **El proceso arbitral en los negocios internacionales**. Alternativas a la justicia institucional. Arbitraje y Conciliación. Conferencias, 1986.

ETCHEVERRY, R. A. El arbitraje internacional y su incidência en el comercio internacional. In: PUCCI, A. N. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

GOLA, R. **La Régulation de L'Internet**: noms de domaine et droit des marques. 2002. (Tese) – Université de Montréal. Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille III. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>. Acesso em: 21 maio 2021.

ICANN. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>. Acesso em: 21 maio 2021.

IN THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT. Disponível em: <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C05/05-20049-CV0.wpd.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021.

KEOHANE, R.; NYE, J. S. **Poder e interdependência**: la política mundial en transición. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 198[?].

KOMAITIS, K. Pandora's box is finally opened: the uniform domain name dispute resolution process and arbitration. **International Review of Law Computers & Technology**, v. 19, n. 1, p. 99-116, mar. 2005.

MARTINS, P. A. B. A arbitragem através dos tempos. In: GARCEZ, J. M. R. (org.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELEU, M. **Jurisdição comunitária**: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MELEU, M. Mediação comunitária: um novo modelo de jurisdição. In: MELEU, M.; GAGLIETTI, M.; COSTA, T. N. G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009.

MELEU, M.; TEIXEIRA, M. M. A potencialidade da arbitragem comercial privada internacional como meio eficaz de solução de controvérsias comerciais entre empresas estrangeiras e empresas da região oeste de Santa Catarina. In: OLSSON, G. et al. (org.). **Educação jurídica, relações internacionais e cidadania ecológica**. Chapecó: Argos, 2013.

METZGER, E. An outline of Roman Civil Procedure. **Roman Legal Tradition**. v. 9, p. 1-30, 2013. Disponível em: <https://romanlegaltradition.org/contents/2013/RLT9-METZGER.PDF>. Acesso em: 10 maio 2021.

OLIVEIRA, O. M. Relações internacionais, direito e atores não estatais: delineamentos de fundamentação. In: OLIVEIRA, O. M. (org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder**: cenários e protagonismo dos atores não estatais. v. 1. Ijuí: Unijuí, 2014.

OLIVER, G. B. **La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano**: el arbitrer ex compromisso. Madrid: Montecorvo, 1990.

OLSSON, G. O poder político no espaço global: o protagonismo dos atores estatais e não estatais. In: OLIVEIRA, O. M. (org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder**: cenários e protagonismo dos atores não estatais. v. 1. Ijuí: Unijuí, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Domain Name Dispute Resolution**. Geneva, 2021a. Disponível em: www.wipo.int/amc/en/domains/index.html. Acesso em: 20 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Recomendação conjunta relativa às disposições sobre a proteção das marcas e outros direitos de propriedade industrial sobre signos na internet**. Adotada pela Assembleia da União de Paris para a proteção da propriedade industrial e a Assembleia geral da OMPI na trigésima sexta série de reuniões das assembleias dos Estados membros da OMPI, de 24 de setembro a 3 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/845/pub845.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Total numbers of cases by year**. Geneva, 2021b. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp>. Acesso em: 30 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Arbitration and Mediation Center**. Geneva, 2021c. Disponível em: www.wipo.int/amc/en/center/background.html. Acesso em: 20 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO General Assembly**. WIPO Arbitration and Mediation Center, including Domain Names. Fifty-Third (29th Extraordinary) Session Geneva, September 21 to 29, 2020. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_53/wo_ga_53_8.pdf. Acesso em: 21 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. WIPO General Assembly. **WIPO Arbitration and Mediation Center, including Domain Names**. 23 Ordinary Session. Geneva, October, 2, 2017a. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_49/wo_ga_49_14.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions**. Third Edition (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Geneva, 2017b. Disponível em: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/overview3.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

ORTIZ, R. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

PANG, J. et al. **Availability, usage, and deployment characteristics of the domain name system**. Taormina (Itália), 2004. Disponível em: <http://www.cs.cmu.edu/~aditya/papers/p123-pang.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

PINHEIRO, L. L. Reflections on Internet Governance and Regulation with Special Consideration of the ICANN. **Forthcoming, 2 Cyberlaw by CIJIC** (June 2016). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2796402>. Acesso em: 20 maio 2021.

ROCHA, L. S. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, L. S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUES, G. M. A. **O que são relações internacionais?** São Paulo: Brasiliense, 1994.

SALMERÓN, M. I. B. **El proceso arbitral**: una perspectiva procesal del arbitraje en consumo. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

SUPIOT, A. **O espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TEIXEIRA, P. C. M.; ANDREATTA, R. M. F. C. **A nova arbitragem**: comentários à lei 9307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TEIXEIRA, S. F. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, J. M. R. (org.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNACIONAL TRADE LAW. Disponível em: www.uncitral.org. Acesso em: 12 maio 2021.

POSSIBILIDADE DE PENHORA DA VERBA DE NATUREZA SALARIAL PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.055/SP¹

Eduardo Fernando Piran

Resumo: O presente artigo debruçou-se em analisar criticamente a tese firmada no Recurso Especial n. 1.815.055/SP, cujo tema circundava-se em torno da possibilidade de penhora do salário para saldar honorários de advogado, com fundamento no artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil. Inicialmente, é feita uma breve contextualização da penhora no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando os bens impenhoráveis e a eficácia da penhora no cumprimento de sentença. Depois, desenvolve-se a natureza jurídica dos honorários advocatícios, e posteriormente, finaliza-se o estudo com o relato e análise crítica do julgado. Ademais, o problema de pesquisa apoia-se no seguinte questionamento: quais as observações oportunas a serem feitas sobre a decisão que indeferiu a possibilidade de penhora do salário para pagamento de honorários advocatícios? Para explicar isso são feitas considerações comportando comparação de normas, posicionamento jurisprudencial e decisão proferida no Recurso Especial n. 1.806.438/ Distrito Federal. Quanto à pesquisa, desenvolveu-se através de revisão bibliográfica e outras fontes como jurisprudências, legislações e internet. Enfim, demonstram-se as razões pelas quais se faz a crítica em respeito à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, destacando o direito dos advogados aos honorários.

Palavras-chave: Advogado. Honorários. Penhora. Salário. Crítica.

Resumen: *Este artículo se centró en analizar críticamente la tesis firmada en el Recurso Especial núm. 1.815.055/SP, cuyo tema se rodeó en la posibilidad de embargo del salario para pagar los honorarios de los abogados, con base*

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

en el artículo 833, párrafo 2º, del Código de Procedimiento Civil. Inicialmente, se hace una breve contextualización del embargo en el ordenamiento jurídico brasileño, demostrando los bienes no embargables y la efectividad del embargo en el cumplimiento de la sentencia. Después, se desarrolla la naturaleza jurídica de los honorarios de abogado, y posteriormente, el estudio finaliza con la sentencia y análisis crítico del juzgado. Además, el problema de la investigación se fundamenta en la siguiente pregunta: ¿cuáles son las oportunas observaciones que se pueden hacer sobre la decisión que negó la posibilidad de embargo del salario para pago de honorarios legales? Para explicar esto se hacen consideraciones entre las que se encuentran la comparación de normas, el posicionamiento de la jurisprudencia y la decisión emitida en el Recurso Especial núm. 1.806.438/Distrito Federal. En cuanto a la investigación, se desarrolló a través de la revisión bibliográfica y otras fuentes como jurisprudencia, legislación e internet. Finalmente, demuestra las razones para criticar la tesis realizada por el Tribunal Superior de Justiça, destacando el derecho a honorarios de los abogados.

