

ANAIS
VI SEMANA ACADÊMICA DE DIREITO DA
UNIVILLE - SADU
2021



COMISSÃO CIENTÍFICA

Presidente: Profa. Ma. Janaína Silveira Soares Madeira – Direito Univille

Vice-Presidente: Prof. Dr. Waldemar Moreno Junior – Direito Univille

Membros: Prof. Esp. Anna Lethicia dos Santos

Profa. Ms. Beatriz Regina Branca

Prof. Ms. Carlos Alberto Hartwig

Prof. Dr. Claudio Melquiades Medeiros

Prof. Esp. Daniel de Oliveira

Prof. Ms. Décio Luiz Otero Júnior

Profa. Dra. Fernanda Brandão Lapa

Prof. Dr. Frederico Wellington Jorge

Profa. Dra. Ilanil Coelho

Prof. Ms. José Edilson da Cunha Fontenelle Neto

Prof. Ms. João Fábio Fontoura

Profa. Ma. Katja Elizabeth Fuxreiter

Profa. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso

Prof. Dr. Nestor Castilho Gomes

Profa. Dra. Patrícia de Oliveira Areas

Profa. Dra. Sirlei de Souza

ISBN 978-65-87142-38-8

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da Univille

S471a Semana Acadêmica de Direito da Univille (6. : 2021 : Joinville, SC) Anais VI Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU 2021 / [organização] Janaína Silveira Soares Madeira, Waldemar Moreno Junior . – Joinville, SC : Editora Univille, 2022.

184 p.

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Direito penal. 4. Direitos humanos. 5. Direito do trabalho. 6. Direito previdenciário. 7. Direito constitucional. 8. Direito de família. I. Madeira, Janaína Silveira Soares (org.). II. Moreno Junior, Waldemar (org.). III. Título

CDD 340

Elaborada por: Ana Paula Blaskovski Kuchnir – CRB 14/1401

O conteúdo destes Anais é de exclusiva responsabilidade dos(as) seus(uas) autores(as).

APRESENTAÇÃO

A VI Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU foi um evento realizado entre os dias 26 e 28 de outubro de 2021, consolidando o projeto de aproximação do corpo discente e docente dos pilares universitários: o ensino, a pesquisa e a extensão. Ainda sob os reflexos da pandemia (COVID-19), a SADU ocorreu de forma virtualizada, com palestras de professores/pesquisadores renomados nacionalmente, oferta de minicursos, com abordagens jurídicas contemporâneas exteriores ao universo da sala de aula e apresentação oral e escrita de trabalhos científicos nos Grupos de Trabalho, realizados na plataforma do canal da Univille no Youtube e pelo Microsoft Teams. Nesta edição se fortaleceu a ideia de que avanço dos adventos tecnológicos digitais, o acesso, aperfeiçoamento e a popularização das ferramentas digitais, vem projetando no ordenamento jurídico uma transformação e mutação de sentidos. Dessa forma, essa onda transformadora, exige um novo perfil do profissional do direito, que necessita interagir no mundo jurídico/digital, o que vem sendo perseguido na formação jurídica atual. Frente a isso, a temática escolhida para a SADU 2021 foi: DEMOCRATIZAÇÃO NA ERA DIGITAL, tendo sido uma oportunidade de troca de experiências, inovação pedagógica, informações de pesquisas e, como desfecho final, nestes ANAIS encontra-se parte dos resultados de uma semana de iniciação científica comprometida com os desafios da educação jurídica na era da transformação. Agradecemos a todos os participantes que fizeram da VI SADU uma oportunidade única de encontros especiais para o Curso de Direito da Univille, que mesmo apesar das dificuldades e da forma virtualizada, conseguiu realizar a sua tradicional semana jurídica com qualidade e inovação.

Professora. Ma. Janaína Silveira Soares Madeira

Prof. Dr. Waldemar Moreno Junior

Presidente e Vice-Presidente da Comissão Científica

SUMÁRIO

GRUPO DE TRABALHO: EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL.....	05
IMIGRAÇÃO HAITIANA: A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO CATALISADORA DE PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	06
<i>Adriano Borges, Sirlei de Souza e Jonathan Prateat</i>	
O CONFLITO ENTRE A UNIVERSALIZAÇÃO DA MORADIA DIGNA E O ART. 4º INC I DA LEI MUNICIPAL Nº 8.800/2019 DE JOINVILLE-SC.....	21
<i>Albano Francisco Schmidt, Eliandro Jaques Gonçalves e Sthefanny Salvatore</i>	
O AGRAVAMENTO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19.....	39
<i>Enzo Cardoso Tavares e Sirlei de Souza</i>	
FUNDAÇÃO PALMARES: O DESMONTE COMO AÇÃO DO RACISMO ESTRUTURAL.....	49
<i>Juliana Cristina Kolombesky da Silva, Sirlei de Souza e Jonathan Prateat</i>	
GRUPO DE TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO.....	57
CONTRATO AUTÔNOMO NO DIREITO DO TRABALHO.....	58
<i>Julia de Oliveira Bambinetti e Janaína Silveira Soares Madeira</i>	
GRUPO DE TRABALHO: CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA.....	68
O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NA OBRA DE ROBERT POST E REVA SIEGEL E SUA PERTINÊNCIA NO DEBATE JURÍDICO BRASILEIRO.....	69
<i>Fernanda Beda Siedschlag e Nestor Castilho Gomes</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO CASO DA COVID-19	85
<i>Juliana Tomaselli e Wilson Furtado</i>	
GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS CULTURAIS, CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA SOCIAL.....	104
PATRIMÔNIO ALIMENTAR, ALIMENTAÇÃO E CULTURA: O IMPACTO DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS EM COMUNIDADES TRADICIONAIS.....	105
<i>Fabiana Lopes Olinger e Luana de Carvalho da Silva Gusso</i>	
GRUPO DE TRABALHO: DIREITO, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO.....	116
A INFLUÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS SOB AS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS REALIZADAS COM A UNIÃO EUROPEIA.....	117
<i>Gabriel Luis Silveira e Victor Antonio Cecyn</i>	
BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA E O GRADUAL AUMENTO DE DANOS AMBIENTAIS.....	130
<i>Gabriela Martins Muniz</i>	
GRUPO DE TRABALHO: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.....	148
OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA COMARCA DE JOINVILLE – SC	149
<i>Emanuelle Kuriqui Alberini, Gabriel Uhlmann, Karen Mariana Diniz Sela Eleuterio, Karoline Moraes Damasceno, Sabrina Marquardt e Beatriz Regina Branco</i>	
PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A GARANTIA DA ENTREGA DA OBRA.....	169
<i>Marli Maria Pelisser Nicolao e Claudio Melquiades Medeiros</i>	

GRUPO DE TRABALHO: EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL

IMIGRAÇÃO HAITIANA, UM ESTUDO DE CASO: A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NA PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Adriano Borges¹
Sirlei de Souza²
Jonathan Prateat³

RESUMO: O presente estudo está vinculado ao Programa Institucional de Pesquisa em Comunicação da Universidade da Região de Joinville (Univille), e ao projeto denominado “Comunicação inclusiva: O olhar do imigrante haitiano na construção de conteúdo em redes sociais”, com duração de março de 2020 até fevereiro de 2023. A pesquisa desenvolve-se na perspectiva da discussão global sobre os atuais fluxos migratórios e os atos comunicacionais produzidos pelos imigrantes, especialmente nas redes sociais como forma de construção de espaços para grupos de solidariedade e de socialização de suas experiências, ou ainda, como espaços para narrar a si mesmo. A presente comunicação levanta a questão de como imigrantes haitianos utilizam as redes sociais e produzem conteúdos de promoção de direitos humanos. Com o objetivo de analisar a rede social como um instrumento de engajamento e empoderamento do imigrante, estão sendo realizadas análises de perfis de imigrantes no ambiente virtual e entrevistas semiestruturadas. O Projeto foi aprovado pelo Comitê de Ética, em 06/08/2020 sob o número do CAAE: 33719620.0.0000.5366, baseando-se na metodologia qualitativa. No total do projeto serão realizadas cinquenta entrevistas, especialmente para essa oportunidade, foi realizado um estudo de caso da página no Instagram “Preto Joinville” e da entrevista concedida pelo administrador da mesma ao projeto de pesquisa. Pelos resultados parciais é possível perceber que a análise dos espaços virtuais ocupados pelos imigrantes tornou-se importante para melhor compreensão do modo de viver dos imigrantes na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Imigrantes Haitianos; Direitos Humanos; Comunicação.

INTRODUÇÃO

Os processos migratórios são a base da formação da sociedade brasileira desde os tempos do Brasil colônia, com a colonização por imigrantes europeus e a vinda de pessoas escravizadas do continente africano. Nos dias atuais há uma concepção muito diferente de sociedade, cultura e imigração. As relações estabelecidas entre diferentes culturas interligadas são fundamentais para o estabelecimento do multiculturalismo no território brasileiro.

¹ Acadêmico do Segundo Semestre de Direito da Univille – Joinville. E-mail: adri_borgess@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3454402338347129>.

² Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille) nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Coordenadora do Curso de Direito da Univille de São Francisco do Sul. Doutora em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9958226369659395>. E-mail:

³ Professor adjunto da Universidade da Região de Joinville (Univille), em Santa Catarina no Brasil. Docente nos cursos de graduação em Design e Publicidade e Propaganda. Mestre em Design e Expressão Gráfica pela UFSC e Doutorando em Tecnologia e Sociedade pela UTFPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0313114890310260>. E-mail: jonathanprateat@gmail.com

As tecnologias da informação e comunicação – TIC's tiveram grande ascensão nas últimas décadas devido ao desenvolvimento tecnológico e sua popularização mundo a fora, hoje estas vem sendo utilizadas além da sua função de comunicação, como um espaço de luta por direitos coletivos e individuais. Na trajetória da imigração haitiana no Brasil, as mídias eletrônicas têm sido apropriadas em diferentes processos de informação desde a decisão sobre o local de destino, a participação dos imigrantes na sociedade brasileira até suas interações com familiares e amigos que ainda permanecem nos países de origem. Além de todas as funções anteriormente citadas as redes webdiaspóricas envolvem debates acerca de educação, saúde, moradia, alimentação e segurança pública, temas importantes que fazem parte do cenário nacional e mundial. Trabalhos como da autora Camila Escudero e do autor Mohammed ElHajji trazem um suporte teórico para se estudar as interações e o uso das redes webdiásporas na luta por direitos e igualdade do imigrante haitiano (ESCUDERO; ELHAJJI, 2016).

A cidade de Joinville destaca-se no mapa da migração haitiana no Brasil, localizada no estado de Santa Catarina, sul do país, atualmente segundo dados do IBGE possui 605.000 habitantes (2021), dentre esses os imigrantes haitianos. No período de 2012 a 2016 a cidade recebeu 2280 imigrantes sendo caracterizada como um dos principais destinos dos haitianos no sul do país, isso se deve aos grandes polos industriais nela situados (ROLDÃO; SOUZA, 2019, SOUZA, 2019a; SOUZA 2019b).

Diante de todos os fatores relacionados à migração de estrangeiros no Brasil, a legislação teve de ser reescrita para melhorar o atendimento ao imigrante. Com a ascensão do novo governo em 2018 representante do conservadorismo, houve retrocessos nos avanços conquistados em relação à vinda e permanência no Brasil (SOUZA, 2019). No território brasileiro a Lei de Migração nº 13.445 de 24 de maio de 2017, teve um avanço como marco legal visando a ênfase na garantia dos direitos das pessoas imigrantes, tanto para estrangeiros que chegam aqui, quanto aos brasileiros que vivem no exterior. (BRASIL, 2017; OLIVEIRA, 2017).

Os direitos apresentados na lei nº13.445 garantem ao imigrante uma condição de vida justa e igualitária como os demais membros da sociedade, o Brasil com esse novo marco na legislação migratória passa a ter uma legislação moderna, que

acompanha a evolução e ampliação dos direitos humanos do mesmo modo em outros países que convivem com grandes fluxos migratórios (GUERRA, 2017, p. 5).

Para o presente trabalho foi realizado um estudo de caso, tendo como base a entrevista realizada com um imigrante haitiano que compartilhou sua história de vida, ele conta como é a realidade do imigrante no Brasil, como utiliza as redes sociais para a promoção e conhecimento de conteúdos relacionados à cultura haitiana e, ainda como mantém relações com sua terra natal por meio de desenvolvimento de projetos que ajudam famílias e crianças em vulnerabilidade no Haiti.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Processos migratórios no Brasil

A história da imigração no Brasil inicia-se com os portugueses devido à implantação de lavouras em grande escala para exportação de produtos, estes fatores marcam o período colonial brasileiro com a chegada de africanos escravizados, este movimento migratório forçado teve duração de três séculos e obrigou a migração de cerca de cinco milhões de seres humanos para serem escravizados. (PATARRA; FERNANDES, 2011).

Para Sayad (1998, p. 105), “(...) a imigração é um sistema, porque é dotada de uma lógica própria, porque tem seus efeitos e suas causas próprias, bem como suas condições quase autônomas de funcionamento e de perpetuação”.

Até 2018, as imigrações que ganhavam maior destaque na sociedade brasileira eram de haitianos, o “fluxo migratório de haitianos para o Brasil que iniciou-se de forma tímida, após o tremor de 2010, porém intensificou-se no final de 2011 e começo de 2012” (MORAES, 2013, pg. 6).

Estima-se que, neste período, cerca de 4.000 imigrantes haitianos, segundo dados do Ministério da Justiça – MJ, entraram ilegalmente no país. Os haitianos adentraram principalmente pelas fronteiras do Acre e do Amazonas, mas há rotas nos estados de Roraima, Mato Grosso e Amapá (MORAES, 2013, pg. 6).

Conforme relatório anual de 2019 do resumo executivo, foram registrados no Brasil, entre 2011 e 2018 106,1 mil imigrantes haitianos no Brasil, representando um total de 21,6% dos imigrantes em nosso país. Segundo dados do Sistema de Registro Nacional Migratório (Sismigra), divulgados pela prefeitura de Joinville, em março de 2021, Joinville contava com 3500 imigrantes haitianos.

Com o avanço dos anos, os processos migratórios de haitianos se tornaram mais frequentes com o destino sendo o Brasil, inúmeros fatores influenciam essa tomada de decisão, como a crise política e humanitária, escassez de comida e altas taxas de marginalidade. O Haiti apresenta instabilidades político-sociais a mais de uma década, logo buscar refúgio em um local desconhecido vem sendo uma alternativa de sobrevivência. Para acolhimento desses imigrantes, o Estado Brasileiro adotou o Visto Humanitário e não a condição de refugiados (BAENINGER; PERES, 2017; MALAÃES, 2020).

A possibilidade de trabalho no Brasil, torna-se um fator preponderante para os imigrantes haitianos escolherem seu destino final o país, pois com os recursos oriundos do trabalho possibilitam, por exemplo, “o envio regular de remessas de dinheiro ao país de origem ou a familiares que se encontram em outros países em situação de necessidade” (ALMEIDA; COGO, 2018, p. 5). Desta forma, este fluxo migratório se torna constante pela busca de melhores condições de vida. Salienta-se que os haitianos que procuram o Brasil para reconstruírem suas vidas, em sua maioria, possuem algum grau de qualificação profissional, muitos possuem curso técnico, curso superior e falam até três idiomas (MORAES, 2013; COGO, 2020).

2.2 A utilização das Redes Sociais como promotoras de conteúdo nas áreas de direitos humanos e cultura

Nas últimas duas décadas as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) e a internet especialmente, tem grande destaque com a produção e circulação de informações. Se tratando de processos migratórios, as principais informações disponíveis online são sobre a realidade desses fluxos. Em dias atuais o conteúdo disponibilizado nas redes sociais e blogs permitem acesso às informações para imigrantes, além de disponibilizar fóruns de participação e aproximação entre cidadãos do mesmo país (ESCUDERO, ELHAJJI, 2020, MAGALHÃES, 2020).

Segundo ElHajji e Escudero (2016, p. 4),

A web vem sendo, assim, utilizada como um espaço de reordenamento de experiências e práticas sociais e subjetivas dos imigrantes e comunidades diaspóricas. Com a valoração social, econômica e política das TICs e a sua entronização enquanto princípio organizador da contemporaneidade, as relações sociais e de produção são, cada vez mais, regidas por instâncias desprovidas da dimensão material espacial e inscritas na temporalidade vácuca de uma difusão instantânea.

O reordenamento de experiências e práticas sociais citados pelos autores, fazem referência à troca de conhecimentos entre imigrantes por meio de redes sociais, nas quais o processo ocorre em tempo real. O conceito de diáspora hoje é admitido para traduzir a realidade social, cultural e política de “qualquer pessoa ou população étnica que abandona a pátria tradicional da sua etnia, estando dispersa por outras partes do mundo” (ELHAJJI; ESCUDERO, 2016, p. 6). Com o aumento do poder da internet no fim da década de 1990, o tema da diáspora incentivou o desenvolvimento de uma grande literatura voltada para relações estabelecidas pelas comunidades imigrantes, com o uso das TIC's, o que configura um novo conceito a webdiáspora (ELHAJJI; ESCUDERO, 2016).

O mundo está cada vez mais conectado, logo ressalta-se “a importância da mídia comunitária imigrante, ela está intimamente ligada à chegada e ao estabelecimento de um grupo de imigrantes num novo território” (ESCUDERO; ELHAJJI, 2021, p. 6). Diante desta nova formação territorial do grupo de imigrantes não há como ignorar o papel da webdiáspora na manutenção de memórias e culturas da sua terra, as quais são compartilhadas por meio de blogs, grupos no aplicativo WhatsApp e páginas da internet, caracterizando a identidade desse grupo nas plataformas digitais e fora delas. Segundo os autores:

A comunicação wediaaspórica contempla formas midiáticas autodefinidas pela participação voluntária de sujeitos marcados por processos de deslocamento que se juntam ao coletivo fazendo uso da diversidade virtual e mobilidade digital como recurso para interação e compartilhamento social. (ESCUDERO; ELHAJJI, 2021, p. 4)

As condições de vida menos favoráveis presentes no Haiti, devido a política adotada pelo governo, a pobreza, as condições após o desastre natural e a marginalidade, estimulam o processo migratório para o Brasil. O imigrante busca uma melhor qualidade de vida, digna para atender suas necessidades de sobrevivência, buscando adquirir seus direitos básicos como saúde, educação, alimentação e moradia

em outra nacionalidade. É certo que os direitos humanos conquistaram seu lugar na comunidade internacional desde quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi homologada em 1948, mais ainda hoje são desrespeitados mundo a fora (ESCUDERO, 2019).

O uso de redes sociais vem se mostrando como uma importante forma de divulgação, estabelecimento e comunicação entre pessoas e seus direitos individuais e coletivos, em que o acesso à informação instantânea facilita muito o conhecimento dos direitos do cidadão. Os imigrantes recém-chegados ao país, por exemplo, ainda não sabem seus direitos perante a legislação da nova terra, mas com o auxílio das redes de comunicação webdiaspóricas, ocorre a popularização do conhecimento dos seus direitos como cidadão, por meio da troca de experiências com demais imigrantes que já se encontram instalados no país (ESCUDERO, 2019; SATO, 2016; FERREIRA, 2016). Diante de todos esses fatores é inegável a importância da webdiáspora no fortalecimento da identidade e cidadania do imigrante como um sujeito de direitos

Por outro lado, é importante registrar que muitos imigrantes encontram apoio também em igrejas com as chamadas Pastorais do Imigrante, estas “colocam em circulação informações sobre oferta de trabalho e disponibilidade de serviços oferecidos por organizações não governamentais” (SILVA, 2020). Souza (2019), relata que a sociabilidade do imigrante no novo local de sua residência é construída em torno de: “religiosidades, lazeres, organização política, amizades, laços familiares. Tais redes suportam suas vivências e contornam muitas vezes as violências que sofre e sente, marcando sua condição de provisoriedade e sua história de imigração” (SOUZA, 2019, p.57).

3 Estudo de caso: “Preto Joinville”, imigrante haitiano no Brasil produzindo conteúdo via redes sociais.

Em busca de melhor compreender a vivência imigrante e as formas de utilização das redes sociais, foi analisada para essa comunicação a entrevista H⁴, JWCV, os relatos apresentam aspectos importantes relacionados a sua formação e atuação

⁴ Entrevista realizada online, pela plataforma Microsoft Teams, em 31/08/2021, às 09:00 horas – com a duração de uma hora. Os entrevistadores foram Adriano Borges e Kawanna Alano Soares. O entrevistado tem 28 anos, é natural do HAITI e migrou para o Brasil em 2017. Sua rede social analisada foi o Instagram intitulado Preto Joinville.

profissional, o processo migratório até chegar à Joinville e como utiliza as redes sociais para exaltar a sua cultura e promover os direitos humanos. Ele mantém contato direto com o Haiti por meio de seus familiares e amigos que permaneceram no país, com a ajuda dessas pessoas ele tem projetos sociais de auxílio, e cita:

Lá no Haiti temos um projeto para atendimento de crianças o qual hoje está sendo disponibilizado para 350 crianças, que conta com distribuição de kits escolares e alimentos aos familiares, vim pra cá buscando novas pessoas para ajudar nosso projeto. (Entrevista H concedida aos autores, 2021)

A página “Preto Joinville”, criada pelo entrevistado JWCV, vai além de um simples nome, mas ganha um significado revolucionário e político, em uma cidade onde a maioria dos seus moradores orgulha-se em ter seus antepassados alemães, suíços, noruegueses e açorianos, esquecendo-se que a presença do negro em Joinville é anterior a chegada dos europeus na cidade, Coelho (2010. p.55), afirma que:

A presença dos negros em Joinville remonta aos anos anteriores à imigração europeia para a região no século XIX. Com base no trabalho de Denize Aparecida da Silva, é possível verificar como os negros foram de extrema importância para a produção nos engenhos de farinha de mandioca na região que englobava, na época, São Francisco do Sul e Joinville. Além disso, tal estudo, ao permitir conhecer as sociabilidades presentes nesse processo, combate a invisibilidade negra na região e o menosprezo a um passado que desconstrói a ideia de Joinville como desdobramento natural da saga imigrante europeia.