Palabras-clave: Abogado. Honorarios. Apego. Salario. Crítica.

1 INTRODUÇÃO

O artigo aborda, como temática de pesquisa, a análise crítica do Recurso Especial nº 1.815.055/SP julgado pelo rito repetitivo, que negou a possibilidade de penhora do salário para pagamento de honorários advocatícios.

No decorrer do trabalho, vê-se que o assunto suscita variadas discussões no campo jurídico, havendo direitos colidentes e jurisprudências com posicionamentos positivos e negativos, como é demonstrado no voto da Sra. Ministra relatora Nancy Andrighi.

Assim, o problema de pesquisa funda-se em investigar criticamente a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça, para então ponderar sobre a tese firmada. Por isso, tendo em vista a respeitável decisão proferida pelos

nobres julgadores, quais os apontamentos pertinentes ao objeto da análise “possibilidade de penhora da verba de natureza salarial para pagamento de honorários advocatícios”?

Diante disso, o objetivo geral é apresentado para dissecar e esmiuçar o julgado acerca da possibilidade de penhora do salário para pagamento de honorários advocatícios, levando em consideração os fundamentos utilizados pela turma para justificar a decisão proferida.

Para isso, faz-se necessário construir gradativamente o raciocínio entorno desse tema, elencando os objetivos específicos, os quais examinou-se: a contextualização da penhora no ordenamento jurídico brasileiro; a eficácia do cumprimento de sentença mediante penhora; os bens impenhoráveis; a natureza jurídica dos honorários advocatícios; e a possibilidade de penhora de verba de natureza salarial para pagamento de honorários advocatícios (relato e análise crítica).

Finalmente, o estudo deu-se por meio de revisão bibliográfica e de fontes secundárias, desenvolvendo-se através de leitura e análises de livros, jurisprudências e legislações, além de visitas a sites da rede mundial de computadores, a *internet*, buscando criar um estudo sistematizado desenvolvido com base em dados concretos.

2 CONTEXTUALIZANDO A PENHORA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tem-se conhecimento que o instituto da penhora é antigo no Direito Processual Civil Brasileiro, sendo auxiliar do Estado-Juiz em seu poder de coerção, com a finalidade de compelir o devedor ao pagamento de suas obrigações.

Para Câmara (2019, p. 375) “a penhora é um ato de apreensão judicial dos bens que serão empregados, direta ou indiretamente, na satisfação do

crédito exequendo”. Em outras palavras, a penhora é o meio coercitivo pelo qual se vale o exequente para vencer a resistência do devedor.

Nos termos do artigo 789 do Código de Processo Civil, é incumbência do devedor responder com seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo restrições legais. Esclarece Tartuce (2016, p. 257) que “[...] não são todos os bens do devedor que respondem, presente uma ampla proteção aos bens impenhoráveis, tanto na Norma Geral Processual quanto na legislação extravagante”.

Ademais, nos casos de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, é perfeitamente cabível a penhora de bens. Esta se realiza mediante medida indutiva judicial para assegurar o cumprimento de sentença, como dispõe o artigo 139, IV; 297 e 536, §1º, todos do Código de Processo Civil.

Em essência, os atos processuais são: a) a penhora de bens; b) a alienação dos bens penhorados; e c) o pagamento do credor, que ocorre através dos valores obtidos pelo procedimento.

No cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, a petição inicial que instruirá o processo deverá sempre que possível indicar os bens suscetíveis de penhora, como reza o inciso VII, do artigo 524 do Código de Processo Civil, sendo esse um meio de acelerar o andamento processual, já que na maioria das vezes o executado tentará resistir à penhora.

Neste íterim, é relevante acentuar o superprivilégio do crédito de natureza alimentar, que terá preferência sob todos os demais, portanto, perfeitamente cabível sua penhora, como preceitua o artigo 100, §1º, da Constituição Federal. Em respeito a isso, Sarlet (2018) diz que os Estados devem tomar medidas apropriadas para assegurar a consecução do direito

aos alimentos, reconhecendo, nesse sentido a importância da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Além do mais, os atos de penhora devem recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do débito principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios, como artigo 831 do Código de Processo Civil.

Conquanto, deve-se observar que é imprescindível penhorar bem que tenha valor econômico suficiente para garantir o crédito, que será devidamente satisfeito com sua conversão em dinheiro.

Ainda, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e todas as demais garantias legais expressamente previstas no artigo 5º da Constituição Federal e normas processuais, há de ser oportunizada ao executado a possibilidade de manifestar-se quanto ao crédito ou bem penhorado.

Nessa perspectiva, o posicionamento de Theodoro Júnior (2020, p. 972) “legítima, portanto, será a impugnação do devedor em face da constrição de bens que não podem ou não devem figurar na execução”.

Neste momento é plausível a observância dos quesitos procedimentais da penhora, quais sejam, aqueles descritos na *Seção III, CAPÍTULO IV (DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA)* do Código de Processo Civil, atentando-se também aos demais preceitos normativos.

O ato de penhora deve cumprir a ordem de preferência de bens descritos no artigo 835 do Código de Processo Civil, podendo o juiz alterar essa ordem de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Além disso, a penhora será realizada mediante auto ou termo, indicando os bens constritos e suas características, os nomes do exequente e executado, o local e nomeação do depositário, devendo-se intimar o executado pelos meios legais, indicados nos artigos 838 a 841 do Código de Processo Civil.

Quando a penhora recair sobre bens imóveis deverá o exequente providenciar a averbação no registro competente para conhecimento de terceiros. Já, quando se tratarem de bens móveis será realizado mediante termo nos autos. Em ambos os casos, dever-se-á efetuar onde os bens foram encontrados, consoante artigos 844 a 846 do Código de Processo Civil.

Pode também o executado atendendo aos artigos 847 a 853 do Código de Processo Civil, requerer a substituição do bem penhorado no devido prazo legal, desde que lhe comprove que lhe será menos oneroso e o ato não trará prejuízos ao exequente, segundo Câmara (2019, p. 314) “[...] é preciso observar o princípio da menor onerosidade possível”.

Por expressa previsão legal, o Código de Processo Civil em seus artigos 854 a 869, traz subseções específicas com os seguintes objetos passíveis de penhora: a) dinheiro ou aplicação financeira; b) créditos; c) quotas ou ações de sociedades personificadas; d) empresa, outros estabelecimentos e de semoventes; e) sobre o percentual de faturamento da empresa; e f) frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

Prosseguindo, ao Oficial de Justiça incumbe fazer a penhora e avaliação dos bens, salvo neste último caso quando necessário o conhecimento de perito especializado (quando o comportar o valor), dado que o custo da avaliação não deve ser superior ao crédito perseguido, segundo artigos 154; e 870 a 874 do Código de Processo Civil.

Efetuada a constrição e sua devida avaliação, iniciam-se os atos expropriatórios do bem, com a transferência obrigatória para terceiro ou para o próprio exequente. Neste momento, é lícito ao exequente oferecer preço não inferior ao da avaliação, requerendo que lhe seja adjudicado o bem, nos termos do artigo 876 a 878 do Código de Processo Civil.

Não sendo efetivada a adjudicação por algum motivo, o exequente poderá pedir a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de

corretor, ou leiloeiro público, devidamente credenciado no órgão judiciário para ver seu crédito satisfeito, como prevê o artigo 879 e seguintes do Código de Processo Civil.

Theodoro Júnior (2020, p. 1030) expõe a ordem de preferência legal “[...] a primeira forma de expropriação dos bens penhorados é a adjudicação (876). A segunda é a alienação por iniciativa do particular (arts. 879, I, e 880). A última é a alienação em leilão judicial eletrônico ou presencial (arts. 879, II e 880)”.

Portanto, ante a fundamentação retro, é plausível acentuar que a penhora é meio indispensável para perseguir o crédito do exequente, sendo uma ferramenta que tem auxiliado e agilizado as demandas judiciais.

Dessarte, no próximo item abordar-se-á a eficácia do procedimento de cumprimento de sentença mediante penhora de bens.

2.1 EFICÁCIA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MEDIANTE A PENHORA

O processo é o instrumento por meio do qual as partes buscam satisfazer suas pretensões. A efetividade processual requer uma constante avaliação dos parâmetros capazes de explicar a atividade judiciária.

Assim, ele é um meio que possibilita avaliar o desenrolar das demandas judiciais, comportando identificar as possíveis peculiaridades, para posteriormente, agilizar os casos trazidos ao judiciário.

O grande gargalo no Poder Judiciário ocorre na fase de cumprimento da sentença, com a dificuldade de receber os valores reconhecidos no processo de conhecimento, visto que o réu na maioria dos casos tentará de todos os modos desconstituir os créditos ou bens que tem em seu nome, daí a urgência dos requerimentos de penhora.

Frente a isto, o debate cerceia-se em torno da seguinte problemática “como ponderar a eficácia da penhora no cumprimento de sentença?”.

O processo como instrumento de justiça repudia o excesso de formalismo capaz de inviabilizá-lo, tanto que por meio do *Princípio da Instrumentalidade das Formas* (contemplado no artigo 188 do Código de Processo Civil), os atos e termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei o exigir.

Tal princípio está totalmente ligado com a eficácia processual no cumprimento de sentença, visto que os atos serão nulos somente quando a inobservância das formalidades ensejarem em desatendimento ou prejuízo para as partes.

O legislador inovou com o intento de agilizar os atos processuais, tornando-os total ou parcialmente digitais, por meio da Lei nº 11.419 de 2006 e artigos 193 a 198 do Código de Processo Civil.

Parece desnecessário a confrontação com a intenção de comprovar a eficácia de procedimentos físicos e digitais, uma vez que os atos digitais são geralmente instantâneos, diferentemente do que ocorre quando o processo físico.

Em meio a essa concepção, o artigo 837 do Código de Processo Civil incluiu os atos de penhora por meio eletrônico, podendo ser efetuados para dinheiro, bens móveis e imóveis, atendidas as normas e critérios uniformes do Conselho Nacional de Justiça, denominado “Penhora Online”.

Diante disso, o judiciário tem adotado alguns sistemas informatizados para penhora on-line, dentre eles, os mais utilizados são: o Bacenjud (Sisbajud), Infojud, Renajud e o SREI. O Portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre a diferenciação dos sistemas:

Bacenjud – Desenvolvido em 2001, o Bacenjud é o sistema mais antigo. Ele interliga o Judiciário ao Banco Central e às instituições

bancárias, tornando mais fácil, rápido e eficiente o trâmite de ordens judiciais dirigidas ao Sistema Financeiro Nacional (SFN), como, por exemplo, o bloqueio de valores nas contas bancárias. Até a criação do Bacenjud, as ordens eram encaminhadas aos bancos por ofício e a efetivação do bloqueio era demorada, o que tornava possível que os recursos fossem sacados antes da execução da ordem judicial.

[...]

Infojud – Os dados cadastrais dos contribuintes, bem como cópias das declarações anuais do Imposto de Renda, podem ser acessados pelos membros do Poder Judiciário por meio do Infojud, sistema mantido pela Receita Federal para atendimento às solicitações feitas pela justiça. O acesso só é permitido a usuários cadastrados e com o uso de certificação digital.

Renajud – Para evitar a venda de veículos, alvo de restrições judiciais, os magistrados podem utilizar o Renajud, sistema criado pelo CNJ em 2006 e que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). Com o Renajud, é possível consultar a base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam) e executar restrições *on-line* de veículos. Antes do sistema, era preciso que o juiz enviasse ofícios aos 27 Detrans de todo o país para obter informações sobre os veículos.

SREI – Pesquisas referentes ao registro de imóveis, como levantamento de bens por CPF ou CNPJ, visualização eletrônica de matrícula do imóvel e pedido de certidões, podem ser feitas pelo Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI). Mais novo sistema de pesquisa patrimonial disponibilizado pelo CNJ, o SREI foi lançado pela Corregedoria Nacional de Justiça em agosto deste ano, interligando os ofícios de registro de imóveis e o Poder Judiciário.

Consoante consulta ao Portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dezembro de 2019, firmou-se um Acordo de Cooperação Técnica, visando o desenvolvimento de um novo sistema para substituir o Bacenjud, o que resultou no Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (Sisbajud), incluindo-se então novas e importantes funcionalidades.

Agora, de outro modo, é importante precisar “qual a utilidade, agilidade, e, sobretudo, eficácia dos sistemas de penhora online na satisfação do crédito?”. Por óbvio, a resposta pode ser facilmente encontrada pelo próprio judiciário, que utiliza dos sistemas diariamente. Em acesso ao Portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é disponibilizada a seguinte notícia:

‘Os magistrados brasileiros têm reconhecido a praticidade e a redução do tempo de tramitação do processo como os principais atrativos do sistema BacenJud . ‘Antes, uma ordem de bloqueio de dívidas por ordem judicial demorava até uma semana para ser cumprida, dando chances para o devedor esconder os recursos. Agora, tudo é feito automaticamente, pela internet, e, em até 72 horas, já temos resposta’, descreveu o desembargador Tarcílio Silva, do Tribunal de Justiça do Ceará’ (TJCE).

Para aclarar os avanços relacionados à eficácia dos sistemas informatizados, demonstra-se o exemplo de penhora online realizada pelo BacenJud, conforme notícia do CNJ:

Bacenjud

Série histórica de recuperação de valores para pagamento de dívidas sentenciadas

Ano	Valor total de bloqueios
2005	R\$ 196.368.996
2006	R\$ 6.018.696.897
2007	R\$ 13.591.677.503
2008	R\$ 17 764 520 156
2009	R\$ 21.773.657.586
2010	R\$ 20 133 882 962
2011	R\$ 22.074.530.521
2012	R\$ 24.569.525.580
2013	R\$ 24.413.481.940
2014	R\$ 30 009 455 402
2015	R\$ 29.142.642.921
2016	R\$ 39 608 124 299
2017	R\$ 36.974.908.079
2018	R\$ 47.878.534.403*
Total	R\$ 334.150.007.247,30

*Dados de 2018 até 30/11

Fonte: Banco Central do Brasil



Dos dados, no último ano analisado, foram penhorados quase R\$ 50 bilhões, somando-se a um montante de mais de R\$ 334 bilhões pela plataforma digital de 2005 a 2018, demonstrando a capacidade do sistema para rastrear recursos em nome dos devedores.

Ademais, é notável o aproveitamento positivo de tal mecanismo, tanto que os órgãos gestores estão sempre em busca de aperfeiçoamento, como notícia do Conselho Nacional de Justiça:

Medida aprovada pelo Comitê Gestor do Bacenjud, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vai aumentar a eficácia do sistema de penhora *on-line* para o pagamento de dívidas reconhecidas pela Justiça. Na prática, em situações de bloqueio de contas bancárias e de investimento para o pagamento de dívidas sentenciadas, as instituições financeiras terão de fazer, obrigatoriamente, o monitoramento de ativos do devedor durante todo o dia em que a conta estiver imobilizada (bloqueio *intraday*).