Em sua página, “Preto Joinville”, na descrição da biografia ele destaca seu objetivo: “Exaltar a beleza negra Joinville”, diz “eu tenho uma página no *Instagram* que tem como objetivo exaltar a beleza negra aqui em Joinville, não importa a nacionalidade, se haitianos ou brasileiros, todos que são negros podem participar”. Entrevista H concedida aos autores, 2021). Tal fala remete a vontade de disseminar o orgulho de ser negro.

Nas postagens é possível observar a participação de vários homens e mulheres negras que enviam suas fotos para a página, sejam haitianos ou brasileiros que vivem em nossa cidade. Além de valorizar a beleza do negro, a página conta com postagens, entre outras temas, de reflexões sobre o dia da consciência negra, questões políticas nacionais envolvendo a população negra fazendo uma crítica aos que não estudaram a história do Brasil e votam em partidos da elite, fazendo uma comparação com as elites escravistas que dominaram a política brasileira por muitos séculos.

Quando questionado sobre seu processo de imigração relatou que veio para o Brasil de avião, fazendo uma escala no Panamá, chegando em seguida na cidade de São Paulo. Em contrapartida, os motivadores para escolher a cidade de sua residência, preferiu por Joinville devido a uma prima já residir na cidade.

Quando questionado se havia sofrido algum tipo de preconceito, seja pela sua nacionalidade ou etnia, ele relata:

O que mais me marcou nesses 4 anos no Brasil foi um ato de preconceito comigo numa casa de eventos onde era liberado o uso de máscaras para clientes em mesas, um segurança veio até mim e pediu para que eu colocasse minha máscara, sendo que outras 30 pessoas ao meu redor estavam sem o uso. Mas eu disse assim: como você pediu a mim deve pedir aos demais clientes, neste momento o segurança me deu um empurrão no peito e eu fui para minha casa, e fiz um B.O. sobre o caso. (Entrevista H concedida aos autores, 2021).

Com base nessa declaração, pode-se notar o preconceito presente na sociedade joinvillense, preconceito que se tornou estrutural no país. Na sequência da entrevista o imigrante demonstra uma grande capacidade de resiliência diante da realidade e diz “No momento não pretendo sair de Joinville vou continuar aqui, ela é uma cidade legal e tranquila, gosto de viver aqui”.

Como forma de resistir ao preconceito nos perfis administrados pelo entrevistado JWCV são promovidas campanhas de valorização de sua cultura, mas além disso usa estas redes sociais como forma de fazer o bem sempre envolvendo-se em campanhas de auxílio com afim de arrecadar brinquedos, material escolar e alimentos para doação aos mais necessitados. Ainda sobre o uso da sua rede social *Instagram* ele cita:

Como estou há um bom tempo em Joinville, eu utilizo meu Instagram como forma de comunicação com pessoas que estão no Haiti, em lives batemos papo para encaminhá-los até um lugar certo aqui no Brasil. Os haitianos que eu conheço no Brasil, conheci no trabalho ou na igreja, e ajudo eles a conseguirem os documentos aqui indicando a ida à Polícia Federal. Com meus amigos e familiares no Haiti eu converso todo dia por WhatsApp (Entrevista H concedida aos autores, 2021).

Destaca-se nessa fala que ele pretende continuar ajudando outros imigrantes por meio das redes sociais, a representatividade deste cidadão toma proporções para além das fronteiras de um país, ela serve de apoio a centenas e até milhares de seguidores que sonham em fazer a imigração para o Brasil, mas que ainda não possuem o conhecimento suficiente para iniciar a jornada. O Entrevistado H, JWCV,

ainda conta que mantém contato com haitianos ao redor de todo o mundo:

Eu criei uma plataforma de comunicação entre haitianos não só para quem mora no Haiti, mas para os que estão no Canadá, Estados Unidos e todos os outros países que têm haitianos, pois o Instagram permite que pessoas do mundo todo se conectem e troquem informações. Assim, como eu dou informações outras pessoas em outros países pelas *lives* dão informações sobre o país no qual resolveram morar. Faço sempre as *lives* no sábado e domingo, a velocidade do *Instagram* para comunicação e transmissão é maior que em outras redes sociais facilitando ainda mais a comunicação. Meu canal no Youtube utilizo para postar meus vídeos, músicas pois eu faço música aqui no Brasil. (Entrevista H concedida aos autores, 2021)

O fato dele querer permanecer no país, remeta a possibilidade de ter sido bem acolhido no local onde mora. Compartilhar suas experiências exitosas faz com que ele se torne um incentivador na promoção de direitos humanos dos imigrantes no país, além de mostrar caminhos e dar as informações necessárias para outras pessoas que desejam iniciar essa jornada para o Brasil e outros países.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo migratório faz parte da história do Brasil, desde então os imigrantes vem fazendo desta terra sua casa e estabelecem relações com outras culturas presentes no mesmo território. Atualmente a imigração haitiana chama a atenção, pois milhares de pessoas anualmente deixam para trás o Haiti devido aos problemas sociais e econômicos que enfrentam. E, conforme dados obtidos em pesquisas, pode ser vislumbrado o grande número de imigrantes que escolhem o Brasil como seu destino final, depois de enfrentarem uma longa jornada com as mais diversas condições de viagem e estadia.

As TIC's impulsionaram a facilidade de comunicação entre o mundo, hoje as redes sociais vêm sendo utilizadas com caráter político e de empoderamento como, por exemplo, a questão dos direitos humanos e como incentivadoras para quem deseja iniciar o processo migratório, esse novo processo de comunicação ficou conhecido em dias atuais como *wediásporas*.

As redes de comunicação *webdiásporas* vem recebendo destaque na propagação do conhecimento referente a saúde, educação, moradia e alimentação. Reconhecendo-se os imigrantes produtores de conteúdo, como o Entrevistado H, JWCV, que alimenta esse meio de comunicação relatando experiências de viagem e

de aprendizagem cultural, como impulsionadores para que novas migrações aconteçam e como espaços de resistência frente aos preconceitos e dificuldades sofridas como imigrantes negros.

A rede de auxílio disponibilizada por ele e outros produtores de conteúdo abrangem temas desde a saída do Haiti, a nova moradia no país de destino, obtenção de documentação e campanhas para arrecadação de alimentos, brinquedos e materiais escolares buscando por essas estratégias, desenvolver uma rede de solidariedade que ultrapassa fronteiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cristovão Domingos; COGO, Denise Maria. Imigração haitiana na cidade de São Paulo: comunicação e consumo de mídias no mundo do trabalho. **Revista Comunicação Midiática**, v. 13, n. 1, p. 94-109, 2018. Disponível em: <<https://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/CM/article/view/12>>. Acesso em: 04 de out.de 2021.

BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta. Migração de crise: a migração haitiana para o Brasil. **Revista Brasileira de estudos de População**, v. 34, p. 119-143, 2017. Disponível em: <<https://rebep.emnuvens.com.br/revista/article/view/887>>. Acesso em: 04 de out. de 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Lei 13.445**, de 24 de maio de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública / Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra 2019. Disponível em:< <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>>. Acesso em 10 de nov. 2021.

COELHO, Ilanil. **Pelas tramas de uma cidade migrante: Joinville, 1980-2010**. Tese (Doutorado em História Cultural) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94353/280240.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acessado em: 09 de nov. de 2021.

COGO, Denise. Haitianos no Brasil. Comunicação e interação em redes migratórias transnacionais. **Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicacion**, n. 125, p. 23-32, 2014. Disponível em: <<https://revistachasqui.org/index.php/chasqui/article/view/39>>. Acesso em: 05 de out. de 2021.

COGO, Denise; ALLES, Natália Ledur. Imigrantes haitianas no Brasil, usos de TICs e experiências de ativismo. **Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación**; v. 7, n. 13, p. 24-49, 2020. Disponível em: <<http://www.revistaec.eu/index.php/raec/article/view/223>>. Acesso em: 08 de out. de 2021.

DE MORAES, Isaias Albertin; ANDRADE, Carlos Alberto Alencar de; MATTOS, Beatriz Rodrigues Bessa. A imigração haitiana para o Brasil: causas e desafios. **Conjuntura Austral**, v. 4, n. 20, p. 95-114, 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ConjunturaAustral/article/view/35798>>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

SOUZA, Sirlei de. Uma análise da construção da multiterritorialidade: a imigração haitiana em Joinville (SC). **Comunicação & Sociedade**, v. 41, n. 2, 2019a.

SOUZA, Sirlei de. **Narrativas imigrantes**: tramas comunicacionais e tensões da imigração haitiana em Joinville (2010-2016). Tese de doutorado. Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019b.

ELHAJJI, Mohammed; ESCUDERO, Camila. Webdiáspora: Migrações, TICs e memória coletiva. **Revista Observatório**, v. 2, n. 5, p. 334-363, 2016. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/2401>>. Acesso em: 09 de out. de 2021.

ELHAJJI, Mohammed; PARAGUASSU, Fernanda. Infância e estrangeiridade: duas alteridades, a mesma minoridade. **Zero-a-Seis**, v. 23, n. 43, p. 399-419, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/zeroais/article/view/72762>>. Acesso em: 04 de nov. de 2021.

ESCUDERO, Camila. O "nos" e o "outro" no discurso midiático tradicional e comunitário sobre imigrantes: uma proposta de atualização a partir de Simmel e Park. **Estudios sobre el Mensaje Periodístico**, v. 27, n. 1, p. 85-94, 2021. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7913286>>. Acesso em: 30 de set. de 2021.

ESCUDERO, Camila. A voz da mulher imigrante no debate público sobre o 'Projeto pró-cesárea no SUS em São Paulo a partir da perspectiva da comunicação intercultural. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, v. 13, n. 4, 2019. Disponível em: <<https://www.reciis.iciict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/1850>>. Acesso em 10 de out. de 2021.

FERREIRA, Vera **A influência do acordo de cooperação Brasil-Haiti no processo migratório e na garantia de direitos humanos a imigrantes haitianos residentes em Cuiabá**. Dissertação (Mestrado em história) UFMT, Cuiabá, 2016. Disponível em: <<https://ri.ufmt.br/handle/1/635/simple-search?filterquery=Ferreira%2C+Vera&filtername=author&filtertype>equals>>. Acesso em: 11 de out. de 2021.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. BÓGUS, Lucia; TOURINHO Dulce. Imigração internacional em Cajamar: principais aspectos da presença haitiana na cidade à luz de Abdelmalek Sayad. **A Contemporaneidade do Pensamento de Abdelmalek Sayad**, v. 1, n.1, 2020. Disponível em: <<https://www.pucsp.br/educ/livro?id=536>>. Acesso em 01 de nov. de 2021.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 34, p. 171-179, 2017.

PATARRA, Neide; FERNANDES, Duval. Políticas públicas e migração internacional no Brasil. **Las Políticas Públicas sobre Migraciones y La Sociedad Civil en América Latina. São Paulo: Scalabrini International Migration Network**, p. 151-276, 2011. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/LasPoliticPublicasSobreMigraciones.pdf>>. Acesso em: 20 de out. de 2021.

SATO, Miki Takao; BARROS, Denise Dias. Cultura, mobilidade e direitos humanos: reflexões sobre terapia ocupacional social no contexto da política municipal para população migrante. **Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional**, v. 24, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://www.cadernosdeterapiaocupacional.ufscar.br/index.php/cadernos/article/view/1436>>. Acesso em: 18 de out. de 2021.

SAYAD, Abdelmalek. **Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Edusp, 1998. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ra/a/sszFthFcVCn5J9MNHM3Jqpj/?lang=pt>>. Acesso em 16 de out. de 2021.

SILVA, Maria. O que o migrante traz em sua bagagem? O que ele deixa para trás? **A Contemporaneidade do Pensamento de Abdelmalek Sayad**, v. 1, n.1, 2020. Disponível em: <https://www.pucsp.br/educ/downloads/Abdelmalek_Sayad.pdf>. Acesso em: 23 de out. de 2021.

BRASIL. Lei n o 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/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. [Constituição federal]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial: REsp 1159242/SP. Relatora: ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-04-24;1159242-1185550>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial: REsp 1331004/PR. Relator: ministro Paulo Tarso Sanseverino. Julgado em: 24/08/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800637102&dt_publicacao=28/08/2020. Acesso em 16 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016. PDF. 1250 p.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível, nº 995406. Relator: desembargador Cesar Laboissiere Loyola. Julgado em: 15/02/2017. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=995406&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=995406&numero=&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 06 nov. 2020.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2002. PDF. Paginação irregular.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**; São Paulo, Saraiva, 2017. PDF. Paginação irregular.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2017. PDF. Paginação irregular.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. v.6. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. PDF. Paginação irregular.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. PDF. 439 p.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. Virtual books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/cfi/6/10!/4/10/10@0:0>. Acesso em: 06 nov. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível, n. 0011549-89.2011.8.19.0204. Relator: desembargador Marcos Alcino De Azevedo Torres. julgado em: 26/02/2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385379795/apelacao-apl-115498920118190204-rio-de-janeiro-bangu-regional-3-vara-de-familia/inteiro-teor-385379801>. Acesso em: 22 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível, n. 0164144-54.2018.8.21.7000. Relator: desembargador Rui Portanova. Julgado em: 22/11/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652355993/apelacao-civel-ac-70077989325-rs/inteiro-teor-652356023>. Acesso em: 22 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível, n. 70052315843. Relator: desembargador João Batista Góes Ulysséa. Julgado em: 25/06/2014. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25206513/apelacao-civel-ac-20130078814-sc-2013007881-4-acordao-tjsc>. Acesso em: 22 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível, n. 1007470-56.2018.8.26.0286. Relator: desembargador Joaquim dos Santos. Julgado em: 16/06/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13654251&cdForo=0>. Acesso em: 22 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Virtual books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 22 set. 2020.

SOUZA, Bruna Alessandra Costa Rossi de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais para com os filhos**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1465/Responsabilidade+civil+por+abandono+afetivo+dos+pais+para+com+os+filhos>. Acesso em: 16 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. v.5. Rio de Janeiro, Forense, 2017. PDF. Paginação irregular.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+(1)). Acesso em: 16 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+>. Acesso em: 16 out. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de família**. virtual books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 17 out. 2020.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. Virtual Books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591743/cfi/61!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 22 set. 2020.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos princípios específicos do direito das famílias.** Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/615/A+import%C3%A2ncia+dos+Princ%C3%ADpios+Espec%C3%ADficos+do+Direito+das+Fam%C3%ADlias>. Acesso em: 16 out. 2020.

O CONFLITO ENTRE A UNIVERSALIZAÇÃO DA MORADIA DIGNA E O ART. 4º INC I DA LEI MUNICIPAL Nº 8.800/2019 DE JOINVILLE-SC

Albano Francisco Schmidt⁵
Eliandro Jaques Gonçalves⁶
Sthefanny Salvatore⁷

RESUMO: O presente artigo objetiva questionar as implicações trazidas pelo artigo 4º, inciso I, da Lei Municipal nº 8.800/2019, o qual traz a exigência de tempo mínimo de 2 anos de residência comprovada no município para o ingresso em programas habitacionais em Joinville. Em regra, as leis brasileiras que disciplinam a matéria dispõem apenas sobre as condições sociais do demandante à moradia, contudo, as últimas três leis do município de Joinville que disciplinaram a matéria mantiveram o critério temporal. Considerando que essa condição é uma aparente barreira à universalização do acesso à moradia digna, tendo em vista os altos índices de migrantes e imigrantes que a cidade recebe anualmente, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a legalidade desse requisito temporal e seus impactos na consolidação do direito à moradia. A pesquisa foi dividida em três partes: (i) Definição de Direito à Moradia e Políticas Públicas. (ii) Análise da constitucionalidade do critério que impõe tempo mínimo de residência fixa comprovada para ingresso no cadastro de programas habitacionais. (iii) Análise das implicações do dispositivo. Em suas considerações finais, a pesquisa identificou, prima facie, alguns aspectos negativos na análise da exigência estudada, uma vez que: a) estabelecer um critério que exclui um determinado grupo de pessoas de um direito constitucional é, por natureza, uma afronta ao princípio da igualdade perante a lei; b) as consequências desse método de seleção podem agravar ainda mais as desigualdades locais; c) por derradeiro, tendo em vista que cada cidadão quando inserido na dinâmica de uma cidade passa a contribuir para sua manutenção, através do pagamento de impostos e geração de serviços em prol do desenvolvimento local, aponta-se como razoável a substituição de um tempo mínimo de residência pela exigência do domicílio eleitoral, como contribuição para uma eventual alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direito à Moradia; Políticas Públicas; Universalização do Direito à Moradia.

INTRODUÇÃO

O direito à moradia está no rol de direitos fundamentais sociais expressos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Embora esse direito já esteja consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, sua universalização ainda está em processo de implementação plena.

A Constituição Federal de 1988 delega a tutela do direito à moradia digna à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, no entanto, as políticas de

⁵ Doutorando em Patrimônio Cultural Universidade da Região de Joinville – Univille. Professor de Direito Empresarial, Direito Internacional e Direitos Humanos na UNISOCIESC. E-mail: albano@arsadvogados.adv.br. Telefone: (47) 9-8806-1286. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9235015474185013>.

⁶ Graduando em Direito pela Universidade UNISOCIESC. E-mail: eliandroj@hotmail.com. Telefone: (47) 9975-7636. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7772516297127324>

⁷ Graduanda em Direito pela Universidade UNISOCIESC

desenvolvimento urbano são de responsabilidade dos municípios, que administram conforme as suas demandas. O Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida, disciplinado pela lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, é um programa nacional que, aliado a programas locais, é administrado pelas secretarias municipais. O direcionamento destes programas obedece a critérios nacionais regidos pela lei nº 11.977/09 e critérios locais estabelecidos pelos municípios.

Em regra, os requisitos estão relacionados a condições sociais do demandante a moradia, contudo identificou-se entre os critérios adotados pelo município de Joinville, por meio da Lei nº 8.800 de 2019, a exigência de tempo mínimo de residência fixa comprovada de dois anos. Essa condição é uma aparente barreira à universalização do acesso à moradia digna.

O presente artigo se propõe analisar a legalidade e as implicações desse requisito, dividindo-se em três partes: a) Definição de Direito à Moradia e Políticas Públicas e Universalização do direito à moradia como princípio norteador dos programas habitacionais b) a apresentação de uma análise da lei Lei nº 8.800, de 20 de dezembro de 2019, e também será abordado as possíveis origens desse critério e se buscará identificar quais são parcelas da sociedade mais afetadas pela exigência; c) por fim, a última parte discutirá a legalidade da adoção do critério temporal diante do princípio da igualdade perante a lei e seu impacto nos programas habitacionais que visam a universalização do direito à moradia.

1. UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH da Organização das Nações Unidas - ONU, deu um passo importante para a positivação do direito à moradia, quando, em seu artigo XXV, apresentou um rol de direitos sociais, econômicos e culturais, constando expressamente o direito à moradia que, apesar de não apresentar uma definição, serviu como base para os tratados subsequentes.

Posteriormente, durante a Conferência de Istambul do Programa ONU-Habitat, a ONU definiu a moradia digna como “aquela que oferece condições de vida sadia, com segurança, apresentando infraestrutura básica, como suprimento de água, saneamento básico e energia, e contando com a prestação eficiente de serviços públicos urbanos, tais como saúde, educação, transporte coletivo, coleta de lixo.”

No Brasil, a positivação do direito à moradia veio com a com o advento da emenda constitucional 26 de 2000, onde o direito à moradia é fixado de forma clara como direito social no artigo 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 2000, grifo nosso).

Nesse sentido, criou-se um arcabouço jurídico nacional que, embora tardiamente, reconhece o direito à moradia como fundamental para dignidade da pessoa humana, de modo que passaram a ser criados diversos dispositivos visando a universalização de tal direito, ou seja, objetivando que o direito à moradia digna atinja a todos.

No entanto, a positivação do direito não implica automaticamente na sua efetivação, mas sim no dever imposto ao Estado de buscar garanti-lo. Para um melhor entendimento a respeito da efetivação do direito à moradia é necessário distingui-lo de direito à habitação. De acordo com Souza (2012) o direito à moradia refere-se ao direito social atribuído no art. 6º da Constituição Federal e o direito à habitação é relativo ao bem imóvel, utilizado como instrumento para efetivação do direito à moradia. Segundo Soares (2016, p. 46)

O que se espera é que o Estado sob o princípio da proporcionalidade atue naqueles casos em que o indivíduo não é capaz de por si próprio prover o direito. O fato de todos terem direito à moradia, não significa que têm o direito de exigir do Estado um imóvel para morar, até porque o direito à moradia não guarda relação obrigatória com o direito de propriedade.

Portanto, se faz necessário esclarecer que para se ter a universalização do direito à moradia, o Estado não é obrigado a construir casas para todos, mas sim a possibilitar o acesso à moradia através de uma ação conjunta dos três poderes, criando leis que protejam os tutelados, julgando as demandas relacionadas a esse direito e, estabelecendo e administrando políticas públicas que visam a sua universalização.