Seguindo essa perspectiva, parece provável a adoção pelo judiciário de outros sistemas para triangulação de informações e agilização dos procedimentos que facilitem o desencadear cada vez mais rápido dos processos judiciais.

Por todo o exposto, é inegável o esforço do judiciário para aperfeiçoar a penhora de bens. Além do mais, pelas informações levantadas, é aceitável concluir que os meios informatizados têm contribuído para uma justiça eficaz e efetiva, devendo sempre serem aprimorados para melhor atender os atos processuais.

2.2 IMPENHORABILIDADE

O conceito de impenhorabilidade é devidamente trabalhado por Câmara (2019), que aduz ser uma prerrogativa legal quanto àqueles bens imunes à atividade executiva. De outra forma, a impenhorabilidade protege os bens considerados essenciais e indispensáveis ao executado.

O Código de Processo Civil em seu artigo 833 contempla o *Princípio da Impenhorabilidade*, protegendo alguns bens juridicamente relevantes, dentre os quais, remete-se às disposições essenciais ao objeto de estudo, conforme previsão legal:

Art. 833. São impenhoráveis:

[..]

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os

pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

[...]

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

[...]

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

[...]

Assim, de acordo com Theodoro Júnior (2019, p. 953) não pode o processo judicial causar a ruína, fome e o desabrigo do devedor e de sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade humana.

Além disso, o artigo 833 do Código de Processo Civil é objeto de diversas polêmicas em meio jurídico. Isto por ser comum o executado receber rendas compatíveis para saldar suas dívidas, e geralmente, não possuir bens a serem penhorados, tampouco forma patrimônio próprio, em alguns casos apenas auferir o salário correspondente a atividade laborativa.

Câmara (2019) traz ainda a distinção dos regimes de impenhorabilidade no Direito Processual Civil brasileiro: o da impenhorabilidade absoluta, o da impenhorabilidade relativa e o regime especial da impenhorabilidade do imóvel residencial.

Os bens absolutamente impenhoráveis, segundo Câmara (2019), são aqueles que não podem ser penhorados em hipótese alguma, ressalvada apenas a execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive a contraída para sua aquisição, como por exemplo, os vencimentos, subsídios, salários e honorários de profissional liberal (artigo 833, IV, do Código de Processo Civil).

De acordo com Câmara (2019, p. 345) “chamam-se bens relativamente impenhoráveis aqueles que poderão ou não ser penhorados conforme a

capacidade patrimonial do executado”, ou seja, o artigo 834 do Código de Processo Civil indica bens que só podem ser penhorados se o executado não tiver outros capazes de garantir o crédito, *verbi gratia*, frutos e rendimentos dos bens inalienáveis.

Por conseguinte, Câmara (2019, p. 345), define a impenhorabilidade do imóvel destinado ao uso residencial. Esta modalidade é diferente de “bem de família” por dois motivos: a) o bem de família é regido pelos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil; e b) a caracterização do bem de família exige pelo menos duas pessoas.

Daí resultaria que a expressão “bem de família” poderia gerar um equívoco ao benefício criado pela Lei 8.009/1990, sendo apropriado afirmar a impenhorabilidade do imóvel residencial, destinado a garantir moradia do executado ou de sua família.

Com fulcro no demonstrado acima, vê-se que a impenhorabilidade é extremamente importante para sopesar o direito das partes no Direito Processual Civil brasileiro, as distinções trabalhadas pela doutrina são elementares para compreender sua excepcionalidade em determinadas ocorrências.

Ademais, o assunto será aprofundado no último título com a análise crítica do Recurso Especial n. 1.815.055/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

3 NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Para Chaves e Ferraz (2017) os honorários são as retribuições fixadas amigavelmente como contraprestação aos serviços prestados no exercício de certas profissões liberais.

A concepção de honorários no Direito Romano era de honoraria, e não precipuamente de débito ou pecúnia a ser paga, como Chaves e Ferraz (2017, p. 132) “A designação de ‘honorários’ significa não só (etimologicamente e historicamente) que se trata de pagamento de uma dívida de honra [...], mas também que a dignidade da profissão não se compadece com o pagamento do vulgar ‘salário’[...]”.

Seguindo-se uma tradição de épocas, o direito brasileiro preconiza que o advogado receberá honorários, como descreve o artigo 22 do Estatuto da Advocacia e da OAB “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

Apesar da menção neste artigo da seguinte expressão “*aos inscritos na OAB*”, tal disposição não se aplica aos estagiários devidamente inscritos, mas tão-somente aos advogados.

Os honorários contratuais ou convencionais são aqueles pactuados de livre estipulação entre advogado e cliente, obedecendo sempre os parâmetros legais. Das condições do mútuo, podem os honorários serem estipulados de diversas formas, e, não havendo ajuste entre as partes, um terço dos honorários será devido no início dos serviços, outro terço até decisão de primeira instância e o restante no final do processo, como dispõe o §3º do artigo 22 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

De outro modo, os honorários fixados por arbitramento judicial são perfectibilizados nos casos em que não houve estipulação ou acordo de honorários entre as partes, não chegando a um consenso entre os estipulantes.

Deve-se então ocorrer a fixação, respeitando o trabalho e valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, de acordo com o artigo 22, §2º, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Ainda, em conformidade com o artigo 54 do Código de Ética e Disciplina da OAB, havendo a necessidade de cobrança ou arbitramento judicial de honorários, deve o advogado renunciar previamente o mandato que recebera do cliente em débito.

No que tange aos honorários sucumbenciais, são pagos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora, em consonância com o artigo 85, §1º do Código de Processo Civil “São devidos honorários na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”.

Mais, os honorários neste caso serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condição, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, de acordo com artigo 85 e §2º do Código de Processo Civil.

Também serão majorados os honorários em caso de recurso, levando em conta o trabalho adicional do advogado, como artigo 85, §11 do Código de Processo Civil.

Nota-se que os honorários sucumbenciais são independentes daqueles convencionados ou arbitrados *inter partes*, podendo o profissional receber ambos.

Este tipo de honorário (sucumbencial) tem como paradigma a aplicação associada de dois princípios basilares, quais sejam, o da *sucumbência* e o da *causalidade*.

Para Chaves e Ferraz (2017) o *Princípio da Sucumbência*, determina que, quem perdeu paga. Sincronicamente está o *Princípio da Causalidade*, segundo o qual, a verba honorária será devida por aquele que causou a propositura da ação, sem este motivo não teria ocorrido a litigância.

Tais princípios são excepcionados em alguns casos por previsão expressa, como aqueles em que a parte que deu existência a causa é a

vencedora, porém, ela mesma motivou para que o litígio tenha surgido, a exemplo, o §10 do artigo 85 do Código de Processo Civil “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”.

Ademais, a advocacia ostenta posição especial no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal em seu artigo 133 reconhece o exercício profissional, sendo um serviço público indispensável à administração da justiça.

Insta observar que, nos termos do artigo 5º, LXXIV, da CF/1988, o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tal premissa será alcançada por meio do emprego de três requisitos básicos: a) a indicação do advogado pelo magistrado para patrocinar a causa; b) que a parte seja juridicamente necessitada; e c) que a defensoria pública esteja impossibilitada de atender a casuística, como prevê o §1º do artigo 22 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Perfeitamente atacados os pressupostos gerais, é imprescindível frisar que os honorários constituem crédito privilegiado, verba de natureza alimentar e direito do advogado, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, por disposição do artigo 85, §14 do Código de Processo Civil e artigos 23 e 24 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Para Chaves e Ferraz (2017) a razão desse entendimento é um tanto óbvia, os honorários são o meio de subsistência e de provisão material do advogado e de suas respectivas famílias; de parte fundamental de sua renda e patrimônio, e, portanto, componente indispensável existencial enquanto pessoa humana.

Nessa linha de raciocínio o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 47 publicada em junho de 2015, com a seguinte redação:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor

consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Tais informações também estão suscitadas no Estatuto da Advocacia e da OAB Lei nº 8.906 de 1994, no Capítulo VI, que trata dos honorários advocatícios.

Assim, quando a verba honorária não esteja incluída na condenação principal, os valores podem ser consubstanciados em direito autônomo (podendo ser executado em separado por precatório ou requisição de pequeno valor), dada a preocupação alimentar existente, e acessoriedade ao crédito principal pertencente a titular diverso, segundo artigo 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Salvo os casos de advocacia *pro bono*, a atividade do advogado, do mesmo modo que outras profissões merecem ser remunerada, tanto que se assim não fosse, os artigos 1º a 5º do Estatuto da Advocacia e da OAB e artigos 1º a 10 do Regulamento Geral da OAB, não trariam um rol com atividades privativas de advogado.

Ainda neste paradigma, o artigo 1º da Constituição Federal contempla os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais, destaca-se o *Princípio da dignidade da pessoa humana*, que tem grande importância basilar sobre o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere ao núcleo de proteção do indivíduo.

Para Marinete Alves Brandão (2015) o conceito de dignidade da pessoa humana começou a se consolidar após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Este novo tratamento jurídico deu-se especialmente aos horrores do holocausto nazista. Foi preciso uma resposta à legitimidade conferida pelo ordenamento jurídico alemão à transformação de seres humanos em coisas, e não como sujeitos de direitos.

Diante da amplitude do *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, suporta argumentar que os honorários devidos ao advogado tem natureza alimentar, e são indispensáveis ao exercício do *múnus público* que é conferido ao profissional.

Os honorários configuram crédito único do advogado, essenciais, e sua natureza alimentar permite pelo *Princípio da Dignidade da pessoa humana*, tratamento adequado em isonomia às demais atividades remuneradas.

Enquanto credor, o advogado deve ter seu direito garantido, haja vista a necessidade do exercício de amparo advindo da Constituição Federal, tais como saúde, habitação, alimentação, vestuário e o lazer; ambos direitos sociais inerentes a todo cidadão brasileiro.

Por todo o exposto, evidencia-se que os honorários constituem direito do advogado, sendo inequívoca a natureza alimentar das mencionadas retribuições, decorrentes do exercício da profissão.

4 DA (IM)PENHORABILIDADE DE VERBA DE NATUREZA SALARIAL PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Este capítulo abordará o Recurso Especial n. 1.815.055/SP, que trata da penhora salarial para pagamento de honorários advocatícios. Para isso, primeiramente é tematizado a síntese da demanda com suas fases de julgamento, e posteriormente, trabalha-se criticamente o resultado definitivo obtido pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1 RELATO DO RECURSO ESPECIAL 1.815.055/SP

Trata-se de um recurso especial repetitivo, como dispõe o artigo 1.036 do Código de Processo Civil, sempre que houver multiplicidade de recursos

especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento. Portanto, recurso repetitivo representa um conjunto de recursos especiais que tenham teses idênticas.

O procedimento especial repetitivo, segundo Theodoro Junior (2019, p. 1.261), é um “[...] remédio processual de incontestes caráter coletivo. Seu objetivo, contudo, é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros recursos [...]”.

De acordo com a legislação processual (artigo 1.036, §1º, do Código de Processo Civil), cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem selecionar dois ou mais recursos representativos de controvérsia, e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão dos demais recursos sobre a matéria.

Por fim, decidindo os recursos afetados, o órgão colegiado declarará prejudicado os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou decidirá aplicando a tese firmada, nos termos do artigo 1.039 do Código de Processo Civil.

O caso sob análise é um Recurso Especial Repetitivo de n. 1.815.055/SP que foi julgado para verificar a *“possibilidade de penhora da verba salarial para pagamento de honorários advocatícios”* com base no §2º do art. 833 do Código de Processo Civil.

O pedido inicial é uma ação de indenização ajuizada por EDIVALDO PINTO FONSECA, em face de VOLKSWAGEN DO BRASIL – INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA e COMERCIAL GERMÂNICA LTDA, chegando o processo ao Superior Tribunal de Justiça em fase de cumprimento de sentença referente à honorários sucumbenciais.

Diante da rejeição do pedido em primeira instância, e sucumbente, o autor foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios com atualização monetária e juros de mora. No que

se refere aos honorários, fixou-se o desconto mensal e transferência ao juízo de 15% do salário do executado, até alcançar o valor de R\$ 3.285,80 (três mil e duzentos e oitenta e cinco reais, e oitenta centavos).

EDIVALDO PINTO FONSECA interpôs recurso de agravo de instrumento, com fundamento no artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil, ficando a decisão parcialmente reformada no tocante à determinação ao percentual de penhora do seu salário, veja-se:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Concessão do benefício da gratuidade da justiça que produz efeitos 'ex nunc', é dizer, apenas a partir do deferimento da benesse, não alcançando, pois, a condenação do agravante ao pagamento da verba sucumbencial e às verbas atinentes às custas e honorários periciais, ocorrida antes da concessão do benefício – Impossibilidade de penhora de percentual do salário do agravante, para o pagamento de débito decorrente de honorários advocatícios – Embora se confira aos honorários advocatícios natureza alimentícia, não há como subsumi-los à expressão 'prestação alimentícia', prevista no § 2º do art. 833 do CPC, de sorte a permitir que se excepcione a regra da impenhorabilidade absoluta, estabelecida pelo 'caput' de referido dispositivo legal, cabível, tão somente, em caso de configuração das situações excepcionais, relacionadas taxativamente pelo próprio legislador, sem possibilidade de ampliação pelo aplicador do direito – A expressão 'prestação alimentícia', constante do § 2º do art. 833 do CPC, compreende apenas obrigações decorrentes de direito de família ou de responsabilidade civil, 'ex vi' dos arts. 948, II; 951 e 1.696, todos do Código Civil – As normas jurídicas que contemplam exceções, por força de conhecida regra de hermenêutica jurídica, não comportam exegese ampliativa ou analógica, devendo ser interpretadas, antes, restritivamente, sob pena de ensejar privilégio não previsto em lei, o que não se pode conceber – Precedentes do STJ – Reforma da decisão agravada – Recurso parcialmente provido.

Diante da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o recorrente opôs embargos de declaração, que foi rejeitado. Finalmente, o escritório GORDINHO FILHO E NAPOLITANO ADVOGADOS ASSOCIADOS interpôs Recurso Especial nos termos do artigo 105, III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal; artigos 85, §14, e 1.022, II, do Código de Processo Civil, com objetivo de satisfazer os honorários sucumbenciais advocatícios.

Os autos foram recebidos eletronicamente no Superior Tribunal de Justiça no dia 21 de maio de 2019, sendo que em 18 de junho de 2019 o processo foi distribuído por sorteio para a relatora Ministra Nancy Andrighi, tendo sido afetado pela Terceira Turma em 10 de setembro de 2019.

No dia 2 de outubro de 2019 houve proclamação parcial de julgamento com o voto da Sra. Ministra relatora Nancy Andrighi, conhecendo o recurso especial e negando-lhe provimento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que, posteriormente, foi convertido em vista coletiva.