Nessa toada, observa-se que os dispositivos que tratam questões de moradia, criados em âmbito nacional e estadual, assim como os dispositivos criados pelo Município de Joinville, possuem majoritariamente como objetivo a universalização do direito à moradia.

Da análise do Plano Nacional de Habitação, que tem como objetivo planejar as ações públicas num horizonte de 15 anos, visando formular uma estratégia que permita garantir uma moradia digna a cada cidadão brasileiro. tem-se que sua principal meta é “promover as condições de acesso à moradia digna – urbanizada e integrada à cidade – a todos os segmentos da população, em especial para a população de baixa renda” (BRASIL, 2010, p. 12).

De suma importância para análise aduzida é também o Estatuto da Cidade, que regulamenta o capítulo de política urbana da Constituição Federal. O Estatuto da Cidade apresenta como objetivo, em seu artigo 2º, inciso I, a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

No âmbito municipal, as leis e diretrizes administrativas que regem o município de Joinville, refletem os objetivos nacionais quanto à universalização do direito à moradia. A lei Orgânica do município em análise apresenta uma série de artigos que destacam o comprometimento com a universalização do direito à moradia, como na declaração de competências do artigo 5º, inciso IX, que dispõe: “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, podendo para tanto criar um fundo específico”. Ademais, em seu art. 171 estatui que o

Município promoverá, em consonância com sua política urbana e respeitadas as disposições do Plano Diretor, programas de habitação popular destinados a melhorar as condições de moradia da população carente do Município.

§ 2º Na promoção de seus programas de habitação popular, o Município deverá articular-se com os órgãos estaduais e federais competentes e, quando couber, estimular a iniciativa privada a contribuir para aumentar a oferta de moradias adequadas e compatíveis com a capacidade econômica da população.

Em consonância com a Lei Orgânica, tem-se o Plano Diretor de Joinville (Lei Complementar nº 261/2008), instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, o qual apresenta como objetivo principal a universalização do direito à moradia:

Art. 17. Para a habitação, que aqui tem por objetivo universalizar o acesso à moradia com condições adequadas de habitabilidade, priorizando os segmentos sociais vulneráveis mais carentes, mediante instrumentos e ações de regulação normativa, urbanística, jurídico-fundiária e de provisão, são estabelecidas as seguintes diretrizes.

O Plano Diretor também estipula a criação do Plano de Habitação responsável pela elaboração de diagnóstico sobre as necessidades habitacionais, quantificando e qualificando as demandas por moradia. Este é estruturado em três eixos que norteiam seus objetivos, sendo que os dois primeiros estão diretamente relacionados com a universalização do direito à moradia:

Moradia e cidade sustentável: Garantir a todo e qualquer cidadão o direito à moradia digna, promovendo o acesso à cidade sustentável, considerando além dos aspectos econômicos, ambientais e sociais, a promoção da resiliência social e urbana. Moradia assistencial: Dar atendimento e/ou provisão de moradias à população de baixa renda e/ou vulnerabilidade social, assim como integrar à cidade os assentamentos urbanos precários e informais (grifo nosso).

Na tentativa de alcançar a universalização do direito à moradia citada nos mais variados dispositivos sobre direitos fundamentais e urbanos, foram criados os programas habitacionais, tendo como público alvo pessoas em condições de vulnerabilidade social.

2. PROGRAMAS HABITACIONAIS E CRITÉRIOS PARA INGRESSO

Os Municípios, os Estados e a União têm o dever constitucional de promover os programas habitacionais, conforme disposto no artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal, seja diretamente ou com o repasse de verbas.

Os principais programas habitacionais são promovidos pela União e geridos pelo Ministério de Desenvolvimento Regional, tendo como basilares o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV e o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat - PBQPH.

O PBQPH é um mecanismo criado pelo Governo Brasileiro, através da portaria nº 134, de 18 de dezembro de 1998, para cumprir os deveres firmados em relação ao direito à habitação, cujo objetivo é a organização do setor de construção civil para a melhoria da qualidade do habitat e a modernização produtiva.

Já o PMCMV, instituído e gerido através da Lei nº 11.977/2009, surgiu no sentido de efetivação do direito à habitação, com a proposta de facilitar o acesso à moradia própria através de condições especiais de financiamento.)

Por conseguinte, ao analisar a trajetória do direito à educação no Brasil, no ano de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçou a definição da educação enquanto um direito humano, e além disso, ressaltou algumas especificidades. Como é visto no Art. 53,

“A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência (BRASIL, 1990).

Entretanto, ao analisar os dados levantados pelo IBGE através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD)⁸, vê-se que no ano de 2018, no que se diz respeito à taxa de analfabetismo, 3,9% das pessoas de 15 anos ou mais de etnia branca eram analfabetas, em contrapartida, esse percentual se eleva para 9,1% entre pessoas pretas ou pardas. O mesmo ocorre no grupo etário mais velho, caracterizado com 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo das pessoas brancas é de 10,3%, já entre as pessoas pretas ou pardas, esse número aumenta para 27,5%.

Ainda nessa concepção, o IBGE estabelece o nível de instrução como “o indicador que capta o nível educacional alcançado por cada pessoa, independentemente da duração dos cursos por ela frequentados”, e dessa forma, mostrou-se que 55,8% das pessoas brancas haviam completado, no mínimo, o ciclo básico educacional, já entre as pessoas pretas ou pardas esse percentual cai para 40,3%.

Por esse ângulo, em decorrência das contradições da legislação e da efetivação da mesma, vale salientar que durante a história e processos da educação brasileira, o educador Paulo Freire fez diversas contribuições em defesa do direito à educação e sua respectiva universalização. (OLIVEIRA 2016). Freire destacava em seus discursos a relevância de uma pedagogia de cunho dialógica e emancipadora do oprimido, isso em contraposição à pedagogia da classe dominante, anunciava também, a defesa por

⁸Endereço eletrônico disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf Acesso em: 26 de novembro de 2020.

uma educação como um direito de todos, um direito humano, e não apenas como privilégio de alguns. (FREIRE, 1987)

Desta forma, deve-se reconhecer a educação como um Direito Humano, ou seja, como um direito que deve ser garantido a toda pessoa humana, e que, assim como os demais, não pode ser analisado como um direito individual, mas deve ser compreendido e assegurado independente da faixa etária, raça, gênero, cor, classe econômica, entre outras especificações (OLIVEIRA 2016).

3. PROGRAMAS HABITACIONAIS E CRITÉRIOS PARA INGRESSO

Os Municípios, os Estados e a União têm o dever constitucional de promover os programas habitacionais, conforme disposto no artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal, seja diretamente ou com o repasse de verbas.

Os principais programas habitacionais são promovidos pela União e geridos pelo Ministério de Desenvolvimento Regional, tendo como basilares o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV e o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat - PBQPH.

O PBQPH é um mecanismo criado pelo Governo Brasileiro, através da portaria nº 134, de 18 de dezembro de 1998, para cumprir os deveres firmados em relação ao direito à habitação, cujo objetivo é a organização do setor de construção civil para a melhoria da qualidade do habitat e a modernização produtiva.

Já o PMCMV, instituído e gerido através da Lei nº 11.977/2009, surgiu no sentido de efetivação do direito à habitação, com a proposta de facilitar o acesso à moradia própria através de condições especiais de financiamento.

3.1 CRITÉRIOS PARA INGRESSO

O cadastro dos assistidos em programas habitacionais habitualmente é realizado através das secretarias municipais, seguindo os critérios estabelecidos pela lei do PMCMV. Desde seu advento, os critérios passaram por uma série de alterações, figurando em sua redação inicial os seguintes requisitos:

Art. 3º Para a definição dos beneficiários do PMCMV, devem ser respeitadas, além das faixas de renda, as políticas estaduais e municipais de atendimento habitacional, priorizando-se, entre os critérios adotados, **o tempo de residência** ou de trabalho do candidato no Município e a adequação ambiental e urbanística dos projetos apresentados (grifo nosso).

Nota-se a existência entre os requisitos para a seleção dos beneficiários, a exigência de tempo mínimo de residência no município no qual o ingresso foi solicitado.

Em momento posterior, com a Medida Provisória nº 514 de 2010, foi dada nova redação à lei do PMCMV, alterando seus requisitos, sem, contudo, alterar a questão da exigência de tempo mínimo de residência.

Somente em 2011, com redação dada pela Lei nº 12.424, a exigência de tempo mínimo de residência no município solicitado foi revogada nacionalmente. A referida lei também incluiu a possibilidade de os Estados, Municípios e Distrito Federal fixarem outros critérios.

Em seus Planos Municipais de Habitação (PMH), cada município pode estabelecer os critérios de acordo com a realidade local. De forma geral, esses requisitos estão relacionados aos critérios deixados em aberto pela lei do PMCMV e outros direcionados a questões sociais.

Por fim, a redação atual do artigo 3º, da Lei nº 11.977, *in verbis*:

§4º Além dos critérios estabelecidos no caput, os Estados, Municípios e Distrito Federal **poderão fixar outros critérios de seleção de beneficiários do PMCMV**, previamente aprovados pelos respectivos conselhos locais de habitação, quando existentes, e em conformidade com as respectivas políticas habitacionais e as regras estabelecidas pelo Poder Executivo federal (grifo nosso).

4. LEI MUNICIPAL Nº 8.800/2019 - JOINVILLE - SC E OS CRITÉRIOS PARA INGRESSOS EM PROGRAMAS HABITACIONAIS. CONCLUSÃO

No município de Joinville as políticas habitacionais estão sob a responsabilidade da Secretaria de Habitação (SEHAB), órgão da Administração direta do município de Joinville, cuja finalidade, de acordo com a Lei Complementar nº 495/2008, é “promover a política habitacional sustentável do Município, buscando ações que reduzam o déficit habitacional” (JOINVILLE, 2018). Vale destacar que a SEHAB está vinculada à Secretaria de Assistência Social - SAS.

Até 2019, as políticas habitacionais eram disciplinadas pela Lei municipal nº 4.905/2003. Nessa lei figurava como critério de ingresso o tempo mínimo de 3 anos de residência comprovada no município, conforme mostra o dispositivo que segue:

Tempo de residência e domicílio no Município, estabelecido o prazo mínimo de três (3) anos, mediante comprovação do título de eleitor, conta de luz, água, telefone, nota fiscal nominal de aquisição de bens móveis no comércio local ou carteira de trabalho, conferindo se prioridade em caso de igualdade de condições ao que nele residir há mais tempo (JOINVILLE, 2003, grifo nosso).

Embora seja questionável a presença do dispositivo citado, é importante destacar que a lei é anterior à mudança dada pela Lei Federal nº 12.424/2011, que extinguiu a exigência de tempo mínimo de residência para ingresso em programas habitacionais.

Fazendo uma análise das leis anteriores, nota-se que a Lei Municipal 4.905/2003 apenas seguiu a redação da Lei Municipal nº 2939/1994, que estipulava 2 anos e também da Lei Municipal nº 3761/1998, a qual posteriormente aumentou o prazo para 3 anos de residência comprovada. Sendo assim, a presença do critério pode ser explicada pela inércia legislativa que não acompanhou as mudanças no âmbito federal.

A Lei Municipal 8.800/2019 foi a primeira lei sancionada após o advento da Lei Federal nº 12.424/2011, que extinguiu a exigência de tempo mínimo e residência comprovada, e ao contrário da maioria dos municípios do país, o critério permaneceu na lei que disciplina os programas habitacionais, tornando-se necessária uma análise do processo que deu origem da referida lei.

A lei em análise teve sua origem a partir no Projeto de Lei - PL 193/2019, de iniciativa do Poder Executivo Municipal. Segundo a mensagem SEI nº 56 de 18 de setembro de 2019, o projeto proposto foi resultado de um amplo debate que envolveu o Conselho Municipal de Terras, Habitação Popular e Saneamento - CMTHPS e foi pautado na vivência diária e nos problemas acerca dos atendimentos habitacionais.

Todavia, da análise das atas legislativas referentes ao tema, aparece apenas uma citação de que houve a mudança de 3 para 2 anos no tempo de residência fixa no município, sem apresentar justificativa acerca da manutenção desse critério ou da redução de 1 ano em relação a antiga lei, inexistindo a ponderação dos efeitos negativos de tal período para uma parcela significativa de moradores do município.

Nesse sentido, parece ser razoável questionar que se foi possível reduzir de três para dois anos o período probatório, por que já não se valeu o PL e a própria Câmara de Vereadores para atualizar todo o escopo legislativo, impingindo-o com as mais recentes diretrizes federais a respeito do tema?

O PL entrou em tramitação na câmara municipal de Joinville no dia 18 de setembro de 2019, sendo encaminhado para análise das comissões no dia 23 do mesmo mês. A seleção das comissões para análise mostra a fragilidade da discussão legislativa que envolveu a lei, pois, mesmo se tratando de uma lei com reflexos diretos na tutela de direitos e garantias, o projeto não foi encaminhado para Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, conforme a divisão de apoio às comissões, como é possível verificar no protocolo de recebimento abaixo:



CÂMARA DE VEREADORES DE JOINVILLE
ESTADO DE SANTA CATARINA

Alc

RECEBIMENTO

Certifico que dei cumprimento ao despacho referido, encaminhando os autos a Divisão de Apoio às Comissões, para os devidos fins, sob o protocolo:

Nº 089/2019.

Em 23/09/2019

Divisão de Apoio às Comissões

Em 23/09/2019, recebi estes autos e distribui cópias aos Consultores das Comissões

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1 - Legislação, Justiça e Redação | ☒ |
| 2 - Finanças, Orçamento e Contas do Município | ☒ |
| 3 - Educação, Cultura, Desportos, Ciência e Tecnologia | ☐ |
| 4 - Saúde, Assistência e Previdência Social | ☐ |
| 5 - Urbanismo, Obras, Serviços Públicos e Meio-Ambiente | ☒ |
| 6 - Economia, Agricultura, Indústria, Comércio e Turismo | ☐ |
| 7 - Proteção Civil e Segurança Pública | ☐ |
| 8 - Cidadania e Direitos Humanos | ☐ |

Chefe da Divisão de Apoio às Comissões

Extraído da PL 193/2019

Dessa forma, conclui-se que o impacto do dispositivo na tutela dos direitos da parcela excluída pelo lapso temporal não foi objeto das discussões que envolveram a PL. Ademais, o parecer da Comissão de Legislação, Justiça e Redação, por sua vez, apenas destaca o novo critério de dois anos e para se eximir da discussão aponta como base para inclusão de tal critério a Lei do PMCMV:

Na **INSCRIÇÃO** dos munícipes, foi definido novos critérios, destacamos o tempo mínimo de residência no município de 2 anos ininterruptos mediante comprovação (Inciso I do Art.4º do Capítulo II – Da Inscrição), renda de até 6 salários mínimos, e demais critérios estabelecidos, a Lei em vigor não define o tempo de residência, este importante Capítulo foi criado com base na Lei no. 11.977/09.

Na **SELEÇÃO** para participar de outros programas municipais é exigido que os candidatos tenham uma renda de até 3 salários mínimos ou percapita de 25% de 3 salários mínimos, para aquisição de Imóveis, com a nova proposta deste projeto, passou a se exigir renda de até 6 salários mínimos, ou seja, será beneficiado e atingirá muito mais pessoas (Capítulo II – Da Inscrição)

Extraído da PL 193/2019

De fato, em seu artigo terceiro, a lei apresentava como requisito o tempo de residência ou de trabalho do candidato no Município, porém esse dispositivo foi excluído pela nova redação dada pela lei nº 12.424, de 2011, o que reforça o questionamento levantado anteriormente. Por que agravar a situação de um beneficiário de política pública tão básica como a moradia não foi devidamente fundamentado nos compêndios legislativos.

5. NATUREZA E IMPLICAÇÕES IMEDIATAS O ART. 4º INC I DA LEI MUNICIPAL Nº 8.800/2019

Toda norma jurídica deve obedecer a um padrão lógico de construção. Os conceitos lógico-jurídicos constituem pressupostos fundamentais para a ciência jurídica (BORGES, 1999). A PL 193/2019, que deu origem a lei municipal nº 8.800/2019, não apresentou em sua discussão legislativa argumentos que justifiquem a exigência de tempo mínimo de residência para ingresso em cadastros habitacionais, porém é possível concluir que tal exigência não visa nivelar o perfil social dos candidatos, mas impor privilégios aos munícipes mais antigos.

A exigência de um tempo mínimo de moradia comprovada deixa à margem da tutela do Estado pelo menos dois grupos específicos: os migrantes e os imigrantes. A respeito desses dois grupos, a Revista Direito a Moradia Adequada, periódico oficial da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, afirma que os “imigrantes são particularmente vulneráveis a uma série de violações de direitos humanos, incluindo violações do direito à moradia adequada” (BRASIL, 2013, 24.p). Da mesma forma, os migrantes também acabam vivendo em condições precárias e

inseguras quando colocado sob condição de tal critério excludente, frequentemente, devido a falta de recursos, visto que se encontram “incapazes de alugar uma casa adequada, devido a seu status legal ou por problemas de discriminação. Assim, muitos são obrigados a viver em condições inseguras e de superlotação”. (BRASIL, 2013, p.28).

Nesse sentido, é importante mencionar que o Plano Municipal de Habitação estabelece como um dos eixos de atuação o “atendimento e/ou provisão de moradias à população de baixa renda e/ou vulnerabilidade social”, contrastando assim com a Lei Municipal Nº 8.800/2019, a qual direciona uma barreira de acesso a esses grupos.

Os programas municipais de habitação raramente incluem os imigrantes, mesmo em cidades com forte fluxo migratório, como é o caso de Joinville. Todavia, levando em consideração a carência de moradia por parte do município que custeia o programa, é possível questionar a necessidade de extensão desse benefício a pessoas oriundas de outros municípios, estados ou até países, visto a dificuldade em atender a demanda local.

A esse questionamento Gazola (2008, p.194) se opõe:

Não se pode pensar em uma cidade fechada para sua vizinhança. A Cidade é um sistema aberto que influencia e sofre influência. As capitais são polos atrativos, e uma grande quantidade de pessoas reside na periferia e trabalha da capital, ou seja, os trabalhadores que residem longe de seus locais de trabalho geram uma demanda de transporte e desperdiçam horas de suas vidas nesse trajeto.

O conceito de cidade aberta apresentado por Gazola, harmoniza com direito humano de migrar, devidamente registrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 13º

1.Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.

2.Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país (DUDH, 1948).

Sendo assim, a mesma declaração que reivindica a migração como um direito humano, vincula a esse o direito a uma moradia digna. Visto que a migrantes e imigrantes é dado o direito de circular sem abrir mão do direito a uma moradia digna, é preciso entender o que motiva legisladores, décadas depois da DUDH, impor barreiras que dificultam o acesso aos direitos já estabelecidos.

As origens de critérios que impõem barreiras como essa pode ser explicadas à luz do conservadorismo social, onde “as barreiras que dificultam o tratamento igualitário do trabalhador imigrante vão além do regime jurídico, abrangendo a questão social, étnica, linguísticas, culturais, entre outras formas de segregação” (JAQUEIRA; MARTINS, 2015, p.17).

A realidade descrita pelo periódico da Secretaria de Direitos Humanos, reflete com precisão o Município de Joinville. Os altos índices de desenvolvimento e oferta de emprego tem contribuído para o crescimento da cidade e de acordo com a Secretaria de Planejamento Urbano e Desenvolvimento Sustentável - SEPUD o “perfil da população modificou-se radicalmente com a chegada de imigrantes vindos de várias partes do país, em busca de melhores condições de vida” (JOINVILLE, 2020, p.10).

O Perfil de Joinville apresentado pela SEPUD, comprovado pelos dados do último censo do IBGE, estima que a cidade receba cerca de 3,3 mil migrantes por ano. Dessa forma, o extrato social não resguardado pelo direito afeta diretamente o objetivo principal que visa universalizar o direito, bem como o planejamento das políticas públicas municipais.

6. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE TEMPO MÍNIMO DE RESIDÊNCIA COMPROVADA PARA O INGRESSO NO CADASTRO DE PROGRAMAS HABITACIONAIS

Visto que Lei Municipal nº 8.800/19 possui um dispositivo que caminha em direção opostas às demais leis que norteiam o Direito à Moradia, é necessária uma análise da própria legalidade do dispositivo. Neste caso, é oportuno verificar uma possível inconstitucionalidade por ação, que ocorre quando atos legislativos contrariem normas ou princípios da Constituição. A fundamentação dessa inconstitucionalidade reside no fato que a supremacia dos princípios constitucionais impõe uma compatibilidade vertical entre as normas, quando o conteúdo da lei ou ato contraria a norma constitucional, tratando-se de inconstitucionalidade material de leis ou atos do Poder Público (SILVA, 2007, p.47).

O dispositivo em questão normatiza o acesso ao direito à moradia digna, que por sua vez, cumpre papel muito relevante entre as políticas sociais. Para entender o

impacto do critério, é necessário se aprofundar na natureza da política por ele disciplinada. Menezes (2001. p.27), apresenta uma definição objetiva acerca das políticas sociais, segundo o autor “é um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos e segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição”.