Por conseguinte, proferiu-se a seguinte decisão em 3 de agosto de 2020 nas seguintes razões:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. EXCEÇÃO DO § 2º DO ART. 833. PENHORA DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇA ENTRE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de indenização, na fase de cumprimento de sentença para o pagamento dos honorários advocatícios, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 12/02/2019 e atribuído ao gabinete em 18/06/2019.

2. O propósito recursal é decidir se o salário do devedor pode ser penhorado, com base na exceção prevista no § 2º do art. 833 do CPC/15, para o pagamento de honorários advocatícios, por serem estes dotados de natureza alimentar, nos termos do art. 85, § 14, do CPC/15.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 1.022, II, do CPC/15.

4. Os termos 'prestação alimentícia', 'prestação de alimentos' e 'pensão alimentícia' são utilizados como sinônimos pelo legislador em momentos históricos e diplomas diversos do ordenamento jurídico pátrio, sendo que, inicialmente, estavam estritamente relacionados aos alimentos familiares, e, a partir do CC/16, passaram a ser utilizados para fazer referência aos alimentos indenizatórios e aos voluntários.

5. O termo 'natureza alimentar', por sua vez, é derivado de 'natureza alimentícia', o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, posteriormente conceituado pela EC nº 30/2000, constando o salário como um dos exemplos.

6. Atento à importância das verbas remuneratórias, o constituinte equiparou tal crédito ao alimentício, atribuindo-lhe natureza

alimentar, com o fim de conceder um benefício específico em sua execução, qual seja, a preferência no pagamento de precatórios, nos termos do art. 100, § 1º, da CRFB.

7. As verbas remuneratórias, ainda que sejam destinadas à subsistência do credor, não são equivalentes aos alimentos de que trata o CC/02, isto é, àqueles oriundos de relações familiares ou de responsabilidade civil, fixados por sentença ou título executivo extrajudicial.

8. Uma verba tem natureza alimentar quando destinada à subsistência do credor e de sua família, mas apenas se constitui em prestação alimentícia aquela devida por quem tem a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que, necessariamente, deles depende para sobreviver.

9. As verbas remuneratórias, destinadas, em regra, à subsistência do credor e de sua família, mereceram a atenção do legislador, quando a elas atribuiu natureza alimentar. No que se refere aos alimentos, porque revestidos de grave urgência – porquanto o alimentando depende exclusivamente da pessoa obrigada a lhe prestar alimentos, não tendo outros meios para se socorrer –, exigem um tratamento mais sensível ainda do que aquele conferido às verbas remuneratórias dotadas de natureza alimentar.

10. Em face da nítida distinção entre os termos jurídicos, evidenciada pela análise histórica e pelo estudo do tratamento legislativo e jurisprudencial conferido ao tema, forçoso concluir que não se deve igualar verbas de natureza alimentar às prestações alimentícias, tampouco atribuir àquelas os mesmos benefícios conferidos pelo legislador a estas, sob pena de enfraquecer a proteção ao direito, à dignidade e à sobrevivência do credor de alimentos (familiares, indenizatórios ou voluntários), por causa da vulnerabilidade inerente do credor de alimentos quando comparado ao credor de débitos de natureza alimentar.

11. As exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas apenas com natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos que cogitar sua aplicação a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e a tantas outras categorias.

12. Recurso especial conhecido e não provido (STJ, 2020).

Assim, no julgamento definitivo a Corte Especial por maioria dos votos (7x6), conheceu o recurso e negou-lhe provimento, adotando então a grande maioria a tese da Sra. Ministra Relatora Nancy Andrighi, o que resultou na seguinte Certidão de Julgamento:

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Proseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo e Napoleão Nunes Maia Filho, que retificou o voto anteriormente proferido, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, a Corte Especial, por maioria, conheceu do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com a Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo que conheciam do recurso especial e davam-lhe provimento. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer (STJ, 2019).

Em síntese, a fundamentação principal foi de que ao aceitar a tese, a Corte estaria aprovando o pedido de prisão civil formulado por advogados quando não houver o pagamento espontâneo dos honorários.

O voto da eminente Sra. Ministra Nancy Andrighi (2020, p. 14) inicia-se com uma análise histórica do termo prestação alimentícia, como demonstra:

Assim, com esse percurso histórico pelo direito civil e processual civil foi demonstrado que os termos 'prestação alimentícia', 'prestação de alimentos' e 'pensão alimentícia' são utilizados como sinônimos pelo legislador, sendo que, inicialmente, estavam estritamente ligados aos alimentos familiares, e, a partir do CC/16, passaram a ser utilizados para fazer referência aos alimentos indenizatórios e até aos voluntários, mas os únicos que, até hoje, possuem todo um regramento específico pelo Código Civil, em um subtítulo próprio, são os alimentos familiares (arts. 1.694 a 1.710, do CC/02) (ANDRIGHI, 2020).

Tal análise é possível com emprego da discussão doutrinária e jurisprudencial existente, acrescenta ainda que isso a jurisprudência não tinha estudado com toda a profundidade.

Depois, a Sra. Ministra Nancy Andrighi (2020) busca a origem do termo “verba de natureza alimentar” informando que tal expressão foi introduzida

pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 100, ao trazer uma inovação no regime de precatórios, qual seja, a prioridade de pagamento dos referidos débitos sobre os demais.

Posteriormente, consoante a Sra. Ministra Nancy Andrighi (2020), o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 30/2000, para incluir o §1º ao artigo 100 da Constituição Federal estabelecendo o conceito do “crédito de natureza alimentar”.

Todavia, a Sra. Ministra Nancy Andrighi (2020) ressalta que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal onde foi decidido ser o rol do §1º do artigo 100 da Constituição Federal exemplificativo, considerando que os honorários advocatícios são débitos de natureza alimentar e equiparam-se ao trabalhistas com efeito de habilitação em falências.

Portanto, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi (2020), a “prestação alimentícia” foi utilizada pelo legislador ao excepcionar a impenhorabilidade das verbas remuneratórias, e está relacionada aos alimentos decorrentes do direito de família; já os honorários advocatícios são considerados “verbas de natureza alimentar”, com objetivo de incluí-los no rol do artigo 100, §1º da Constituição Federal.

Ressalta ainda a Sra. Ministra Nancy Andrighi (2020) haver uma imprecisão da definição de ambas as expressões, porquanto os precedentes analisados, permitiram a penhora para pagamento de honorários fundado na natureza alimentar e no dispositivo legal, sem maiores perquirições conceituais, não devendo tal dispositivo (artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil) ser interpretado de maneira extensiva.

Complementa a Sra. Ministra Nancy Andrighi (2020) que os alimentos indenizatórios não podem ensejar a prisão civil, sendo que esta deve ser interpretada em *estricto sensu* para abarcar os alimentos familiares, assim também é o raciocínio admissível ao “bem de família”, que somente pode ser

penhorado por motivo de prestação alimentícia (fundamento artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/1990).

Diante do exposto, a eminente ministra então concluir que a “prestação alimentícia” se restringe estritamente aos alimentos de vínculo familiar, ou seja, a pensão alimentícia, não se podendo ampliar a exceção da norma para entender o termo “prestação alimentícia”, que abarca toda e qualquer prestação que tenha natureza alimentar como os honorários.

De maneira diversa é o voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (STJ, 2020, p. 26) que informa que “a segurança jurídica nos impõe para que tenhamos o olhar para o caso concreto”.

Ainda nesse sentido, o voto do Sr. Ministro Raul Araújo (STJ, 2020), para ele ao contrário dos alimentos decorrentes do direito de família, os honorários do advogado não são fixados com base na necessidade do credor, e nas possibilidades do devedor dos honorários, quando se arbitra honorários de advogado tem-se em mente o trabalho do advogado na causa, e não se deve considerar somente a possibilidade de quem paga os honorários em contraposição à necessidade do credor.

Continua em seu voto o Sr. Ministro Raul Araújo (STJ, 2020), a possibilidade de penhora de vencimento de salário para satisfazer honorários de advogado deverá levar em conta às circunstâncias do caso concreto, especialmente de não prejudicar a subsistência do advogado.

Acrescenta então o eminente Ministro Raul Araújo (STJ, 2020), há de se considerar que para uma família de baixa renda qualquer percentual de constituição sobre os proventos do arrimo, pode vir a comprometer gravemente o sustento de seu lucro essencial, ao passo que o mesmo não necessariamente ocorre quanto à vida pessoal ou familiar daquele que recebe alto salário, elevado à remuneração.

Para ilustrar a compreensão, o Sr. Ministro Raul Araújo dá exemplo (STJ, 2020), considera-se a hipótese de credor de honorários advocatícios de 100 mil reais, que pretenda penhorar 30 ou 15% da remuneração de um devedor que perceba mensalmente módicos 3 (três) mil reais. Em tal situação, não se deve autorizar a inserção da legislação processual, pois a constituição mensal de íntimos R\$ 900,00 (novecentos reais) ou menos não trará a satisfação para aquele credor, nem proporcionará adequada amortização da dívida. Enquanto que, para o devedor estará reduzindo para sempre seus ganhos mensais a um pouco mais de 2 mil reais, ferindo o seu direito fundamental da dignidade humana.

Em virtude do mencionado, o Recurso Especial nº 1.815.055/SP julgado pelo rito repetitivo apreciado pela colenda turma, teve como resultado a sua apreciação e negativa de provimento, afastando assim a possibilidade da penhora do salário para pagamento de honorários advocatícios.

No tópico seguinte far-se-á uma análise crítica do julgado para incluir algumas ponderações relevantes.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA DA TESE FIRMADA NO RECURSO ESPECIAL 1.815.055/SP

Notadamente, a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça afeta seriamente os advogados, trazendo uma interpretação inovadora quanto à jurisprudência que vinha sendo adotada.

Nesse diapasão, importante fazer uma análise crítica a respeito do assunto, para incluir ponderações que facilitam esclarecer e compreender a abrangência da decisão tomada.

Ao analisar a norma atual e a anterior, constata-se uma mudança normativa no rol de impenhorabilidades. O Código de Processo Civil de 1973 previa os bens absolutamente impenhoráveis:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006) (BRASIL, 1973).

No Código de Processo Civil atual não se faz mais referência à impenhorabilidade absoluta, porquanto se subtraiu do caput o termo “absolutamente”, que mencionava taxativamente a impenhorabilidade dos bens e das verbas, como visto:

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

[...]

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

[...]

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

[...]

Portanto, a consequência lógica disso é de que a nova lei confere ao aplicador da norma, certa margem de liberdade para mitigar a regra da impenhorabilidade em outras situações concretas que tenha sob exame.

Assim como o Código de Processo Civil de 1973, o atual também traz exceções à regra da impenhorabilidade, como por exemplo, o §2 do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Observa-se assim que, para além das próprias exceções já diretamente conceituadas, o novo código permite mitigações, naturalmente que sem descaracterização do núcleo especial da regra protetiva.

É assim, com o termo de relativização que pode se desenvolver a impenhorabilidade prevista no Código de Processo Civil, inclusive quanto às verbas remuneratórias mencionadas e a quantia depositada em caderneta de poupança, fazendo referência aos incisos IV e X do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Como já não há referência à impenhorabilidade absoluta, é correto entender que o elenco de bens, direitos e créditos arrolados na regra processual, passou a admitir a criteriosa mitigação caso a caso.

Ademais, o voto proferido pela Sra. Ministra relatora Nancy Andrighi (STJ, 2020, p. 40), menciona o AgInt no REsp 1732927, nos seguintes termos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR DO CRÉDITO. PENHORA INCIDENTE SOBRE VERBA SALARIAL. POSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO DO LIMITE DA CONSTRIÇÃO EM CADA CASO, SOB PENA DE SE COMPROMETER A SUBSISTÊNCIA DO EXECUTADO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A legislação processual civil (CPC/2015, art. 833, IV, e § 2º) contempla, de forma ampla, a prestação alimentícia, como apta a superar a impenhorabilidade de salários, soldos, pensões e remunerações. **A referência ao gênero prestação alimentícia alcança os honorários advocatícios, assim como os honorários de outros profissionais liberais e, também, a pensão alimentícia, que são espécies daquele gênero.** É de se permitir, portanto, que pelo menos uma parte do salário possa ser atingida pela penhora para pagamento de prestação alimentícia, incluindo-se os créditos de honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, os quais têm inequívoca natureza alimentar (CPC/2015, art. 85, § 14) [...] (STJ, 2020, grifo nosso)

A legislação processual civil contempla de forma mais ampla a prestação alimentícia como apta a superar a impenhorabilidade de salários, soldos, pensões e remunerações. Por outro lado, quando trata da impenhorabilidade

do bem de família, a legislação restringe a exceção apenas às pensões alimentícias que é espécie (artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/1990).

É importante frisar e diferenciar, conforme voto do Sr. Ministro Raúl Araújo (STJ, 2020), que a prestação alimentícia não corresponde exatamente à pensão alimentícia referida no inciso LXVII do artigo 5º da CF. Não há equivalência, o primeiro como disposto acima é gênero, com várias espécies, dentre eles a pensão alimentícia, mas a mesma obrigação alimentícia a que se refere o texto constitucional, portanto, esta é a espécie (pensão alimentícia que se refere à constituição).

Diante disso, a prisão civil aplicar-se-á tão somente aos casos em que haja dívida por inadimplemento de pensão alimentícia, não comportando as demais espécies legais.

Assim, é possível permitir que pelo menos uma parte do salário do devedor possa ser alcançado para pagamento de prestação alimentícia, incluindo suas espécies como os créditos resultantes dos honorários advocatícios.

Além disso, nos casos de possibilidade da penhora da verba de natureza alimentar, é passível empregar o Princípio do Mal Menor (fundamentos Art. 798, II, “a”; 805; 847; e 867, ambos do Código de Processo Civil). Diante de dois males, deve-se reter o suficiente do salário do devedor de modo que não afete a sua existência.

Ainda nessa perspectiva, em 13 de outubro de 2020 o Superior Tribunal de Justiça apreciou o Recurso Especial n. 1.806.438/Distrito Federal, momento em que fixou a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. ALEGADA OFENSA À SÚMULA VINCULANTE DO STF. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. PENHORA DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. EXCEÇÃO DO §2º DO ART. 833 DO CPC/15. INAPLICABILIDADE. DIFERENÇA

ENTRE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 833, IV, DO CPC/15. POSSIBILIDADE DE PENHORA DA REMUNERAÇÃO A DEPENDER DA HIPÓTESE CONCRETA. JULGAMENTO PELO CPC/15.

1. Ação de embargos à execução, ajuizada em 10/04/2015, atualmente na fase de cumprimento de sentença para o pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/01/2019 e atribuído ao gabinete em 09/04/2019.