Cumprir destacar que a presente pesquisa trata da igualdade material uma vez que ela não propõe a nivelar os cidadãos diante lei, pois, em alguns casos, a própria lei pode desfavorecer a isonomia, como explica Bandeira de Mello (2003, p. 10): “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

Um dispositivo que impõe restrições de acesso de direitos é uma afronta ao artigo 5º, caput, da constituição onde determina que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A natureza e aplicação desse princípio tem sido objeto de acirrada discussão doutrinária. Para Oppenheim (1995, p. 604), o princípio da Igualdade pode ser caracterizado como o “nivelamento das oportunidades aplica-se por isso à redistribuição do acesso a várias posições na sociedade e não à atribuição dessas mesmas posições”. Silva (2009), por sua vez, afirma que esse acesso à oportunidade, oriundo do princípio da igualdade, “constitui o signo fundamental da democracia”. Já Rocha (1996, p. 289) o classifica como “pedra de toque do constitucionalismo democrático” a ser tomado como objetivo fundamental do Estado brasileiro. Acerca da posição de destaque desse princípio ela acrescenta:

O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República).

Tendo por base as definições apresentadas, conclui-se que o princípio da igualdade está diretamente associado com a inclusão. Tal conceito é aritmeticamente abrangente, pois quanto maior número de cidadãos for incluído em discursos jurídicos, tanto mais o Estado está criando igualdade (GALUPPO, 2006, p. 102).

Estipular critérios que excluem parcela da população que por natureza está entre as mais vulneráveis, é de fato contraditório, visto que, é esse o grupo no qual o direito objetiva tutelar. Não se supõe razoável o critério diferenciador na origem do

candidato, seja ele oriundo de outras regiões do Brasil ou até mesmo de fora do país, tendo em vista que existem vários documentos internacionais que enfatizam o tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros.

Em primeira análise, pode-se afirmar que é problemático incluir um dispositivo que, por si só, impõe um critério excludente. Tal dispositivo ofende o conceito de inclusão social implícito nas políticas afirmativas impondo um critério de natureza claramente discriminatória. Para a relatora especial sobre moradia adequada a discriminação e a segregação na habitação podem resultar da pobreza e da marginalização econômica (OHCHR; ONU-Habitat, 2009).

Em vista dos argumentos apresentados, pode-se afirmar, ainda que de maneira perfunctória, que a exigência de tempo mínimo de residência fixa comprovada, independente da duração proposta, não encontra lastro no princípio da igualdade perante a lei, e, de forma agravante exclui da tutela do estado uma parcela da sociedade mais propensa à vulnerabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a natureza opaca que motiva a inclusão do art. 4º Inc I aa Lei Municipal nº 8.800/2019 que impõe privilégios entre munícipes por tempo de residências e a ausência de argumentos que justifiquem os benefícios de tal imposição, a presente pesquisa identificou apenas aspectos negativos na análise da exigência estudada. Contudo, os aspectos negativos apresentados nessa análise configuram um rol aberto, sendo possível, portanto, muitas outras implicações oriundas dessa imposição legal.

Estabelecer como critério um dispositivo que exclui um determinado grupo de pessoas de um direito constitucional é por natureza uma afronta ao princípio da igualdade perante a Lei, tornando-se ainda mais grave quando se trata de um direito que visa corrigir problemas relacionados à desigualdade social. No caso em questão, não se afigura como possível uma relação de causa e efeito entre o tempo de residência e a condição social do pleiteante, pelo contrário: a realidade apresenta que uma significativa parcela de migrantes e imigrantes vivem em situação precárias.

Considerando a realidade que vive grande parcela da população que migra para regiões com altas ofertas de empregos, a exigência de tempo mínimo de residência traz prejuízos a um dos principais objetivos do Direito à Moradia que é a universalização dessa garantia constitucional, tornando as políticas públicas pouco eficientes nesse sentido. As consequências desse método de seleção adotado podem agravar ainda mais as desigualdades locais.

A Constituição não estabelece direitos em que a sua tutela esteja limitada a um município ou estado, todavia, é notório que a simples ausência de um critério seleção regional, na assistência à moradia, cria um problema relativo à demanda de atendimento, principalmente quando se trata de municípios com alta oferta de emprego, principais destinos dos fluxos migratórios.

Considerando que cada cidadão quando inserido na dinâmica de uma cidade passa a contribuir com impostos e também com serviços em prol do desenvolvimento local, é razoável a substituição de um tempo mínimo de residência pela exigência domicílio eleitoral, desta forma, se exclui um lapso temporal e insere o tutelado ainda mais no exercício de cidadania no município que tomou por escolha para construir a vida.

Essa mudança carece de uma padronização nacional através da inserção de um dispositivo na Lei nº 11.977/09 que estabeleça esse critério, dessa forma é possível resolver dois problemas, um relativo ao controle da demanda e outro relacionado ao critério seletivo que propõe uma barreira à universalização do direito à moradia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, **Direito à moradia adequada**. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

_____. Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat. Disponível em: <http://pbqp-h.mdr.gov.br/pbqp_apresentacao.php>. Acesso em: 22 de março de 2021.

_____. Súmula: Dispõe sobre os critérios de elegibilidade e seleção dos beneficiários do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV. Disponível em: <https://cohabld.londrina.pr.gov.br/images/downloads/resolucao_001_2015_territorialidade.pdf>. Acesso em 19 de Fevereiro de 2021.

DUARTE, M. P. L. **O GOVERNO VARGAS E AS PRIMEIRAS TENTATIVAS DO ESTADO NA PROVISÃO DE HABITAÇÃO POPULAR**. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364149670_ARQUIVO_ARTIGO_DEZETEPARARN-24-03-2013.pdf>. Acesso em 11 de Janeiro de 2021.

GALUPPO, Marcelo Campos, e BASILE, Rafael Faria. **O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito: o problema das cotas**. Revista de Informação Legislativa – RIL. Senado Federal, Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, p. 99-108.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas sociais**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sc/joinville.html>> Acesso em 09 de jul. de 2020.

Jaqueira, Manoela Marli; MARTINS, Fernando José. **Os direitos fundamentais e o trabalhador imigrante no Brasil. Derecho y Cambio Social**. 19 out. 2015. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista042/OS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_O_TRABALHADOR_IMIGRANTE.pdf> Acesso em 09 de jul. de 2021

JOINVILLE. **Plano de habitação e interesse social**. Disponível em: <<https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/ippuj-cdc-2010-08-25-atfa-11-anexo-02.pdf>> acesso em 02 de setembro de 2019.

_____. **Lei complementar nº 495**, de 16 de janeiro de 2018. Modifica as estruturas administrativas e competências dos órgãos da Administração Direta e Indireta do Município de Joinville e dá outras providências. Diário Oficial. 16 de janeiro de 2008.

_____. **Lei nº 8.800, de 20 de dezembro de 2019**. Reformula o Programa de Financiamento Habitacional de Interesse Social do Município - PROFIPO. Disponível em: <https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000005888135&id_orgao_publicacao=0> Acesso em 14 de junho de 2018.

_____, Prefeitura municipal. **SEPUD: Joinville Cidade em Dados 2020**.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais..** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 07 de Fevereiro de 2021.

_____. **Revisão e Atualização do Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável do município de Joinville**. Disponível em: <<https://www.joinville.sc.gov.br/publicacoes/documentacao-revisao-do-plano-diretor-do-municipio-de-joinville-2018/>> Acesso em 07 de Fevereiro de 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.9

OPPENHEIM, Felix. **Igualdade**. Dicionário de Política. 8. ed. Brasília: UnB, 1995. 1v
ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. **O conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 33, n. 131, p. 289, jul/set. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Christiane Júlia Ferreira. **Direito à moradia e políticas públicas habitacionais: uma crítica da atuação do Estado na efetivação do direito fundamental**. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Fundação Mineira de Educação e Cultura de Minas Gerais – FUMEC/Minas. Belo Horizonte, p. 46. 2016.

O AGRAVAMENTO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

Enzo Cardoso Tavares⁹
Sirlei de Souza¹⁰

RESUMO: Na sociedade contemporânea muito se avançou no sentido da positivação dos direitos fundamentais dos povos indígenas, no entanto há grandes entraves em relação à sua efetivação, seja pela ausência de políticas de Estado seja por posições de determinados governos que procuram esvaziar as políticas públicas já existentes. A pesquisa ora apresentada faz parte dos estudos desenvolvidos no projeto voluntário de Pesquisa intitulado “Indígenas 3”, e especialmente para essa comunicação, se fará a análise do impacto da ausência de políticas sanitárias efetivas no combate a COVID-19 junto aos povos indígenas, juntamente com uma breve análise de outras situações que remetem aos direitos positivados aos povos indígenas. Para tal, será problematizado, a repercussão na 75ª e 76ª Assembleia Geral da ONU dos anos de 2020 e 2021, além da repercussão da Lei nº 14.021 de 7 de julho de 2020, tendo como base reportagens veiculadas entre 2020 e 2021. Pretende-se demonstrar como no Brasil, mesmo esses povos já tendo direitos reconhecidos, tratados internacionais assinados, órgãos próprios de defesa, ainda assim o Estado brasileiro (o atual governo brasileiro) contribui para o desgaste destes pela ausência de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Indígenas; Direitos Humanos; Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos diversos grupos começaram a buscar uma garantia de seus direitos em relação ao Estado, estas lutas podem ser remetidas desde os tempos das revoluções revolucionárias que tinham como objetivo garantir os direitos, daqueles que chamamos hoje de direitos de primeira geração, como diz Altvater (1999) acerca destes: “a partir de reivindicações de indivíduos contra violações por agentes econômicos, Estados, instituições políticas e agentes sociais”, estas reivindicações foram o estopim para que o Estado passasse a se preocupar com estas garantias, surgindo então a declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 com os ideias da Revolução americana e dos pensamentos Iluministas lhe influenciando, como também tempos depois devido aos horrores ocorridos na segunda guerra, a criação da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

⁹ Acadêmico do quarto semestre de Direito Univille Joinville, bolsista do UNIEDU.

¹⁰ Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille) nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Coordenadora do Curso de Direito da Univille de São Francisco do Sul. Doutora em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9958226369659395>. E-mail: sirlei.souza@univille.br

A conquista de grupos, por direitos mais ligados a questões sociais, consegue ser verificada a partir de 1950, a começar desta data a preocupação em termos gerais, passou a ser com os direitos difusos e os direitos coletivos, sendo exemplos destes, a proteção para grupos sociais considerados vulneráveis também com a proteção do meio ambiente. Com estes movimentos, tornou-se possível que diversos temas como, o direito da autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos da pessoa idosa, etc, se tornarem cada vez mais evidentes perante ao Estado.

Os direitos em si dos povos indígenas, como conhecemos hoje, só foram discutidos com mais importância sob um enfoque mais social, a partir da segunda metade do século XX.

A preocupação antes em “dar” direitos aos indígenas, seria apenas para manter o funcionamento da colônia para fins econômicos, tanto que na prática mesmo, a maioria das leis e cartas não eram respeitadas visto que apenas os colonizadores sabiam ler e agiam então de seu próprio interesse. Um exemplo disso pode ser visto fica evidente em das primeiras leis que podemos citar que teve como pauta a situação dos indígenas em terras brasileiras, foi a Lei Pombalina de 1755, que de maneira ampla, considerava as aldeias indígenas, vilas verificadas pela corte portuguesa, desde que estas fossem administradas por um diretor que deveria impor uma série de restrições as culturas típicas dos povos indígenas se quisessem estes ser considerados donos de suas terras.

Somente vemos os direitos aos povos indígenas serem de fato promulgados constitucionalmente, na Constituição de 1988, onde com o grande número de movimentos dos povos originários, que se mobilizaram para garantir que suas vozes fossem ouvidas, uma das garantias e também um avanço em nosso ordenamento atual, comparado com os anteriores, fora o tratamento adaptado aos povos indígenas visto suas diferenças culturais como povos originários dessas terras, sendo o artigo 231 um dos mais importantes para o povo indígena e que demonstra o resultado de anos de lutas sociais:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Contudo é possível verificar que atualmente estas lutas e conquistas estão sendo apagadas pelo governo vigente, visto o aumento preocupante do agravamento destes direitos e da anuência do Estado sobre estes, sendo toda esta situação intensificada pela Pandemia COVID-19, que assolou o mundo inteiro em 2020, sobretudo os países mais pobres e neles as populações vulneráveis.

A pesquisa ora apresentada faz parte dos estudos desenvolvidos no projeto voluntário de Pesquisa intitulado “Indígenas 3”, e especialmente para essa comunicação, se fará a análise do impacto da ausência de políticas sanitárias efetivas no combate a COVID-19 junto aos povos indígenas no Brasil, juntamente com uma breve análise de outras situações de negação aos direitos positivados aos povos indígenas.

1. A PANDEMIA DO COVID-19 E O AGRAVAMENTO DA SAÚDE INDÍGENA

Com o avanço da Pandemia em 2020 em solo nacional, várias medidas tiveram que ser feitas para tentar que conter a doença no país, uma vez que à época ainda não se vislumbrava algumas dessas medidas foram o “*Lockdown*” e as restrições sanitárias impostas pelo Governo, contudo foi possível verificar o descaso com o governo vigente com os povos indígenas, os vetos feitos à Lei 14.021/2020 e as denúncias feitas em setembro de 2020, durante a abertura da 75ª Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), pelas lideranças indígenas evidenciam essa situação.

2. OS VETOS À LEI 14.021/2020 E O DESCASO DO GOVERNO FEDERAL

A Lei 14.021 de 7 de Julho de 2020, tem como o objetivo dispor sobre as medidas de proteção social para a prevenção do contágio e da disseminação da COVID-19 em territórios indígenas, para que isso seja possível, a lei busca criar um plano emergencial para enfrentar a doença, além de estipular medidas de apoio para comunidades quilombolas, pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais.

O projeto fora aprovado pela Câmara dos Deputados em 21 de Maio, aprovado pelo Senado em 16 de Junho, e posteriormente havia tido sofrido vetos pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, em 16 dispositivos contidos no projeto de lei, no dia 7 de Julho de 2020. A lei deixa de maneira expressa, que seria obrigação da União coordenar e garantir um Plano emergencial em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os municípios, a fim de garantir os insumos necessários para a manutenção das condições de saúde para a prevenção do contágio e da disseminação do vírus.

O problema, portanto, teriam sido os vetos realizados pelo presidente a esta lei antes de entrar em sua vigência, a justificativa feita pelo Governo federal para os vetos terem ocorrido, seria que o texto normativo criava uma despesa obrigatória sem demonstrar um respectivo impacto financeiro e orçamentário, o que, portanto, seria inconstitucional.

O interessante de ressaltar que todos os artigos que acabaram por serem vetados pelo Governo, tiveram a mesma justificativa citada acima como desculpa, diante disto trago uma breve crítica a alguns artigos vetados.

Na lei o Art. 5º Inciso I que acabou por vetado, diz que: "I - acesso universal à água potável;" Este veto vem a ser muito preocupante diante ao fato de várias comunidades indígenas já passarem por problemas de abastecimento de água e que por conta da pandemia acabou por ter seu agravamento ainda mais expressivo, como conta o cacique Cornélio Veravy Alvez sobre a situação da Aldeia Vy'a Renda que passa por crise hídrica desde o começo de 2020: "Utilizada pelos agricultores da região e em outras atividades, o fluxo da água não chega até a aldeia e com isso não abastece o reservatório, deixando os indígenas sem água potável".

A Aldeia do cacique Cornélio, composta por 116 pessoas, passa por uma situação extrema, visto que as pessoas ali contam apenas com uma caixa de água, a situação deles é apenas mais uma de várias, o Governo federal vetar este artigo somente mostra o desinteresse do mesmo de sanar estas questões humanitárias tão preocupantes.

Outro ponto importante vetado nesta lei foi o Art. 9º § 1º que traz em seu texto normativo:

§1º A União assegurará a distribuição de cestas básicas, sementes e ferramentas agrícolas diretamente às famílias indígenas, quilombolas, de pescadores artesanais e dos demais povos e comunidades tradicionais, conforme a necessidade dos assistidos.

A fome infelizmente ainda é algo que permeia muito a sociedade em que vivemos, mesmo possuindo recursos e meios para extingui-la, líderes políticos ao redor do mundo todo parecem nunca estarem em busca de sanar este problema, e claramente esta situação se repete no Brasil. De acordo com pesquisas realizadas pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan), atualmente no Brasil cerca de 116 milhões de pessoas aproximadamente estão em situação de insegurança alimentar e destes, 19 milhões passam por fome, uma situação muito preocupante que também atinge de maneira certa as comunidades indígenas, um exemplo disso seria a Aldeia Paranoá, localizados de maneira isolado no interior do estado do Mato Grosso, que após ficarem desde do começo da pandemia isolados, devido à falta de recursos e transporte, os mesmos relataram estarem passando fome, conforme noticiado no G1.

Um dos indígenas faz um questionamento sobre a situação que estes estavam passando no início de 2021, o mesmo dispõe em uma entrevista feita ao portal de notícias G1:

“Uma coisa que me deixa triste é a falta de mantimentos. A pessoa fica pedindo e o outro vai dando e daí acaba. Sem transporte, fome, por que nós sempre passamos fome?”

Isto só mostra como o Governo atual mais a situação caótica da Pandemia, acabou por levar diversos problemas para inúmeras aldeias localizadas Brasil adentro, seja pela falta de ajuda, pela falta de repasse de verbas, pela falta de segurança destinada a estes povos e pelo total descaso por parte dos representantes dos poderes judiciário, legislativo e, principalmente, executivo.

De acordo com a líder indígena e coordenadora da APIB, Sonia Guajajara, na época que ocorreram estes vetos, disse estar em contato com outros parlamentares para conseguir que os vetos presidenciais fossem derrubados, falando que vetos como estes em uma lei de ajuda humanitária em uma época tão complexa como a pandemia, seriam no mínimo absurda em notícia vinculada ao FDR, no qual ela comenta:

Os impactos são os mais desastrosos possíveis. A gente já estava brigando para ter testes nas aldeias, estrutura para ter atendimento adequado pelas equipes. A gente estava apostando muito nesse projeto de lei. E com certeza agora isso colocar e manter os povos em situação de maior vulnerabilidade.

Seguindo na mesma linha de pensamento, o representante do alto comissariado da ONU para Direitos Humanos na América do Sul, Jan Jarab, criticou os vetos feitos pelo Presidente, mostrando que esta situação gerava uma grande preocupação, em notícia divulgada no G1, ainda afirma que entende que a pandemia gerou graves consequências na economia de países em desenvolvimento, porém a resposta para combater este problema deve sempre estar pautada nos princípios da responsabilidade e da solidariedade, uma das falas de Jarab foi também aos artigos que também foram mantidos, dizendo: “Do contrário, não há clareza sobre como o Estado brasileiro pode implementar as medidas ali contidas, arriscando tornar ineficientes previsões que são de aplicação urgente”.

3. 75º ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU): DENÚNCIAS IMPORTANTES

No dia 22 de setembro de 2020, O Presidente, fez seu discurso durante a abertura da 75º Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), e em meio a fatos e mentiras, o discurso deixou organizações indígenas incomodadas pelas suas falas, afirmações estas que em uma delas, atribui a culpa pelos focos de queimadas na Amazônia aos povos indígenas. Em seu discurso, afirma as seguintes frases:

14% do território nacional, ou seja, mais de 110 milhões de hectares, uma área equivalente a Alemanha e França juntas, é destinada às reservas indígenas. Nessas regiões, 600.000 índios vivem em liberdade e cada vez mais desejam utilizar suas terras para a agricultura e outras atividades.

“Até o momento, o Governo Federal distribuiu mais de 260 milhões de doses de vacinas e mais de 140 milhões de brasileiros já receberam, pelo menos, a primeira dose, o que representa quase 90% da população adulta. 80% da população indígena também já foi totalmente vacinada. Até novembro, todos que escolherem ser vacinados no Brasil, serão atendidos.”

Diante disto, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e a Articulação dos povos Indigenistas do Brasil (APIB), fizeram suas denúncias após o discurso do Presidente na ONU.

Em suas denúncias, a APIB disse que culpabilizar os povos indígenas e comunidades tradicionais pelas queimadas na Amazônia, o Presidente só estaria consolidando mentiras como política de governo, além disso a mesma protocolou, no Superior Tribunal Federal (STF) uma interpelação para que o governo explique na justiça as mentiras que propaga e comunicou à ONU os ataques feitos aos povos indígenas.

Uma das falas da organização, remete ao processo de estratégia adotado pelo governo vigente, que tem como objetivo alastrar a desinformação em meios internos e externos, sobre isso, Sonia Guajajara diz sobre:

“O Governo e seus representantes não podem colocar alvos nas costas de lideranças, ativistas ou pessoas que lhes gerem qualquer incômodo em razão de seu posicionamento político, sob pena de aí sim, cometimento de crimes que devem ser punidos”

Outra fala da Coordenadora da APIB, diz sobre os efeitos das notícias falsas espalhadas pelo Governo:

“Esse comportamento, como a perseguição de opositores, o linchamento virtual de opiniões dissonantes, a divulgação de notícias falsas e a exploração das milícias digitais não encontra guarida num Estado Democrático de Direito, e ganha contornos alarmantes se perpetrado por integrante do primeiro escalão do Governo, que deveria mostrar comprometimento com os dispositivos previstos na Constituição Federal.”

No mesmo sentido, Sonia, dispõe acerca das queimadas ilegais que ocorrem:

“Mentiu quando relativizou as causas das queimadas na Amazônia e no Pantanal usando o argumento de que nossas florestas são úmidas e culpou povos indígenas pelos focos de incêndio, desviando a responsabilidade pelo desmatamento criminoso provocado por fazendeiros. Dados obtidos pelo sistema de monitoramento da NASA mostram que 54% dos focos de incêndios na Amazônia estão relacionados ao desmatamento. No Pantanal, a Polícia Federal investiga fazendas que fizeram queimadas, de forma criminosa, para abrir pastagens para a pecuária.”

No mesmo tom, em uma reunião, o CIMI, denunciou a ineficácia do Governo e seu descaso com os povos indígenas e comunidades tradicionais, mostrando que faltava um plano de contingência para evitar ao máximo o contágio da COVID-19 nas comunidades indígenas. O CIMI relatou ainda, fazendo uma crítica às falas do Presidente, que tudo relatado não passava de uma realidade fictícia inventada pela Presidente que não condizia com a realidade atual.

Uma grande prova que confirma isto seria as várias tentativas do Governo em diminuir o número de terras destinadas a estes povos, sendo uma das maiores tentativas que tiveram os holofotes em 2021, a PL do Marco Temporal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas estas informações, é nítido perceber o descaso do governo vigente, tendo como seu representante máximo, Jair Messias Bolsonaro, com os povos indígenas e outras comunidades.

Estamos em uma época em que a falta de humanidade das pessoas reflete no tipo de país que queremos ter para o futuro, é necessário que as pessoas reflitam mais sobre quais representantes irão lhes representar no futuro, pois, como um Governo pode em meio a uma pandemia, vetar a obrigatoriedade de se levar água e comida a povos isolados, em ajudar esses povos, isto é só mais um passo da política precarização promovida pelo Governo aos povos indígenas brasileiros.

A constatação de que no Brasil, mesmo esses povos já tendo direitos reconhecidos, tratados internacionais assinados, órgãos próprios de defesa, ainda assim o Estado brasileiro (o atual governo brasileiro) contribui para o desgaste destes pela ausência de políticas públicas.

Contudo, é importante ressaltar que existe uma luz em meio a toda essa escuridão, existem sim ainda grupos e pessoas que lutam dia após dia em busca de combater e de levar informação, contra qualquer tipo de atrocidade feita contra os povos indígenas, para que assim, no futuro, não só a memória e histórias destes povos estejam vivas, mas também sua cultura, costumes e direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Leandro. **Indígenas isolados dizem que estão passando fome por falta de recursos e transporte durante a pandemia em MT**. G1, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2021/03/19/indigenas-isolados-dizem-que-estao-passando-fome-por-falta-de-recursos-e-transporte-em-mt.ghtml>. Acesso em 20 nov. 2021.

ALENCAR, Adriana Vital Silva de. **Evolução histórica dos direitos indígenas**. Jus, 01 jan. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35348/evolucao-historica-dos-direitos-indigenas>. Acesso em 08 out. 2021.

ALTVATER, Elmar. **Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos**, in: HELLER, Agnes et. Al. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro, Contraponto, 1999.

AMORIM, Paulo. Bolsonaro veta acesso dos índios a água potável, auxílio emergencial e ajuda hospitalar. **FDR**, 9 jul 2020. Disponível em: <https://fdr.com.br/2020/07/09/bolsonaro-veta-acesso-dos-indios-agua-potavel-auxilio-emergencial-e-ajuda-hospitalar/>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. **Bolsonaro consolida política baseada em mentiras**: APIB denuncia ataques do governo à ONU e ao STF. Disponível em: <http://apiboficial.org/2020/09/22/bolsonaro-consolida-politica-baseada-em-mentiras-e-apib-denuncia-ataques-do-governo-a-onu-e-ao-stf/>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Conselho indigenista missionário. **Em reunião da ONU sobre a pandemia**: Cimi denuncia ineficiência do governo brasileiro e descaso com indígenas. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/04/em-reuniao-da-onu-sobre-a-pandemia-cimi-denuncia-ineficiencia-do-governo-brasileiro-e-descaso-com-indigenas/>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Conselho Indigenista missionário. **Sem água potável e com interrupção na entrega das cestas básicas: os Avá Guarani no oeste do Paraná lutam para sobreviver em meio à pandemia e disputas pelo território**. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/10/sem-agua-potavel-e-com-interruptao-na-entrega-das-cestas-basicas-os-ava-guarani-no-oeste-do-parana-lutam-para-sobreviver-em-meio-a-pandemia-e-disputas-pelo-territorio/>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. Governo Federal. Planalto. **Discurso do Presidente da República**: Jair Bolsonaro na abertura da 76ª Assembleia-Geral da ONU. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/discursos/2021/discurso-do-presidente-da-republica-jair-bolsonaro-na-abertura-da-76deg-assembleia-geral-da-onu>. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Vetos a Lei n.º 14.021, de 07 de julho de 2020** Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/13425>. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 14.021, de 07 de julho de 2020**. Dispõe sobre as medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/32440002/publicacao/32440835>. Acesso em: 09 out. 2021.

Sem autor. Bolsonaro sanciona, com vetos, projeto que prevê medidas para tentar proteger indígenas. **G1**, 08 jul. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/08/bolsonaro-sanciona-com-vetos-projeto-que-preve-medidas-para-tentar-protoger-indigenas.ghtml?utm_campaign=g1&utm_medium=social&utm_source=twitter. Acesso em: 08 out. 2021.

Sem autor. Direitos humanos: conheça as três gerações. **POLITIZE!**, 11 jul. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 01 dez. 2021.

Sem autor. **Mais de 116 milhões de brasileiros não têm comida suficiente ou passam fome, diz pesquisa**. ISTOÉ DINHEIRO, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/mais-de-116-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-comida-suficiente-ou-passam-fome-diz-pesquisa/>. Acesso em 20 nov. 2021.

Sem autor. Representante da ONU para Direitos Humanos diz que vetos de Bolsonaro a medidas de proteção a indígenas geram preocupação. **G1**, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/08/18/representante-da-onu-para-direitos-humanos-diz-que-vetos-de-bolsonaro-a-medidas-de-protecao-a-indigenas-geram-preocupacao.ghtml>. Acesso em: 08 out. 2021.

FUNDAÇÃO PALMARES: O DESMONTE COMO AÇÃO DO RACISMO ESTRUTURAL

Juliana Cristina Kolombesky da Silva¹¹

Sirlei de Souza¹²

Jonathan Prateat¹³

RESUMO: O presente estudo está vinculado ao Projeto Integrado Caminho Curto II: Vivências de Ensino, Pesquisa e Extensão na Promoção da Cidadania da Universidade da Região de Joinville – Univille, relacionado à Comunidade Remanescente Quilombola Beco do Caminho Curto. A pesquisa visa refletir sobre os impactos sociais e culturais decorrentes da crise institucional da Fundação Palmares, entidade vinculada ao Ministério da Cidadania. Ademais, queremos debater sobre a raiz da problemática: o desmonte institucional dessa Fundação e suas consequências. É de suma importância esta análise para compreender a tentativa de mudar a finalidade, os objetivos e o conteúdo do que representa o órgão, dissipando memórias e marcos importantes da identidade cultural. Por acreditar que a defesa da Fundação Cultural Palmares se torna, assim, uma expressão da luta contra a destruição das políticas públicas que promovem a igualdade racial, o reconhecimento das populações afro-brasileiras e o fortalecimento das comunidades quilombolas, entende-se que esse diagnóstico inicial permitirá compreender como este processo de violência institucional que atinge a cultura e a memória, trará consigo diversos impactos negativos, intensificando o racismo estrutural. Assim, o presente estudo se dará a partir da problematização das narrativas jornalísticas produzidas e vinculadas no Portal do G1 (Globo), nos anos de 2019 e 2020, sobre a Fundação Cultural Palmares.

PALAVRAS-CHAVE: Fundação Palmares; Comunidades Quilombolas; Direito à Memória.

INTRODUÇÃO

A Fundação Cultural Palmares é uma entidade vinculada ao Ministério da Cidadania, direcionada para promoção e preservação dos valores culturais, sociais e históricos decorrentes das raízes negras na formação da sociedade brasileira. No decurso dos anos, a Fundação tem se dedicado para oportunizar uma política cultural igualitária, como consequência se consolidou como a instituição representativa negra,

¹¹ Acadêmica do quarto semestre Do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille)-Joinville, bolsista do UNIEDU.

¹² Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille) nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Coordenadora do Curso de Direito da Univille de São Francisco do Sul. Doutora em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9958226369659395>. E-mail: sirlei.souza@univille.br

¹³ Professor adjunto da Universidade da Região de Joinville (Univille), em Santa Catarina no Brasil. Docente nos cursos de graduação em Design e Publicidade e Propaganda. Mestre em Design e Expressão Gráfica pela UFSC e Doutorando em Tecnologia e Sociedade pela UTFPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0313114890310260>. E-mail: jonathanprateat@gmail.com

um patrimônio nacional, intitulada por muitos estudiosos como quilombo cultural e também responsável por preservar os quilombos remanescentes.

A competência pela emissão da certidão às comunidades quilombolas e sua inscrição em cadastro geral é reservada à Fundação Cultural Palmares, segundo Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Desde então, foram emitidas 3.271 certificações para comunidades quilombolas, dentre elas, a Comunidade Remanescente Quilombola Beco do Caminho Curto, que obteve sua certificação no ano de 2019. Este documento reconhece os direitos das comunidades e dá acesso aos programas sociais do Governo Federal. Vale ressaltar que a entidade é referência no apoio e difusão da Lei 10.639/03, que torna obrigatório o ensino da História da África e Afro-Brasileira nas escolas.

O presente estudo tem como objetivo problematizar a crise institucional da Fundação Cultural Palmares, (2019 – 2020) a partir de alterações políticas e deliberações do Governo Federal que fragilizam a Instituição por meio de cortes orçamentários. Um olhar com enfoque no aparelhamento da mesma, a fim de dissipar memórias e marcos da identidade negra e pleitear o racismo estrutural vigente, herança da escravidão no Brasil.

Sabe-se que a Fundação Cultural Palmares também era competente pelo licenciamento ambiental de empreendedorismo em comunidades quilombolas, mas perdeu essa competência com a edição do Decreto nº 10.252/2020 e isto impacta diretamente no reconhecimento ou demarcação de territórios quilombolas. Nesta conjuntura, deseja-se explorar os debates envolvendo a problemática, principiando de narrativas jornalísticas, nos anos de 2019 e 2020, sobre a Fundação Cultural Palmares.

O presente estudo está vinculado ao Projeto Integrado Caminho Curto II: Vivências de Ensino, Pesquisa e Extensão na Promoção da Cidadania da Universidade da Região de Joinville – Univille, relacionado à Comunidade Remanescente Quilombola Beco do Caminho Curto. Por acreditar que a defesa da Fundação Cultural Palmares se torna, assim, uma expressão da luta contra a destruição das políticas públicas que promovem a igualdade racial, o reconhecimento das populações afro-brasileiras e o fortalecimento das comunidades quilombolas, entende-se que esse diagnóstico inicial permitirá compreender como este processo de violência institucional que atinge a cultura e a memória, trará consigo diversos

impactos negativos, intensificando o racismo estrutural e consequentemente impactando a vida e as melhorias que se fazem necessárias nas comunidades quilombolas recém certificadas.

Importante destacar que em Joinville/SC e região são cinco comunidades certificadas em 2019 e 2020: Comunidade quilombola **Beco do Caminho Curto** – Joinville; Comunidade quilombola **Ribeirão do Cubatão** – Joinville; Comunidade quilombola **Areias Pequenas** – Araquari; Comunidade quilombola **Itapocú** – Araquari; Comunidade quilombola **Tapera** – São Francisco do Sul.

1. DESMONTE COMO ENSAIO DO APAGAMENTO DA MEMÓRIA ÉTNICA

Um governo que se diz liberal na economia e conservador nos costumes, governo que aplica uma política que notadamente é agente pela crescente exclusão social, que passa pelo aumento do desemprego e pelo genocídio do povo preto. Conforme levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada para o Atlas da Violência (2021), 77% das vítimas de homicídio no Brasil, são pretas ou pardas, ou seja, a chance de um negro ser assassinado é 2,6 vezes superior àquela de uma pessoa branca. Um governo que com suas políticas, se tornou um dos responsáveis pela volta do Brasil ao mapa da fome. Segundo a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (2021) a insegurança alimentar atinge 55,2% dos lares brasileiros.

Uma gestão voltada para o desmonte que tem como reflexo a crise institucional que a Fundação Cultural Palmares enfrenta, com cortes orçamentários aplicados pelo governo federal. De acordo com a Agência Alma Preta Jornalismo (2021), o orçamento destinado à Instituição sofreu queda de 76,13% nos últimos 10 anos. Ademais, tais deliberações governamentais enfraquecem ou retiram competências da entidade. Segundo o Decreto nº 10.252/2020, o órgão competente para de identificar, reconhecer, delimitar, demarcar e titular as terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas passou a ser o Incra, reflexo disto é o menor índice de certificações do órgão. Conforme Lei de Acesso à Informações (2020), a taxa de resolução de processos de certificação pela Fundação Cultural Palmares alcançou 11%, a menor desde as primeiras certificações.

Nessa perspectiva, é evidente que o atual governo não consegue, por exemplo, aprovar uma emenda que leve fim à fundação, como feito na extinção dos Ministérios da Cultura e Trabalho. Logo, assume o caminho de desqualificar, adotando diretrizes que intensificam o racismo estrutural. A desmoralização do governo federal para com a Instituição começa com a nomeação de Sérgio Camargo, uma vez que o presidente nega a existência do racismo no Brasil e a importância de políticas públicas para enfrentar a desigualdade racial, afirmação contrária à missão da Fundação Palmares. "Racismo real existe nos Estados Unidos. A negrada daqui reclama porque é imbecil e desinformada pela esquerda, afirma Sérgio Camargo" (Globo, 2019).

Nessa lógica, é perceptível que o desgaste institucional traz consigo retrocessos que podem se tornar irreparáveis em longo prazo. A vulnerabilidade da Fundação Palmares, correlacionada à restrição orçamentária, também provocou uma ascensão violenta contra o povo quilombola. Segundo o Ministério Público Federal e seu material informativo, conflitos associados à terra são a principal causa de violência contra indígenas e comunidades tradicionais no Brasil (2020):

As comunidades quilombolas foram alvo de atos violentos em 16% das situações reportadas ao MPF, enquanto 21% referem-se a outras comunidades tradicionais. As ameaças são o tipo mais comum de violência (84,1 %), seguido de lesão corporal (9,75%), homicídio (5,9%) e tentativa de homicídio (0,25%). Os dados apontam que 64% dos casos de violência estão associados à disputa pela terra, sendo que 38% dos registros correspondem a conflitos pela posse; 12% decorrem de desavenças causadas em razão da instalação de empreendimentos na região; e 14% referem-se a litígios pela exploração de recursos e bens, como pesca, agricultura e extração de madeira e minério, por exemplo.

O desmonte da Instituição fragiliza o seu principal propósito: a difusão e a preservação da cultura afro-brasileira. Vale ressaltar que a fundação é responsável pela conservação do patrimônio cultural e mantém compromisso com o combate ao racismo e a promoção da igualdade.

Nesse contexto, é necessário que se observe as desigualdades sociais em decorrência do racismo estrutural, posto que, de acordo com pesquisa do IBGE e seu material informativo Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira (2020), pessoas brancas abaixo da linha de pobreza (Rendimento domiciliar per capita observado na PNAD Contínua e as linhas de US\$ 1,90 e US\$ 5,50 em PPC) representam 14,7% da população, sendo 3,4% extremamente pobres, enquanto na população total, 56,3% se declarou de cor preta ou

parda, mas estes eram mais de 70% entre os que estão abaixo das linha de pobreza. Outrossim, na junção das informações sobre o sexo e cor ou raça das pessoas, foram as mulheres de cor ou raça preta ou parda que ficaram em evidência entre os pobres: sendo 28,7% da população, 39,8% dos extremamente pobres e 38,1% dos pobres. Como aponta a pesquisa, no âmbito trabalhista enquanto 34,5% das pessoas ocupadas de cor ou raça branca estavam em ocupações informais, as de cor ou raça preta ou parda atingiram o percentual de 47,4%.

À vista disso, todas as disparidades sociais, expostas nesse estudo, acentuam a fragilidade da população negra, consequências da herança escravocrata do Brasil. São demasiados os ataques, legitimados pelo racismo estrutural enraizado em nosso país. Neste prisma, é necessário mencionar o entendimento sobre o racismo como estrutura social:

O racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre “pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição”. Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas. (ALMEIDA, 2020, p.50).

Desta forma, devemos diferenciar o racismo de outros conjuntos que estão entrelaçadas, preconceito e discriminação:

Embora haja relação entre os conceitos, o racismo difere do preconceito racial e da discriminação racial. O preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias [...] a discriminação racial, por sua vez é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados. (ALMEIDA, 2020, p.32).

Neste âmbito, deseja-se analisar as reportagens jornalísticas, no portal G1 (Globo), uma vez com base na Análise de Tráfegos (2021), “O Globo”, ocupa o segundo lugar como site mais acessado do Brasil, com 440.6M. Nas narrativas jornalísticas coletadas nos anos de 2019 e 2020, sobre a Fundação Cultural Palmares é notório que a instituição vem sofrendo ataques a sua identidade:

O presidente nomeado da Fundação Cultural Palmares, Sérgio Nascimento de Camargo, afirmou nesta terça-feira (10) que o Dia da Consciência Negra precisa acabar. Acrescentou que, na opinião dele, a data foi criada pelo campo político de esquerda para “propagar o vitimismo”. (GLOBO, 2019).

Diversas foram às notas de repúdio em defesa da Fundação Palmares, o Movimento Negro nunca se absteve de estar na linha de frente. Como explica Silvio Henrique, do Conselho da Igualdade Racial, em reportagem cedida ao portal G1, em 28 de novembro de 2019, “o movimento negro ele surge no primeiro negro que foge da senzala. No primeiro negro que se volta contra a escravidão. Aqui, surge o movimento negro.” (GLOBO, 2019).

Ademais, os ataques permaneceram com propósito na extinção das memórias negras e da constante negação da existência de racismo no Brasil, tal como o selo para quem foi injustamente acusado de racismo, selo este, vinculado e divulgado por Sergio Camargo:

Sérgio Camargo informou que o selo é "o certificado de que a pessoa, acusada de racismo, está sendo, na verdade, vítima de campanha de difamação e execração" e que o selo será "concedido a todos que, injustamente e criminosamente, são tachados de racistas pela esquerda vitimista, com o apoio da mídia, artistas e intelectuais". (GLOBO, 2020).

A oposição do movimento negro foi imediata, conforme observamos na narrativa jornalística:

“Ele está desviando da finalidade da Fundação Cultural Palmares e ele tá, com isso, criando uma atitude de agressão de hostilização e desrespeito ao racismo e a discriminação a todos os negros brasileiros”, afirma José Vicente, reitor da faculdade Zumbi dos Palmares. (GLOBO, 2020).

CONCLUSÃO

Considerados os resultados obtidos nas pesquisas no portal G1 (GLOBO), nos anos de 2019 e 2020, vê-se que os são demasiados os ataques que a Fundação Cultural Palmares vem sofrendo, sendo este o ponto que o estudo se torna de importante, pois a defesa da Fundação Cultural Palmares é urgente e se configura um símbolo de luta contra os cortes orçamentários na entidade, pois a redução dos recursos impede a atuação do órgão competente e desmonta políticas públicas: sobretudo de constatação de direitos territoriais, inclusive nos territórios já demarcados, de igualdade racial e redução da desigualdade social no país.

Simboliza o respeito pela história, a proteção do papel transformador da cultura e da ancestralidade. Igualmente, é de direito das novas gerações da população negra que exista instituições preocupadas e em defesa da identidade racial e histórica. Nesse cenário, é necessário que sejam feitas reflexões e debates, pela proteção dos territórios, dos direitos alcançados e pelo direito de pertencer.

Os impactos nas comunidades quilombolas locais, se dá sobretudo de forma direta na desvalorização provocada pelas falas dos líderes da Fundação Palmares e na repercussão das mesmas nos meios de comunicação. Falas essas que reforçam pensamentos racistas, sexistas e autoritários e que violentam os direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio de. **Racismo Estrutural**: .1. ed. [S. l.]: Editora Jandaíra, 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 10.252, DE 20 DE FEVEREIRO DE 2020. Brasília, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.252-de-20-de-fevereiro-de-2020-244585036>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.

Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes>. Acesso em 25 nov. 2021.

Conflitos associados à terra são principal causa de violência contra indígenas e comunidades tradicionais no Brasil: segundo MPF. [S. l.], 5 maio 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/conflitos-associados-a-terra-sao-principal-causa-de-violencia-contra-indigenas-e-comunidades-tradicionais-no-brasil-segundo-mpf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

GUIMARÃES, Juca; BORGES, Pedro. Orçamento da Fundação Palmares cai mais de 75% em dez anos. **Alma Preta Jornalismo**, [s. l.], 11 maio 2021. Disponível em: <https://almapreta.com/sessao/politica/fundacao-palmares-orcamento-queda>. Acesso em: 29 nov. 2021.

IBGE. **Uma análise das condições de vida da população brasileira**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>. Acesso em: 29 nov. 2021.

JORNAL NACIONAL. Fundação Palmares lança selo para quem for 'injustamente' acusado de racismo; entidades reagem. **G1**, [S. l.], 29 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/05/29/fundacao-palmares-lanca-selo-para-quem-for-injustamente-acusado-de-racismo-entidades-reagem.ghtml>. Acesso em: 23 nov. 2021.