2. O propósito recursal consiste em definir sobre a possibilidade de penhora da remuneração da recorrida para o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência devidos ao recorrente.

3. A interposição de recurso especial não é cabível com fundamento em violação de súmula vinculante do STF, porque esse ato normativo não se enquadra no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, 'a' da CF/88.

4. No julgamento do REsp 1.815.055/SP, (julgado em 03/08/2020, DJe 26/08/2020), a Corte Especial decidiu que a exceção contida na primeira parte do art. 833, § 2º, do CPC/15 é exclusivamente em relação às prestações alimentícias, independentemente de sua origem, isto é, oriundas de relações familiares, responsabilidade civil, convenção ou legado, não se estendendo às verbas remuneratórias em geral, dentre as quais se incluem os honorários advocatícios.

5. Registrou-se, naquela ocasião, todavia, que, na interpretação da própria regra geral (art. 649, IV, do CPC/73, correspondente ao art. 833, IV, do CPC/15), a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a impenhorabilidade de salários pode ser excepcionada quando for preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família (EResp 1582475/MG, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018).

6. Assim, embora não se possa admitir, em abstrato, a penhora de salário com base no § 2º do art. 833 do CPC/15, é possível determinar a constrição, à luz da interpretação dada ao art. 833, IV, do CPC/15, quando, concretamente, ficar demonstrado nos autos que tal medida não compromete a subsistência digna do devedor e sua família.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido (STJ, 2020, grifo nosso).

Da ementa extrai-se que não há possibilidade de penhorar o salário para pagamento de honorários advocatícios, com base no artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil, haja vista tratarem-se de alimentos decorrentes exclusivamente das relações familiares, responsabilidade civil, convenção ou legado.

Porém, a Sra. Ministra relatora Nancy Andrighi (STJ, 2020), afirma que a impenhorabilidade de salários pode ser excepcionada quando for preservado

percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família, com base na interpretação do artigo 833, IV, do Código de Processo Civil.

Assim, a penhora de verba salarial é possível e deve ser criteriosa, em atenta análise da situação concreta, não podendo desprezar circunstâncias peculiares que impactam sobre a renda do executado.

Mais, a jurisprudência já vinha se posicionando no sentido de ser possível a penhora do soldo para pagamento de honorários advocatícios, tendo a nova interpretação trazido uma mudança radical à legislação processual civil, e gerando consequências indesejáveis para os advogados (Recurso Especial n. 1.815.055/SP).

Conquanto, apesar do posicionamento crítico à forma como se deu a resolução do julgamento, a tese aprofundou o estudo da excepcionalidade da norma do §2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, para conceituar os termos “verba de natureza alimentar” e “prestação alimentícia”.

5 CONCLUSÃO

A penhora do salário para pagamento de honorários advocatícios é um tema que gera muita discussão, já que há direitos colidentes, como a dignidade do credor e o direito à vida, geralmente, adotar-se-á aquele de maior vulnerabilidade.

Em meio à complexidade do assunto, o Superior Tribunal de Justiça após quase um ano da proclamação parcial de julgamento decidiu em não prover o Recurso Especial n. 1.815.055/SP, conforme explanado.

Ademais, é importante frisar que a conceituação distintiva de “verba de natureza alimentar” e “prestação alimentícia”, trouxe uma verdadeira reviravolta na jurisprudência que até então vinha sendo adotada pelos tribunais.

Por óbvio, a lógica da lei ao inadmitir a penhora do salário é de certo modo o de não garantir os honorários, que são fundamentais ao sustento do profissional.

Segundo se depreende do caso concreto, entre o processo de conhecimento que se iniciou em 4 de setembro de 2013 (petição inicial), e o cumprimento da sentença houve uma duração aproximada de quase 7 anos, com desígnio de diversas atribuições conferidas ao advogado.

Mais, no decorrer desse período é perfeitamente admissível afirmar haver custas profissionais para dar o correto andamento processual. Assim, é preocupante o desprestígio do advogado no exercício de suas atribuições, conferidas pelo artigo 133 da Constituição Federal; e artigo 2º da Lei n. 8.906/1994).

Por conseguinte, a respeitável decisão aprofundou grandemente o assunto por meio de pesquisa em diversos julgados, doutrinas e histórico da penhora do salário relacionado aos alimentos, analisando as experiências jurídicas e a problemática anterior e atual da vida em sociedade.

Todavia, o assunto novamente foi apreciado no Recurso Especial n. 1.806.438/Distrito Federal, em que se decidiu pela possibilidade de penhora do salário desde que não haja comprometimento da sobrevivência do devedor e de sua família, nos termos do artigo 833, IV, do Código de Processo Civil.

Assim, conclui-se que apesar de haver restrições à penhora do salário como ressaltado no decorrer do trabalho, é perfeitamente cabível a relativização para pagamento dos honorários advocatícios, dado que estes também são essenciais à dignidade humana.

Dessa maneira, o pedido de penhora do advogado deverá ser atendido se provado que isso não ofenderá a subsistência do executado. Salienta-se que este é um importante respaldo jurídico para o patrono receber os honorários sucumbenciais fixados a seu favor.

Por fim, a garantia da eficácia jurídica dos direitos baseados na dignidade humana requer um olhar cuidadoso para os proventos do advogado, já que estes são imprescindíveis à autonomia da vontade, e consequentemente, a liberdade do indivíduo em sentido positivo.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, M. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana na relação de trabalho do presidiário em regime fechado, opinião da comunidade acadêmica de São Paulo**: PUC-SP, Damásio/turma examinadora da OAB-Direito constitucional e Feesp. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/-bibliotecadigital/DominioPublico/1039904/pdf/1039904.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869-impressao.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 3 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/cfi/6/10!/4/8/2@0:0>. Acesso em: 28 set. 2020.

CHAVES, L. C. S.; FERRAZ, E. S. **O processo civil moderno**: em homenagem ao professor Raimundo Cândido Júnior. Brasília: OAB, 2017. Disponível em: <https://www.oab.org.br/biblioteca-digital/publicacoes/7#modal-publicacao>. Acesso em: 24 mar. 2020.

CNJ. **Sisbajud Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>. Acesso em: 2 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Regulamento geral do estatuto da advocacia e da OAB. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004095>. Acesso em: 7 maio 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução nº 02/2015, de 19 de outubro de 2015**: Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/cfi/667!/4/4@0:00:14.5>. Acesso em: 23 set. 2020.

STJ. **Agravo interno no recurso especial**. REsp 1732927/DF 2018/00736124. Relator: Ministro Raul Araújo. DJ: 22/03/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/689293854/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1732927-df-2018-0073612-4/certidao-de-julgamento-689293876?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 abr. 2020.

STJ. **REsp nº 1.806.438/DF (2019/0089813-6)**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 13/10/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/3a-turma-salario-penhoravel-pagar.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.

STJ. REsp nº 1.815.055/SP (2019/0141237-8). Relator: Ministra Nancy Andrihgi. DJ: 03/08/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100485594&num_registro=201901412378&data=20200826&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 6 jul. 2020.

STF. **Súmula vinculante nº 47, de 2 de junho de 2015**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menu_Sumario.asp?sumula=2504. Acesso em: 3 maio 2020.

TARTUCE, F. **O Novo CPC e o direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968823/cfi/6/34/4/4@0:61.5>. Acesso em: 22 set. 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. **Código de Processo Civil anotado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984878/cfi/6/44/4/2950/2@0:0>. Acesso em: 22 set. 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. **Código de Processo Civil anotado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990268/cfi/6/42/4/2908@0:75.6>. Acesso em: 22 set. 2020.