MAZUI, Guilherme. Dia da Consciência Negra 'propaga vitimismo', diz nomeado para Fundação Palmares após reunião com Bolsonaro. **G1**, Brasília, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/10/dia-da-consciencia-negra-propaga-vitimismo-diz-chefe-da-fundacao-palmares-apos-reuniao-com-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 23 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil**. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/family-farming/detail/fr/c/1392789/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

TV GLOBO; GLOBO NEWS. Novo presidente da Fundação Palmares minimiza racismo no Brasil em post; entidades criticam. **Globo.com**, [S. l.], 20 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/11/28/novo-presidente-da-fundacao-palmares-minimiza-racismo-no-brasil-em-post.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2021.

GRUPO DE TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO

CONTRATO AUTÔNOMO NO DIREITO DO TRABALHO

Júlia de Oliveira Bambinetti¹⁴
Janaína Soares da Silva Madeira¹⁵

RESUMO: O presente estudo trata sobre o contrato autônomo no direito do trabalho. O tema é relevante eis que com a reforma trabalhista operada com a Lei 13.467/17 restou autorizada a terceirização irrestrita e a contratação de autônomo, assim muitas empresas passaram a utilizar a contratação de autônomo como forma de fraudar a legislação trabalhista, na tentativa de não caracterizar os requisitos legais do vínculo de emprego, insertos no art. 2º e 3º da CLT. Assim, o objetivo do presente artigo é compreender os requisitos legais do contrato autônomo no direito do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Autônomo; Direito do Trabalho; Vínculo de Emprego.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido é relevante devido ao grande aumento de contratações de autônomos no país, mormente após a reforma trabalhista operada com a Lei 13.467/2017, que autorizou a terceirização irrestrita e trouxe a previsão expressa do autônomo para CLT. Uma das razões dessa expansão advém do fato de que as empresas estão isentas do efetivo registro do pacto laboral e, conseqüente, de encargos trabalhistas. Todavia, visando não se tornar um tipo de contratação em massa, a legislação proibiu que o empregado demitido ou que tenha solicitado seu desligamento da empresa, preste serviço como terceiro ou autônomo pelos próximos 18 meses, a contar da data de seu desligamento (IPEK; DUTRA; MAGANO, 2017 p. 49).

Ademais, por ser um tema atual sua discussão traz diversos entendimentos distintos, eis que passou a ser uma contratação lícita perante a Reforma Trabalhista, que liberou a terceirização irrestrita e estabeleceu a previsão legal para contratação do autônomo. Portanto, o intuito do presente artigo é destacar essa modalidade de contratação, conceituando o trabalhador autônomo, as características e efeitos dessa relação.

¹⁴ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

¹⁵ Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

1. RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO

Em meados de 1916 o contrato de trabalho era denominado pelo Código Civil, em seus artigos 1216 a 1236, como locação de serviços (MARTINS, 2019, p. 159).

Ao passar dos anos, especificamente na Lei nº. 62 de 1935 a denominação “contrato de trabalho”, que antes somente era utilizada por doutrinadores, surgiu na legislação brasileira. Todavia, sem quaisquer indícios quanto às diferenças de relação de emprego e de trabalho (MARTINS, 2019, p. 159).

Em decorrência da constante evolução da sociedade e suas relações, do mesmo modo, o aumento de autônomos no mercado de trabalho, as leis foram modificadas e novos conceitos surgiram com a correlação entre trabalho e emprego (IPEK; DUTRA; MAGANO, 2017, p. 46).

Por sua vez, o contrato de trabalho é considerado gênero, compreendendo o contrato de emprego, a relação entre o empregador e empregado. Posto isso, o contrato de trabalho pode compreender qualquer trabalho, tal como o do autônomo (MARTINS, 2019, p. 160).

A legislação permite confusões quanto a esses conceitos, eis que ora utiliza a expressão contrato de trabalho, ora relação de emprego e ainda relação de trabalho, sem fazer distinções. Entretanto, cumpre esclarecer que um contrato não pode ser de emprego e de trabalho ao mesmo tempo, eis que possuem características diferentes (MARTINS, 2019, p. 161), ou seja, o contrato de trabalho é o gênero e o contrato de emprego uma de suas espécies.

Por consequência, a reforma trabalhista de forma clara, legislou sobre a possibilidade de empresas contratarem autônomos sem registro de carteira de trabalho, de forma contínua ou não, sem que caracterizasse vínculo de emprego (IPEK; DUTRA; MAGANO, 2017, p. 46), constituindo assim uma relação de trabalho.

Por outro lado, para a caracterização da relação empregatícia é indispensável a presença de todos os elementos essenciais, dispostos nos arts. 2º e 3º da CLT. Consequentemente, a ausência de quaisquer elementos descaracteriza esta relação de emprego (RESENDE, 2018, p. 91). Nessa toada, a relação de emprego decorre somente sobre atividade humana subordinada, a qual é prestada pelo empregado (LEITE, 2018, p. 176).

É conceituada como a relação de trabalho subordinado o vínculo de trabalho humano sob subordinação, sendo essa um dos requisitos essenciais para a caracterização de vínculo de emprego. Dessa forma, a relação de emprego, a qual ocorre a caracterização dos requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, é uma das modalidades da relação de trabalho (RESENDE, 2020, p. 74).

Isto posto, enquanto a relação de trabalho seria gênero e a de emprego, espécie. Haja vista, a relação de trabalho alude sobre toda e qualquer ação humana em que haja prestação de trabalho (LEITE, 2018, p. 175). Logo, a relação de trabalho, em geral, advém de prestação de serviço de uma pessoa física, a qual constituiu uma pessoa jurídica MEI para prestar serviços a outra empresa. Nesta relação, não existe subordinação, habitualidade e pessoalidade (LEITE, 2020, p. 181).

Desta feita, Resende (2020, p. 90) conceitua o trabalho autônomo como a modalidade de relação de trabalho em que não há subordinação jurídica entre o trabalhador e o tomador de serviço.

2. CONTRATO AUTÔNOMO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A definição de autônomo está prevista na Lei 8.212/1.991, no art. 12, inciso V, alínea “h” nos seguintes termos “pessoa física que exerce, por conta própria, atividade economica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não” (RESENDE, 2020, p. 91).

Com a vigência da Lei 13.467/2017, passou a ser expressamente prevista na CLT a contratação de pessoas autônomas para prestarem serviços para toda e qualquer atividade das empresas, independentemente de atividades-meio ou atividades-fim, desde que preenchido os requisitos legais, os quais serão explicados no decorrer do presente trabalho (IPEK; DUTRA; MAGANO, 2017, p. 47).

Dessa forma, o trabalhador autônomo exerce suas atividades por conta própria, de forma eventual e não habitual. Ademais, é o responsável por adquirir suas ferramentas e materiais para o desenvolvimento de seu trabalho, assumindo os riscos de sua atividade econômica, sem possuir vínculo empregatício (IPEK; DUTRA; MAGANO, p. 47).

Sendo assim, o autônomo é o dono da própria energia de trabalho, não disponibilizando essa a terceiros. Os contratos em que firma com os terceiros são contratos de resultados e não de atividades (RESENDE, 2018, p. 92).

A inclusão do art. 442-B na CLT foi novidade na legislação, diante da autorização para contratação de trabalhadores autônomos, permitido o desempenho de quaisquer atividades na empresa contratante. Outra singularidade foi a permissão expressa de prestação de serviços com exclusividade, vez que antes da reforma trabalhista esse era um dos elementos que podiam indicar uma relação de emprego (RESENDE, 2020, p. 91).

Nessa toada, se de fato existir autonomia do autônomo na relação contratual, consequentemente a qualidade de empregado é afastada. Todavia, não tendo autonomia, restará conhecido o vínculo empregatício, não sendo suficiente a inserção do art. 442-B da CLT, em virtude do princípio da primazia da realidade, previsto no art. 9º da CLT (RESENDE, 2020, p. 92).

Assim, as principais diferenças entre o empregado e o autônomo é de que este é independente, seu trabalho é eventual e recebe apenas quanto o realiza, tendo uma relação comercial. Enquanto o empregado, é caracterizado principalmente pela subordinação e os demais requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, tendo a relação totalmente trabalhista, fazendo jus aos direitos previsto na CLT (ARAGON, 2018, p. 36).

Em casos de fraudes na contratação de autônomos é comum usar o termo pejetização, o qual estará sujeito a revisão da Justiça do Trabalho, podendo o trabalhador autônomo ter reconhecido seu vínculo empregatício, estando amparado pelos direitos, garantias e verbas rescisórias prevista na CLT (PEREIRA, 2019, p.02).

Há que se ressaltar que com a Emenda à Constituição n.º 45/2004 de 31/12/2004, houve uma amplitude do termo “relação de emprego”, uma vez que a referida emenda alterou o art. 114 da Constituição de 1988, atribuindo a Justiça do Trabalho a competência para processar julgar as ações individuais ou coletivas, oriundas de “relação de trabalho”, presente no inciso I do artigo supracitado (RESENDE, 2020, p. 106). Assim, o contrato autônomo pode ser conhecido e julgado pela Justiça do Trabalho.

Desta forma, o principal requisito para o contrato autônomo é que o trabalhador exerça sua função, assumindo os riscos do negócio, não sendo possível transferir à

um terceiro o poder organizacional de sua atividade, o modo, tempo e forma de execução (LEITE, 2018, p.192).

Portanto, no contrato do autônomo não pode estar presente o requisito de subordinação jurídica entre o trabalhador e o empregador. Dessa maneira, para um contrato autônomo legal os contratantes devem agir cautelosamente, verificando se não será um trabalho subordinado e dependente, eis que dessa forma, cumulado com os demais requisitos, estará caracterizado o vínculo de emprego, devendo o trabalhador ser registrado em carteira (IPEK; DUTRA; MAGANO, p. 49).

Por fim, a Lei 13.467/2017 introduziu à CLT o art. 442-B definindo o trabalhador autônomo e as maneiras com que este pode ser contratado para afastar a relação de empregado (ARAGON, 2020, p. 36).

2.1 Procedimentos do Microempreendedor Individual

Na maioria das vezes o profissional autônomo constitui MEI para prestar serviços às empresas. Para realizar a inscrição no MEI primeiramente é muito importante consultar se a atividade é permitida nessa categoria, estando estas descritas no site www.portalmei.org.br. Deve ser observado, também, o limite de faturamento anual pelo MEI, que não deve exceder o importe de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais) (MEI, Portal).

Observados esses requisitos, o autônomo está apto a realizar seu cadastro por meio do site do governo federal <https://mei.receita.economia.gov.br/inscricao/login>. Após realizar o preenchimento do formulário de inscrição do MEI, serão gerados automaticamente o CNPJ e número de inscrição na Junta Comercial, não sendo necessário o encaminhamento de qualquer documentação à Junta Comercial, estão aptos assim a gerar o Certificado da Condição de Microempreendedor Individual.

Para tanto, o Microempreendedor Individual deverá pagar a DAS mensalmente, a qual tem o valor mensal, atual, de R\$50,00 (cinquenta reais) e que normalmente deve ser efetuado até o dia 20 de cada mês, tendo como objetivo quitar os impostos devidos para manutenção do negócio. O valor correspondente ao INSS é de 5% do salário-mínimo vigente no ano. É possível que Estados e Municípios estipulem taxas, o que deve ser consultado pelo Microempreendedor.

A formalização do autônomo como MEI traz maior segurança ao autônomo, que pagando em dia as guias do DAS concede a este os seguintes benefícios como: aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, salário-maternidade, auxílio-reclusão, pensão por morte, entre outros.

Todavia, deve cumprir com obrigações como: emissão de nota fiscal ao realizar negócios com pessoas jurídicas, sendo opcional a emissão quando realizado negócio com pessoa física, preencher relatório mensal, guardar notas fiscais de compra e venda por 5 anos, enviar Declaração de Faturamento Anual, entre outras (MEI, Portal).

3. OS REQUISITOS DO VÍNCULO DE EMPREGO (ART. 2º e 3º DA CLT) E A NÃO CARACTERIZAÇÃO NO CONTRATO AUTÔNOMO

Os elementos caracterizadores da relação de emprego se encontram estabelecidos nos arts. 2º e 3º da CLT:

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

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para distinguir um trabalhador autônomo de um empregado, o elemento crucial a ser analisado é a subordinação (NETO, Francisco Ferreira J.; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P, 2018, p. 281). Atualmente, a doutrina e a jurisprudência tratam este elemento como uma subordinação jurídica, eis que existente entre empregado e empregador diante do contrato de trabalho estabelecido entre as partes (RESENDE, 2020, p. 81). Dessa forma, o empregador exerce seu poder diretivo, enquanto o empregado obedece, dentro dos ditames legais, as ordens. Destarte, aquele que é subordinado não determina a energia de seu trabalho (RESENDE, 2020, p. 81). Assim, o principal elemento caracterizador da relação de emprego é a subordinação.

Para Leite (2021, p. 93) o contrato de trabalho em regra é *intuitu personae* em relação ao empregado, que somente poderá ser pessoa física. Dessa forma, o trabalho deve ser prestado de forma pessoal, por aquele contratado pelo empregador, onde surge outro elemento, a pessoalidade. Cumpre salientar que somente em casos

esporádicos, de forma expressa e tácita, é possível a substituição desse empregado, logo, a relação de emprego é pessoal.

O terceiro elemento é o do não eventualidade, o qual conceitua que o trabalhador não eventual labora de forma repetida, em atividades permanentes do empregador, sendo fixado a este juridicamente (RESENDE, 2020, p. 77).

O elemento onerosidade por sua vez traz consigo um caráter bilateral, sinalagmático e oneroso, porquanto a obrigação principal do empregado é fornecer sua força de trabalho, ora cumprir sua função, a obrigação do empregador é remunerar o empregado pelos serviços prestados (RESENDE, 2020, p. 81).

O último requisito é a alteridade, sendo de suma importância na relação trabalhista, de maneira que sua ausência, assim como os demais elementos, descaracteriza o vínculo empregatício. A alteridade pressupõe que o empregado trabalha por conta alheia, ou seja, por conta do empregador, sendo deste a responsabilidade de todos os riscos do negócio (RESENDE, 2020, p. 86).

CONCLUSÃO

A relação de trabalho é o gênero e a de emprego, espécie. A relação de trabalho reflete toda ação humana em que haja prestação de trabalho, portanto, advém de prestação de serviço de uma pessoa física, que pode constituir uma pessoa jurídica, MEI, para prestar serviços a outra empresa. Assim, o trabalho autônomo é uma modalidade de relação de trabalho em que não há subordinação jurídica entre o trabalhador e o tomador de serviço.

Para distinguir um trabalhador autônomo de um empregado, o elemento crucial a ser analisado é a subordinação. O trabalhador autônomo exerce suas atividades por conta própria, de forma eventual e não habitual, sendo o responsável por adquirir suas ferramentas e materiais para o desenvolvimento de seu trabalho, assumindo os riscos de sua atividade econômica, sem possuir vínculo empregatício.

Após a inclusão do art. 442-B na CLT houve autorização para contratação de trabalhadores autônomos, permitido o desempenho de quaisquer atividades na empresa contratante.

Ademais, importante asseverar que a formalização do autônomo como MEI traz maior segurança ao autônomo, e conseqüentemente para regular

Dessa forma, para um contrato autônomo legal os contratantes devem agir cautelosamente, verificando se não será um trabalho subordinado e dependente, eis que dessa forma, cumulado com os demais requisitos, estará caracterizado o vínculo de emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGON, Camila Kassin Avelar. **A Figura do Trabalhador Autônomo após a Edição da Lei nº 13.467/2017**. Disponível em:

<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/1780/3/A%20FIGURA%20DO%20TRABALHADOR%20AUT%20C3%94NOMO%20%20CAMILA%20KASSIN%20AVELAR%20ARAGON.pdf>.

BORGES, Amanda Américo. **A pejetização nos vínculos de trabalho: um estudo de caso com os profissionais contábeis no extremo sul catarinense**. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/8018>.

FERREIRA, J.N. F.; PESSOA, C.J.D. Q. **Direito do Trabalho**, 9ª edição. Grupo GEN, 2018. 9788597018974. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018974/>.

FILHO, Rodolfo P.; SOUZA, Tercio Roberto P. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2020. 9788553616213. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616213/>.

IPEK, Arnaldo.; DUTRA, Alexandre. L.; MAGANO, Isabella. R. **Reforma trabalhista**. Blucher, 2017. 9788521212690. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521212690/>.

LEAL, Diego Pinto de Barros. **Trabalhador autônomo exclusivo: maior segurança jurídica para o contratante ou melhor disfarce para relação de emprego?**

Disponível em: <https://www.revistalaborare.org/index.php/laborare/article/view/36/25>

LEITE, C.H. B. **Curso de direito do trabalho**. Editora Saraiva, 2018. 9788553610419.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610419/>.

MATIAS-PEREIRA. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 4ª edição.

Grupo GEN, 2016. 9788597008821. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/>.

PEREIRA, Mauro Melo. **A flexibilização dos direitos trabalhistas e a pejotização**.

Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/Virtu/article/view/288/309>.

RESENDE, **Direito do Trabalho**. Grupo GEN, 2020. 9788530989552. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989552/>.

SANTOS, A. C; Souza, A. R. **A Pejotização e sua Influência na Precarização do Trabalho**. Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13969/1/A%20PEJOTIZA%C3%87%C3%83O%20E%20SUA%20INFLU%C3%84NCIA%20NA%20PRECARIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20TRABALHO%20%283%29.pdf..>

SEBRAE. Disponível em:

<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ms/artigos/serie-mei-passo-a-passo-para-formalizacao,a195c80ded253510VgnVCM1000004c00210aRCRD>

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. Grupo GEN, 2020.

9788530993115. Disponível em

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993115/>.

BELMONETE, Pedro Ivo. **Trabalho temporário e trabalho terceirizado, após a Reforma Trabalhista.** Revista LTr, v. 81, nº 11. Disponível em: [Capanema e Belmonte Advogados | Trabalho temporário, terceirização e a reforma trabalhista \(cbadv.adv.br\).](#)

MEI, Portal. **Inscrição MEI - como fazer gratuitamente.** Disponível em: <https://www.portalmei.org/inscricao-mei-como-fazer-gratuitamente/>

**GRUPO DE TRABALHO:
CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA**

O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NA OBRA DE ROBERT POST E REVA SIEGEL E SUA PERTINÊNCIA NO DEBATE JURÍDICO BRASILEIRO

Fernanda Beda Siedschlag¹⁶

Nestor Castilho Gomes¹⁷

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo descrever a teoria do constitucionalismo democrático, oriunda das obras de Robert Post e Reva Siegel e expor a visão positiva dos professores acerca do efeito *backlash*, para, ao final, analisar a eventual pertinência da aludida teoria no debate jurídico brasileiro. A importância do tema se dá em razão da atual crise democrática brasileira, principalmente no que tange às críticas às suas instituições; no mais, pelo fato de as obras dos mencionados constitucionalistas ainda não terem sido traduzidas para o português. Observou-se que a visão positiva do *backlash* na doutrina de Post e Siegel é inequívoca e que o fenômeno do *backlash* já teve aparição em território nacional. Ao final, restou perceptível a pertinência da teoria do constitucionalismo democrático no debate jurídico do país.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Democrático; Direito Constitucional; *Backlash*.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a teoria do constitucionalismo democrático, formulada por Robert Post e Reva Siegel, ambos da *Yale University*. O trabalho dos professores norte-americanos decorre da interação existente entre os conceitos de constitucionalismo e democracia. Para os aludidos professores, o desacordo no entendimento das normas constitucionais não só é positivo, como necessário e importante. Não fosse suficiente, ao conceito de *backlash*¹⁸ foi atribuída uma conotação positiva.

Tal estudo é relevante diante da atual crise democrática brasileira, especialmente de suas instituições, muito em função das manifestações públicas do atual Chefe do Poder Executivo, que diuturnamente afrontam a supremacia constitucional, como se a Constituição rejeitável fosse (MENDES, 2020).

Na mesma senda, são comuns críticas generalizadas ao Supremo Tribunal Federal, sejam elas quanto aos efeitos provocados por suas decisões, quanto à isenção de seus integrantes em determinados momentos de atuação, quanto à

¹⁶ Estudante do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: bedafernanda@gmail.com.

¹⁷ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: nestorcastilho@bh.adv.br.

¹⁸ O termo *backlash* foi abordado e explicado na segunda parte do presente artigo, item de número 2.

eventual incoerência de posicionamentos e até no que tange ao cumprimento de seu papel constitucional (MENDES, 2018).

Por derradeiro, o tema merece aprofundamento, uma vez que a obra dos referidos professores – constitucionalistas de prestígio nos Estados Unidos da América – ainda não foi traduzida para o português. Desta feita, diante da falta de tradução para o português das obras de Post e Siegel, conforme já mencionado, bem como da obra de Sustain, necessário destacar que todas as citações oriundas das referidas obras são livres da autora, eis que não juramentada.

Contudo, a problemática é notória uma vez que a aludida teoria foi desenvolvida à luz da realidade norte-americana, e não da brasileira. Sendo assim, o presente trabalho pretende promover a divulgação e discussão do tema no Brasil.

1. A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Da comunicação e consequente interação existente entre ambos os termos que compõem a expressão constitucionalismo democrático, quais sejam: constitucionalismo e democracia, e em oposição a teorias reducionistas, como a do minimalismo judicial, por exemplo, desenvolveu-se a teoria do constitucionalismo democrático, defendida pelos professores da *Yale University*, Robert Post e Reva Siegel.

Preliminarmente, para contextualização, necessário definir, ainda que de forma breve, o minimalismo judicial, uma teoria reducionista defendida por Cass Robert Sustain. Para o professor da *Harvard Law School*, sob a ótica dessa teoria, a atuação jurisdicional mais acertada seria aquela limitada, na qual os tribunais, em sua atuação, deveriam evitar decidir sobre questões secundárias e controversas, normalmente morais, filosóficas ou políticas, – para ele, desnecessárias ao caso – no momento de resolução de um caso concreto. Ainda, acredita o referido professor que, em ocorrendo a situação conforme acima, a falta de posicionamento e/ou de interferência por parte dos tribunais possibilitaria que a população exercesse, então, o poder de forma independente. Veja-se:

Os minimalistas acreditam que, ao deixar as questões centrais por decidir, podem manter um amplo espaço para o autogoverno, ao mesmo tempo em

que demonstram respeito às pessoas que discordam acerca das questões fundamentais (SUNSTEIN, 2008b, p. 1)¹⁹.

Ainda nessa perspectiva, uma justificativa para tal pensamento seria a de que “haveria uma relação intrínseca entre minimalismo judicial e a promoção da democracia”, conforme bem pontuou Bunchaft (2014, p.156).

Não fosse suficiente, tendo em vista essa teoria, seria na mera decisão do caso concreto, deixando intocáveis questões adjacentes, como princípios fundamentais, muitas vezes mais complexos e polêmicos, que por diversas vezes dividem a sociedade, que seria propiciada a deliberação democrática. Dessa forma, interpreta Bunchaft (2014, p.156):

Nessa perspectiva, o constitucionalista desenvolve o aspecto positivo da possibilidade de deixar em aberto questões constitucionais mais fundamentais como forma de promover a deliberação democrática, sobretudo em questões de alta complexidade em razão das quais a nação se sente profundamente dividida. Uma das principais características do minimalismo constitui o fato de que os juízes devem decidir os casos de forma estreita e não criar regras amplas.

Todavia, Post e Siegel são enfáticos ao apontar a referida teoria como um equívoco, principalmente diante da interpretação sucinta que essa sugere. Nas palavras dos referidos constitucionalistas (2009, p.32): “seria um erro para os progressistas a adoção do minimalismo judicial, uma teoria que convida os juízes a interpretar a Constituição por caminhos estreitos e rasos”²⁰.

Como se não bastasse, Post e Siegel não acreditam na capacidade da teoria minimalista judicial de movimentar o coletivo para o debate de questões sociais pertinentes e de fato proporcionar as mudanças futuras esperadas:

O minimalismo judicial é dirigido a intérpretes e advogados, contra a mudança. Parece pouco provável que esse mobilize os progressistas para ‘retomar o Tribunal’ ou para orientar o judiciário a romper com as premissas constitucionais conservadoras que têm sido incorporadas na doutrina nas últimas décadas. O minimalismo judicial não consegue dotar as atuais gerações de americanos com confiança ou autoridade para afirmarem a sua própria compreensão do significado da Constituição (POST; SIEGEL, 2009, p.32)²¹.

¹⁹ *Minimalists believe that by leaving central issues undecided, they can maintain ample space for self-governance while also demonstrating respect to people who disagree on fundamental matters.*

²⁰ *Fourth, it would also be a mistake for progressives to embrace minimalism, a theory that invites judges to construe the Constitution in narrow and shallow ways.*

²¹ *Minimalism is aimed at judicial interpreters and counsels against change. It seems unlikely to mobilize progressives to “take back the Court” or to orient the judiciary to break with the conservative constitutional premises that have been incorporated into doctrine in the last several decades. Minimalism*

Diante disso, é na contramão da referida teoria de corrente liberal que se desenvolveu o constitucionalismo democrático. A teoria dos professores de *Yale* é pautada “na ideia de que o direito constitucional feito por juízes e a política democrática afetam-se mutuamente” (POST; SIEGEL, 2007, p.395)²². Ora, para Post e Siegel, não basta apenas que os tribunais realizem a interpretação constitucional nos casos concretos. Cabe também aos cidadãos a qual aquela Constituição é destinada que, inseridos em uma democracia representativa, vejam sentido na interpretação dada pelas cortes, concedendo legitimidade à Constituição. Nesse sentido, lecionam:

O constitucionalismo democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo que afirma o papel dos tribunais ao usarem razões jurídicas profissionais para interpretar a Constituição (POST; SIEGEL, 2007, p.379)²³.

Em caso contrário, sem o menor envolvimento popular nas questões acerca de temas de relevante interesse social, ainda que meramente para discussão, o povo restaria cada vez mais afastado do processo, deixando de se apropriar da Constituição como sujeito a qual ela é destinada, ocasião em que essa não mais encontraria legitimidade. É o pensamento de Post e Siegel:

Se os tribunais impusessem o significado da Constituição em matérias sobre as quais os cidadãos se preocupam profundamente, o povo americano se tornaria alienado e alheio. Não seríamos mais capazes de reconhecer a Constituição como ‘nossa’, como a expressão de ‘nós, o povo’. A legitimidade da Constituição depende desta relação de reconhecimento (POST; SIEGEL, 2009, p.27)²⁴.

Em assim sendo, seria nessa interdependência natural entre direito e política – e somente nessa – que o verdadeiro sentido constitucional e a legitimidade da Constituição seriam atingidos. Para isso, Post e Siegel explanam:

cannot endow current generations of Americans with the confidence or role authority to assert their own understanding of the Constitution's meaning.

²² *Democratic constitutionalism rests on the commonsense idea that judge-made constitutional law and democratic politics affect each other.*

²³ *Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution.*

²⁴ *If courts were to impose the Constitution's meaning in matters about which citizens care deeply, the American people would soon become alienated and estranged. We would no longer be able to recognize the Constitution as “ours,” as the expression of “We, the People.” The legitimacy of the Constitution depends on this relation of recognition.*

Ao contrário de um enfoque jurídico centrado nos tribunais, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições e nas práticas de revisão judicial (POST; SIEGEL, 2007, p.379)²⁵.

Da leitura acima, pode-se questionar se os professores acreditam que, para a determinação de sentido e obtenção de legitimidade, a população deva, necessariamente, concordar com as decisões das cortes. Frise-se, desde já, que isto está equivocado. Pelo contrário, para Post e Siegel é natural – e até esperada – a discordância da população acerca da interpretação constitucional fornecida pelas cortes democráticas. Tem-se que “o constitucionalismo democrático vê o desacordo interpretativo como uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional” (POST; SIEGEL, 2007, p.374)²⁶.

Segundo os referidos professores, há benesses intrínsecas ao desacordo da interpretação da Constituição:

Paradoxalmente, a possibilidade de desacordo sobre o entendimento da Constituição preserva a autoridade constitucional, porque permite que pessoas de diferentes convicções enxerguem a Constituição como expressão maior dos seus compromissos fundamentais e considerem a Constituição como lei fundamental (POST; SIEGEL, 2009, p. 27)²⁷.

Na mesma senda, concordam Dantas e Fernandes (2019) que o cerne do debate constitucional democrático está justamente no desacordo e não em um eventual consenso entre sociedade, cortes democráticas e instituições de poder. Segundo Dantas e Fernandes, (2019, p.71):

É no desacordo que o constitucionalismo se desenvolve e se legitima em uma democracia, permitindo que os vários atores constitucionais interajam reciprocamente na reivindicação do sentido de Constituição compatível com seu projeto individual e coletivo de vida.

Por fim, a discordância acima citada pode resultar, para além de mero desagrado, em uma reação contrária, de verdadeira e persistente resistência ao entendimento constitucional promovido pelas cortes.

²⁵ *Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review.*

²⁶ *Democratic constitutionalism views interpretive disagreement as a normal condition for the development of constitutional law.*

²⁷ *Paradoxically, the possibility of disagreement about the Constitution's meaning preserves constitutional authority, because it enables persons of very different convictions to view the Constitution as expressing their most fundamental commitments and to regard the Constitution as foundational law.*

2. O EFEITO *BACKLASH* NA OBRA DE ROBERT POST E REVA SIEGEL

Dentre os diversos vocábulos que aparecem nas obras de Post e Siegel, o *backlash* merece destaque. Inicialmente, indispensável apresentar um conceito acerca do referido termo e contextualizá-lo historicamente.

Trata-se, portanto, de uma palavra de origem inglesa, que encontra por definição, no Dicionário de Cambridge, do inglês britânico, como “um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou a eventos recentes na sociedade ou na política”.

Preliminarmente, e de forma simplificada, possível partir da premissa e, ainda, traçar um paralelo com a Terceira Lei de Newton, a qual definiu que para toda ação existe uma reação em sentido oposto (VALLE, 2013).

Seguindo nessa mesma perspectiva, mas visando superar apenas conceitos e teorias esparsas, já com maior enfoque na ocorrência propriamente dita do *backlash* e sua análise no âmbito jurídico, de acordo com Vasconcelos (2019, p.15), tem-se que:

Dessa forma, pode-se resumir o efeito *backlash* como uma forma de reação a uma decisão judicial, a qual, além de dispor de forte teor político, envolve temas considerados polêmicos, que não usufruem de uma opinião política consolidada entre a população. Em decorrência desta divisão ideológica presente de forma marcante, a parte ‘desfavorecida’ pelo *decisum* faz uso de outros meios para deslegitimar o estabelecido ou tentar contorná-lo. Em suma, *backlash* relaciona-se com alguma forma de mudança de uma norma imposta.

Não obstante, Marmelstein (2016, n.p), em sua obra, dedicou-se a explicar, detalhadamente, como se dá, na prática, a ocorrência do efeito *backlash*. Tem-se o início, através de uma decisão, por parte do Poder Judiciário, acerca de uma questão socialmente controversa, perpassando pela crítica que essa vem a receber, até a ocasião em que eventualmente ocorre a modificação do entendimento, seja por decisão do Poder Judiciário ou por criação ou alteração normativa, por parte do Poder Legislativo:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública,

capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Ora, da narrativa acima, é perceptível que o *backlash* pode acarretar em mudanças significativas. Tanto por parte do Poder Legislativo, na confecção e alteração de leis, quanto do Poder Judiciário, de maneira que esse, de certa forma, vá na esteira dos princípios defendidos pela sociedade que se voltou contra a decisão.

Há exemplos nos Estados Unidos da América, em casos julgados pela Corte Americana, tais quais *Roe versus Wade*²⁸. Esse emblemático caso versou sobre a constitucionalidade das leis locais sobre a prática do procedimento do aborto.

No aludido caso, a Corte Americana entendeu, após todo o processo e tendo em vista o direito à saúde, à privacidade e à vida humana, por legal o direito de a mulher gestante optar pela realização do aborto.

A partir desta decisão, instaurou-se um debate significativo nos Estados Unidos da América e no mundo acerca do que teria motivado o posicionamento da Corte, pois na época houve grande participação do movimento feminista e dos defensores dos direitos civis. Fato é que, até os dias atuais, a decisão permanece sendo amplamente debatida e, por vezes, até questionada, principalmente pelos governos de partidos republicanos, na tentativa de modificá-la.

Da descrição acima, percebe-se que o que aconteceu foi uma reação social e política acerca da decisão judicial, fenômeno classificado pelos norte-americanos por efeito *backlash*.

A partir de casos como esse, atribuiu-se certa conotação negativa ao efeito *backlash*, como se fosse uma ameaça ao constitucionalismo. Nesse ponto encontra-se o diferencial da obra de Post e Siegel que, pautada no constitucionalismo democrático, resistiu a essa perspectiva:

²⁸ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

Embora os custos do *backlash* sejam bem reconhecidos, o constitucionalismo democrático identifica certos benefícios subestimados acerca do *backlash*. O *backlash* pode promover solidariedade constitucional e fortalecer a legitimidade democrática da interpretação constitucional (POST; SIEGEL, 2007, p.376)²⁹.

Para os reportados professores, tem-se o entendimento de que “o *backlash* expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição” (POST; SIEGEL, 2007, p. 376)³⁰. Para esses, “até mesmo a resistência à interpretação judicial pode aumentar a legitimidade democrática da Constituição” (POST; SIEGEL, 2007, p.375)³¹. Portanto, mais que uma mera reação social, para os professores de Yale o fenômeno representa uma possibilidade de maior interação entre sociedade, política e direito. Nas palavras de Post e Siegel:

Visto da perspectiva sistêmica da abrangente ordem constitucional americana, o *backlash* visa manter a responsividade democrática do significado constitucional. Visto da perspectiva de tribunais, o *backlash* é uma ameaça à manutenção da autoridade e do controle legal. O constitucionalismo democrático nos convida a analisar a reação dessas perspectivas distintas, mas interdependentes (POST; SIEGEL, 2007, p. 379)³².

Diante disso, para os constitucionalistas supracitados, tal efeito é considerado essencial no processo de busca pelo sentido constitucional e na legitimação político-jurídico-constitucional, especialmente em democracias plurais, como a norte-americana e a brasileira, por exemplo. Veja-se:

Cidadãos que se opõem a decisões judiciais são politicamente ativos. Eles cumprem seu compromisso com a importância do sentido constitucional. Eles procuram persuadir outros americanos a acolher seus entendimentos constitucionais. Essas formas de engajamento levam os cidadãos para se identificarem com a Constituição e uns com os outros (POST; SIEGEL, 2007, p.390)³³.

²⁹ Although the costs of backlash are well recognized, democratic constitutionalism identifies certain underappreciated benefits of backlash. Backlash can promote constitutional solidarity and invigorate the democratic legitimacy of constitutional interpretation.

³⁰ Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution.

³¹ In this way, even resistance to judicial interpretation can enhance the Constitution's democratic legitimacy.

³² Viewed from the systemic perspective of the overarching American constitutional order, backlash seeks to maintain the democratic responsiveness of constitutional meaning. Viewed from the perspective of courts, backlash is a threat to the maintenance of legal authority and control. Democratic constitutionalism invites us to analyze backlash from these distinct but interdependent perspectives.

³³ Citizens who oppose court decisions are politically active. They enact their commitment to the importance of constitutional meaning. They seek to persuade other Americans to embrace their constitutional understandings. These forms of engagement lead citizens to identify with the Constitution and with one another.

Para Dantas e Fernandes (2019), na busca por eventual modificação decisória, haveria um progressivo reconhecimento do cidadão para com a ordem constitucional. Assim fundamentam Dantas e Fernandes (2019, p.85):

O engajamento do povo na deliberação constitucional reforça o seu compromisso com os valores constitucionais individuais e coletivos, o que mantém a sua adesão e fidelidade à Constituição mesmo quando sua interpretação não é prevalente. Na tentativa de persuasão do outro e das instituições, os cidadãos apropriam-se de memórias e princípios compartilhados, permitindo que se identifiquem entre si e com a ordem constitucional.

Dessa forma, o envolvimento social na discussão constitucional fortificaria o sentimento de comprometimento para com a Constituição, ainda que o entendimento da corte seja diverso. É o disposto por Dantas e Fernandes (2019, p.85):

A participação popular é positiva para a ordem constitucional, constituindo uma das formas de fortalecimento da coesão social e da legitimação da Constituição em uma sociedade plúrima de valores, convicções e ideais.

Não fosse suficiente, Post e Siegel ainda pontuam que, em contrapartida, em eventual inexistência dessa reação chamada de efeito *backlash*, difícil seria encontrar reconhecimento e legitimidade em institutos tais quais constitucionalismo e democracia. Assim, Post e Siegel explicam que “uma lacuna ampla e persistente entre os entendimentos profissionais das cortes e os entendimentos populares, sobre questões que interessam ao público, podem ameaçar a legitimidade democrática da Constituição” (POST; SIEGEL, 2007, p. 379)³⁴. Em consonância, Marmelstein (2016, n.p) menciona:

O problema é que, sem a decisão judicial, dificilmente se conseguiria a necessária mobilização social para que a situação fosse abertamente discutida. Nessa situação, inverte-se o ônus do constrangimento, pois quem tem que sair da situação de comodidade é o grupo reacionário que precisará assumir seus preconceitos sem subterfúgios. Desse modo, a decisão judicial exigirá, para o grupo reacionário, a necessidade de defender abertamente a situação odiosa que era encoberta por um discurso dissimulado.

Tem-se como exemplo disso, o recente julgado do Supremo Tribunal de Federal, no caso da vaquejada. Inicialmente, no final de 2016, o Supremo Tribunal

³⁴ *A large and persistent gap between professional and popular understandings of the Constitution, about questions that matter to the public, can threaten the democratic legitimacy of constitutional law.*

Federal julgou inconstitucional, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.983, a Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada, de forma a vedá-la, por considerá-la cruel para com os animais (BRASIL, 2017).

Irresignada, a população local do Ceará pleiteou a reforma da mesma, com os argumentos de que o evento era proveitoso à economia local e que os animais não eram submetidos à crueldade, ante a existência de regulamento próprio para a prática.

Por fim, sobreveio a Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017, que acrescentou ao §7º ao artigo 225 da Constituição Federal a informação de que, em se tratando de prática desportiva que utiliza animais, as manifestações culturais não se considerariam cruéis (BRASIL, 2017). Desta feita, cristalina a presença do efeito *backlash* em território nacional.

3. A PERTINÊNCIA DA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO NO DEBATE JURÍDICO BRASILEIRO

Diante de todo o acima exposto, restou perceptível que a teoria do constitucionalismo democrático “oferece um modelo jurisprudencial que explora a interdependência profunda e inevitável entre direito e política” (POST; SIEGEL, 2007, p.433)³⁵. Contudo, a aludida teoria foi desenvolvida diante da realidade norte-americana, e não da brasileira. Ainda assim, sua aplicabilidade não fica restrita somente ao sistema jurídico-político norte-americano, muito menos é exclusiva a qualquer outro: um sistema diferente, desde que democrático, também permite sua aplicação, apesar de eventuais divergências estruturais. É o caso do Brasil.

Após a última eleição presidencial, em 2018, que teve como vencedor o Sr. Jair Messias Bolsonaro (sem partido), a população brasileira assistiu diversas manifestações antidemocráticas por parte do Chefe do Poder Executivo. As mais diversas instituições foram questionadas e ofendidas, dentre elas o Supremo Tribunal Federal. A corte democrática brasileira recebeu duras críticas quanto as suas decisões, integrantes, posicionamentos e papel constitucional (MENDES, 2018).

³⁵ This Essay offers a jurisprudential model, democratic constitutionalism, that explores the deep and inevitable interdependence of constitutional law and politics.

Tem-se como exemplo a discussão acerca da educação domiciliar (*homeschooling*) no país. Em 2018, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 888.815 (BRASIL, 2018), o Supremo Tribunal Federal já havia mencionado a falta de lei aprovada pelo Congresso Nacional que regulamentasse o tema, razão pela qual, naquele caso concreto, não foi possível reconhecer o *homeschooling* no país.

Contudo, recentemente, em abril de 2021, conforme divulgado pelo Correio Braziliense (2021), uma estudante aprovada no vestibular de Engenharia Civil na Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP, foi impedida de se matricular na mencionada instituição de ensino superior, uma vez que não possui diploma de conclusão de ensino médio, justamente por ser adepta da educação domiciliar. Veja-se:

Elisa de Oliveira Flemer, 17 anos, passou em engenharia civil na Universidade de São Paulo (USP). Não bastasse isso, a menina ainda foi a quinta colocada. Mas, o que era motivo de alegria, logo virou uma frustração. Por ter estudado no formato *homeschooling*, e não ter documentos que comprovasse sua formação no ensino médio, ela não pôde se matricular.

A partir da divulgação da mídia, o tema voltou a ser amplamente debatido, tanto no âmbito social, em razão da significativa comoção popular, quanto institucional, chegando ao ponto de serem apresentados projetos de lei objetivando a regulamentação da educação domiciliar no país.

Diante do exposto, necessário destacar que o Supremo Tribunal Federal não detém a ‘última palavra’. A partir de suas decisões, é instaurado um diálogo – não necessariamente formal – entre poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo), instituições e povo. É por meio desse diálogo acerca de uma decisão judicial que as reações sociais e políticas ocorrem, fenômeno esse classificado como *backlash*, o que confirma a interação natural existente entre sociedade, política e direito, defendida pela teoria do constitucionalismo democrático, conforme já abordado no tópico anterior.

Além do mais, as decisões judiciais não encerram definitivamente o debate, como diversas pessoas acreditam. O Supremo Tribunal Federal não encerra discussões, pois sempre há a possibilidade de: (i) uma nova legislação sobre o tema (uma nova lei, uma emenda à Constituição); (ii) mutação constitucional; (iii) alteração da jurisprudência, entre outros.

Por todo o exposto, resta perceptível a pertinência da aplicação da teoria do constitucionalismo democrático no país, uma vez que, assim como nos Estados Unidos

da América, o Brasil também possui uma corte democrática emanando decisões, juntamente com a população mobilizada a encontrar o sentido constitucional das normas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da descrição da teoria do constitucionalismo democrático, formulada por Post e Siegel, restou cristalina a interação espontânea existente entre os institutos do constitucionalismo e da democracia. Inclusive, seria nessa ocasião que o sentido constitucional e a legitimidade da Constituição seriam possibilitados.

Ademais, quanto ao engajamento popular nos processos decisórios, tem-se como algo normal, inclusive inerente à promoção e à construção do direito constitucional. Ainda, em eventual discordância da sociedade acerca das interpretações constitucionais emanadas pelas cortes democráticas, o desacordo se mostra não só positivo, como vital para a discussão de temáticas constitucionais, bem como para garantir a supremacia das constituições.

Por fim, é evidente que a discordância acima citada pode ocasionar, além de dissabores nos âmbitos social e político, resistência na aceitação da interpretação constitucional. Essa resistência é o início do efeito *backlash*.

Na contramão do entendimento majoritário da atualidade, inequívoca a visão positiva do *backlash*, conforme defendido por Post e Siegel. O engajamento da sociedade com as instituições democráticas ocasiona a busca pelo sentido constitucional, representando um benefício. Inclusive, resta clarividente que o efeito *backlash* não só pode emergir no Brasil, como já aconteceu, a exemplo do caso da vaquejada.

Contudo, a problemática se dá em razão da mencionada teoria ter tido seu desenvolvimento sob à ótica da realidade social, política e constitucional dos Estados Unidos da América, e não do Brasil. No entanto, ainda assim, um sistema diverso, contanto que democrático, também permite sua aplicação. Passou-se, então, à análise da eventual pertinência da teoria do constitucionalismo democrático no debate jurídico do Brasil.

Diante disso, o debate acerca da educação domiciliar (*homeschooling*) no país foi usado para ilustrar a aplicabilidade da teoria em questão. Destarte, ficou claro que o Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, não encerra as discussões de temáticas sociais e políticas no país, pelo contrário – é através dessas decisões que é estabelecido o diálogo entre as instituições de poder e a sociedade. Ademais, ainda pode sobrevir a criação de novos dispositivos normativos sobre o tema, a atribuição de novo entendimento da norma e até modificação jurisprudencial, entre outros.

Desta forma, resta perceptível o atingimento do objetivo do presente artigo, especificamente no que tange à análise da pertinência da aplicabilidade da teoria do constitucionalismo democrático no país. Ora, uma vez que, assim como nos Estados Unidos da América, o Brasil também possui uma corte democrática emanando decisões, juntamente com a população mobilizada a encontrar o sentido constitucional das normas jurídicas, perfeitamente possível aplicar a referida teoria no âmbito nacional.

Ao final, espera-se que o presente trabalho tenha servido para a divulgação do tema no Brasil, possibilitando que futuras discussões sejam promovidas por eventuais interessados, na tentativa de aprofundar os conhecimentos acerca da teoria e das obras de Post e Siegel no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Ana Luisa. Candidata não consegue estudar na USP por ter feito homeschooling. **Correio Braziliense**, Brasília, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/ensino-superior/2021/04/4920348-candidata-nao-consegue-estudar-na-usp-por-ter-feito-homeschooling.html>. Acesso em: 08 maio 2021.

BACKLASH. **Dicionário online de Cambridge**. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/backlash>. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n.º 96, de 6 de junho de 2017**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm#:~:text=Emenda%20Constitucional%20n%C2%BA%2096&text=Acrescenta%20%C2%A7%207%C2%BA%20ao%20art,cru%C3%A9is%2C%20nas%20condi%C3%A7%C3%B5es%20que%20especifica. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará: Inteiro teor do acórdão**. 2017a. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário**. Ementa:

Constitucional. Educação. Direito Fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo congresso nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. RG RE 888815/RS. Plenário. Reclamante: Valentina Dias representada por Moisés Pereira Dias. Reclamada: Secretaria Municipal do Município de Canela/RS. Brasília, 04 de junho de 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632>. Acesso em: 08 maio 2021.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2014. Disponível em:

<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189>. Acesso em: 08 maio 2021.

DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>. Acesso em: 30 nov. 2019.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3., 2016, Bolonha. **Texto-base de palestra**. Bolonha, 2016. Paginação irregular. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 08 maio 2021.

MENDES, Conrado Hübner. 'La Constitución soy yo' resume a hermenêutica dos gerais. In: **Folha de São Paulo**, São Paulo, ano 100, n. ° 33.294, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/05/la-constitucion-soyyo-resume-a-hermeneutica-dos-gerais.shtml>. Acesso em: 07 maio 2021.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP. In: **Folha de São Paulo**. São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-podertensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 07 maio 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em:

<https://www.eui.eu/Documents/MWP/ProgramActivities/20152016/master-classes/Siegel-3-Democratic-Constitutionalism.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Faculty Scholarship Series**. 169. 2007, p. 373-433. Disponível em: <https://bit.ly/31v3UF5>. Acesso em: 01 maio 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Public Law & Legal Theory**

Working Paper, Chicago, n. 237, set. 2008b. Disponível em:

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 14 jun. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. In SEMINÁRIO

INTERNACIONAL DE TEORIA DAS INSTITUIÇÕES, 2., 2013. **Texto-base de**

palestra. Disponível em:

https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 14 jun. 2021.

VASCONCELOS, Brenda Aguiar. **Uma análise do efeito backlash no contexto**

jurídico-político brasileiro atual. 2017. 46 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito,

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em:

<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/26356>. Acesso em: 30 nov. 2020.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO CASO DA COVID-19

Juliana Tomaselli³⁶

Wilson Furtado³⁷

RESUMO: O presente artigo tem por objeto a responsabilidade civil do Estado no fomento ao direito à saúde, em especial, os impactos causados pela Covid-19 no Brasil. O tema é importante pois as garantias coletivas e individuais previstas na Constituição Federal demandam a responsabilidade civil do Estado diante da crise sanitária atípica que se instalou no País motivada pelo coronavírus. O objetivo é compreender a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde no caso da Covid-19. A metodologia se dá por abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica e também documental, com método dedutivo e aprofundamento descritivo. Os resultados obtidos constatarem que a responsabilidade civil do Estado é objetiva e que todos os entes federativos têm o dever de efetivar o direito à saúde à população e que, em se tratando de matéria de saúde, em inobservância de normas e critérios científicos ensejar, em tese, a responsabilização civil do Estado, como foi o caso do Governo Federal no planejamento ao combate à Covid-19.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde, Covid-19, Responsabilidade civil.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a responsabilidade civil do Estado no fomento ao direito à saúde, em especial, os impactos causados pela Covid-19 no Brasil. O período analisado foi a partir de 2020, mas também trouxe dados anteriores à pandemia a fim de identificar os impactos da pandemia Covid-19 no direito fundamental à saúde.

Segundo Cotrim e Cabral (2020), com base nos cálculos do IBGE e CNES e Ministério da Saúde, a população brasileira em 2020, dependente do Sistema Único de Saúde - SUS é de 210.147.125 milhões, perfazendo 77,59% da população brasileira e beneficiários de planos de saúde é de 47.084.565 milhões perfazendo 22,41%. Também, segundo o Ministério da Saúde (2020), em sua Plataforma Integrada de Vigilância em Saúde (IVI), de fevereiro de 2020 a novembro de 2020, foram 5.655.487 milhões de casos confirmados da Covid-19 na população brasileira, com aumento de 5.234 novos casos no período de duas semanas.

³⁶ Estudante do Curso de Direito em 9º semestre da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

³⁷ Professor do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

Verificando os números de abrangência de atendimento do SUS e o número da população infectada pelo vírus da Covid-19, pode-se identificar a importância de abordar o tema da responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde no caso da Covid-19, pois a saúde foi o principal setor afetado com a pandemia, e atende uma significativa parcela da população brasileira. O tema, ademais, se faz importante para refletir sobre a responsabilidade civil de cada ente federativo no fomento ao direito à saúde diante das situações ocasionadas pela Covid-19.

A iniciativa de pesquisar sobre a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde em casos excepcionais como a pandemia da Covid-19 surgiu com o desafio de afastar o diálogo da esfera do senso comum e evidenciar um diálogo científico para o problema enfrentado, que é a inevitável pandemia da Covid-19 impactando no direito fundamental à saúde conforme o aumento de números de infectados.

Salienta-se que a responsabilidade civil do Estado está prevista na Constituição Federal, no art. 37, §6º. A Constituição Federal, no art. 196, incube ao Estado o dever do fomento ao direito à saúde à população. Portanto, não há de se questionar que o Estado tem o dever de agir no caso da Covid-19 ao fomento do direito à saúde. Porém, surge assim o problema: no que se constitui a responsabilidade civil do Estado no direito fundamental à saúde em casos excepcionais pandemia da Covid-19?

De fato, existe uma pandemia inevitável no país e existe a responsabilidade civil do Estado. Não resta a menor dúvida de que todos os entes federativos têm a responsabilidade civil no fomento ao direito fundamental à saúde, mas que a União teria a maior responsabilidade por deter poder em âmbito nacional e por ter mais recursos para repassar aos Estados e Municípios. Os Estados e Municípios também tem ainda a responsabilidade de aplicar esses recursos e de criar medidas diante do caso concreto da Covid-19. O fato é de que o Estado não pode ser omissor ao caso concreto da pandemia que se alastrou pelo mundo e atinge o Brasil em proporções alarmantes, e o que se espera com esse artigo é esclarecer qual a extensão da responsabilidade de cada ente, já que as legislações foram omissas em relação aos casos excepcionais.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Não há de se questionar que a preocupação com a saúde é um fato inerente à condição humana, contudo, a trajetória da saúde pública no Brasil, segundo Bonavides (2009, p. 2163), “tem início no século XIX, após a vinda da Corte portuguesa, com algumas ações de combate à lepra e à peste e algum controle sanitário, especialmente sobre portos e ruas”. Seguindo sua trajetória histórica explicitada nos ensinamentos de Bonavides (2009), somente na década de 1930 é que a estruturação básica do sistema público de saúde tem início com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs) porém, a saúde não era universalizada, atendia apenas os trabalhadores que contribuíam com os institutos de previdência.

Foi em 1988 que o direito à saúde foi amplamente alterado no Brasil, com a Carta Magna de 1988, que “alinhou-se a um grupo de pelo menos nove países pelo mundo, entre a América e a Europa” (BONAVIDES, 2009, p. 2164) e promulgada a Constituição Federal de 1988, como marco principal das garantias sociais, com os artigos 196 a 200 da Constituição Federal no que se refere ao direito à saúde. O art. 196 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e ele se faz garantido mediante políticas sociais e econômicas que tenham o viés de reduzir o risco de doenças e de outros agravos à população bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde torna-se um direito social, pertencentes à ‘segunda dimensão’ ou ‘geração’, que, conforme conceitua Martins (2020, p.30), “os ‘direitos de segunda dimensão’ ou ‘geração’ são os direitos sociais, como a saúde, educação, o trabalho, a assistência aos desamparados”. Sendo um direito social e de ‘segunda dimensão’, o Estado passa a ter o dever principal de fazer, agir e implementar políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos, e atribuídos, não mais apenas aos trabalhadores contribuintes dos institutos de previdência, como era anteriormente e sim, para toda a população.

O Direito à Saúde, segundo Hogemann (2020), por ser um direito social legitimado na Constituição Federal, pertencentes aos direitos fundamentais, está apto a produzir efeitos, independente de disposições legislativas, portanto, é um direito assegurado a todos e tem como principal ator, o Estado. Para efetivar o direito

fundamental à saúde, dando subsídio para a população, foi criado, em 1988 pelos constituintes, o Sistema Único de Saúde (SUS). Ademais, o direito fundamental à saúde também é efetivado a partir da criação de políticas públicas, e também da promulgação das leis de fomento à saúde.

Para efetivar o direito fundamental à saúde dando subsídio para a população, foi criado, em 1988 pelos constituintes, o Sistema Único de Saúde (SUS) com a missão de garantir acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. A lei nº 8080/90 é a lei que instituiu as disposições do SUS, e em seu art.1º estabelece a responsabilidade universal dos agentes promotores da saúde, não só o Estado como principal ator, podendo se estender conjuntamente a todos os atores sociais, tanto públicos quanto privados. Conforme o art. 2º da promulgada lei, por mais que haja extensão dos agentes promotores da saúde, é ainda, dever do Estado promover e garantir as condições indispensáveis para atender a população no direito fundamental à saúde.

2. A ATUAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FOMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1 BREVE EXPOSIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO POSITIVADO

A Constituição Federal de 1988 prevê a responsabilidade civil do Estado, e adotou como regra a responsabilidade objetiva, na qual não se exige a demonstração de culpa, apenas exigindo que se mostre o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano. A responsabilidade civil do Estado está prevista na Constituição Federal, no art. 37, *caput*, Brasil (1988), que aponta os protagonistas dessa responsabilidade, que seriam a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e os princípios a serem obedecidos que são a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Segundo a doutrina, o direito brasileiro adota a ‘teoria do risco administrativo’, que atribui ao Estado a responsabilidade civil do risco da atividade administrativa devendo apenas verificar a relação de causalidade entre a ação administrativa e o

dano sofrido pelo administrado. Conforme o ensinamento de Cavalieri Filho (2010), a ‘teoria do risco administrativo’ importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa.

Na jurisprudência também prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal perante a ‘teoria do risco administrativo’, exegese dada ao art. 37, §6º, da CF, em seu Recurso Extraordinário nº 163/1107-1108, relator Ministro Celso de Mello, STF (2020), que destacou que essa teoria foi consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, que confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção de reponsabilidade civil objetiva, faz emergir que a mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, por si só, já impõe o dever do Estado de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

Estabelecidos os pressupostos que caracterizam a responsabilidade civil do Estado, ainda há a figura da responsabilidade civil subjetiva, que é dada aos agentes públicos. Quando um particular se sentir lesado por algum agente, ou então por alguma ação ou omissão causada por agentes públicos, o particular poderá processar o Estado para que o Estado possa apurar a responsabilização do agente. Santos (2020) observa que se trata do princípio da dupla proteção: a primeira, em favor do particular, que pode processar imediatamente o Poder Público por danos decorrentes de atos ou omissões que seus agentes públicos causarem e a segunda, em favor do próprio agente público, que responderá somente perante a pessoa jurídica estatal a qual estiver vinculado.

Em sua defesa, segundo Mello (2014, p. 1033), “se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência - antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade”. Ainda, há no ordenamento jurídico causas de exclusões da responsabilidade total ou parcial. As causas de exclusão total ou parcial da responsabilidade, conforme Bolzan (2020), são o ‘caso fortuito’ e ‘força maior’ e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASOS EXCEPCIONAIS

O direito positivado brasileiro segundo a ótica da responsabilidade civil do Estado, mesmo diante do histórico de diversas pandemias já enfrentadas, é omissivo quanto a pandemias ou casos excepcionais no que tange a responsabilidade civil do Estado. Nesta seara, no dia 14 de maio de 2020 foi editada uma medida provisória pelo Presidente da República, MP 966/2020 que tratava sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Essa Medida Provisória previa que os agentes públicos poderiam ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa somente se agissem ou se omitissem com dolo ou erro grosseiro com os atos e medidas relacionadas à Covid-19, afastando assim a ‘teoria do risco administrativo’, afrontando o dispositivo constitucional, em seu art. 37, §6º e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em seu art. 2, §2º, a MP 966/2020 conceituava o erro grosseiro e erro manifesto como “evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” e afastava a responsabilidade civil objetiva do Estado afirmando que o “mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público”.

Foram ajuizadas sete ações de declaração de inconstitucionalidade (ADIs), alegando a inconstitucionalidade da MP 966/2020. Vale destacar o voto do relator, ministro Roberto Barroso, ao decidir as ADIs, em declarar que a jurisprudência do STF já decidiu que “em matéria de saúde e de proteção as ações devem observar padrões técnicos e evidências científicas sobre a matéria, além dos princípios da prevenção e da precaução, que recomendam a autocontenção no caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício de alguma ação ou medida” (STF, 2020).

Em seu voto, o relator Roberto Barroso estabeleceu algumas diretrizes para configurar o erro grosseiro no ato administrativo. Segundo o ministro, “para que se configure como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos” (STF, 2020). Ato contínuo, afirma em sua tese, que “a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que

baseará sua decisão tratem expressamente dos mesmos parâmetros, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos” (STF, 2020). A MP 966/2020 teve seu prazo de vigência encerrado em 10 de setembro de 2020.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ENTES FEDERATIVOS

De fato, existe uma pandemia inevitável no país e existe a responsabilidade civil do Estado, porém, não há nos dispositivos legais clareza quem é o ente responsável ao fomento desse direito, qual ente federativo deve assumir a responsabilidade e também, se o Estado deve assumir a responsabilidade universal em casos excepcionais como a pandemia Covid-19.

Para responder essa celeuma, o dispositivo da Constituição Federal, no art. 23, que prevê que a proteção à saúde é de competência comum dos entes federativos. Assim, é de caráter comum o cuidado à saúde e assistência pública, sendo responsabilidade de todos os entes de criar políticas públicas, além da tomada de decisões administrativas nesta matéria. O art. 23, da Constituição Federal (1988), assim estabelece “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Na esfera legislativa a competência à proteção e defesa da saúde, conforme o art. 24 da Constituição Federal, Brasil (1988), é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, excluindo os Municípios nesse dispositivo. Segundo o art. 24, §1º a União legisla sobre a matéria em termos gerais, e os Estados poderão criar normas complementares. Inexistindo norma geral da União, os Estados e Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena, conforme o art. 24, §3º. Enfatiza-se que, conforme a Constituição Federal, Brasil (1988), a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art.1, CF). Sistema este, onde todos os entes devem atuar em prol do desenvolvimento nacional (art. 3, II, CF), compatível com o ‘sistema cooperativo’ ou ‘federalismo de integração’ no qual “se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais” (LEWANDOWSKI, 2018, p.23), exigindo que os entes federativos se apoiem mutuamente, excluindo as divergências ideológicas ou

partidárias dos respectivos governantes em prol da solução da calamidade pública causada pela Covid-19:

O federalismo cooperativo, longe de ser mera peça retórica, exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da calamidade pública causada pelo novo coronavírus. (STF, 2020, p. 20).

Neste contexto pandêmico que exige, mais do que nunca, a cooperação e proatividade dos entes federativos ao combate da calamidade pública. Porém, cabe à União a obrigação de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (BRASIL, 1988, p 13). Não se exime, contudo, a atuação das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento de casos de emergência em saúde, pois tem decidido o Supremo Tribunal Federal (2021, p.2) “a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central”. Destaca-se então, a participação efetiva de todos os entes federativos ao fomento ao direito fundamental à saúde, sendo atribuída sua responsabilidade civil.

3 OS EFEITOS DA COVID-19 NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

3.1 CULPA DO SERVIÇO OU FALTA DE SERVIÇO E INVESTIMENTOS EM SAÚDE PÚBLICA

No caso do direito fundamental à saúde, para que esse direito seja efetivado, foi criado o Sistema Único de Saúde que atende de forma integral e gratuita a população brasileira e todos os que se encontrem em território brasileiro. Segundo Cotrim e Cabral (2020), com base nos cálculos do IBGE e CNES e Ministério da Saúde, a população brasileira em 2020, dependente do SUS, é de 210.147.125 milhões, perfazendo 77,59% da população brasileira e beneficiários de planos de saúde é de 47.084.565 milhões perfazendo 22,41%.

O Estado brasileiro, portanto, levando em consideração a quantidade de pessoas que dependem de seus serviços, tem a obrigação de prestar um serviço eficiente e que atenda as demandas de saúde da população. Neste contexto, como afirma Mello (2014), a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados. A ‘falta do serviço’ ou sendo o serviço defeituoso ou quando funciona, funciona atrasado, configura a responsabilidade civil objetiva do Estado.

De fato, a prestação de serviços à saúde já não conseguia atender integralmente a população, tendo a necessidade, conforme o nível de renda de cada um, contratar serviços de planos de saúde particulares para preencher a lacuna deixada pelos serviços de saúde públicos, mas que na atual conjuntura da pandemia, nem os planos de saúde privados estão dando conta da demanda. Ocorre que, com a pandemia, a taxa de desemprego do país cresceu em ritmo exponencial. Os trabalhadores perdendo seus rendimentos, perdem a oportunidade de pagar um plano de saúde particular, sobrecarregando ainda mais o Sistema Único de Saúde, que passa a ser a única opção de atendimento dessa população.

A população desempregada, a extinção de postos de trabalho e a falência das empresas também impactam diretamente na arrecadação de impostos onde, os percentuais de investimento financeiro dos entes federativos para o investimento à saúde estão definidos pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. A referida lei complementar regulamenta os valores mínimos a serem aplicados de cada ente federativo em serviços públicos e de saúde.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, ajudou com a precarização do Sistema único de Saúde, pois congelou por 20 anos o orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, e, segundo o presidente do Conselho Nacional de Saúde (2020), o prejuízo à saúde pode ultrapassar os R\$ 400 bilhões.

3.2 COLAPSO NO SISTEMA DE SAÚDE

A pandemia trouxe à tona o papel do SUS e das políticas de saúde na garantia do direito fundamental à saúde, pois é o principal protagonista de combate à doença que assolou a população mundial. O SUS, antes da Covid-19, já evidenciava sua

fragilidade no atendimento universal da população, com sua fama de ter um atendimento precário, falta de profissionais para atendimento da população e desvalorização, seja de recursos financeiros, ou até mesmo pela própria população que não acreditava na efetividade do sistema. Em contrapartida, o SUS era reconhecido mundialmente como modelo de ações de saúde por suas inovações, bem como suas campanhas de vacinação e programas de prevenção, erradicação de doenças, entre outras, além de ser o único sistema mundial de cobertura universal, conquistas que se deram mesmo com ações de precarização da política de saúde, redução dos repasses financeiros, dos investimentos em manutenção da infraestrutura e de recursos humanos.

Com o surgimento da Covid-19 no Brasil, o Ministério da Saúde tomou diversas medidas a fim de conter o avanço da contaminação do vírus, como a promulgação do Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus Covid-19, publicado em 20 de fevereiro de 2020 com recomendações para as Secretarias de Saúde dos Municípios, Estados e Governo Federal, e serviços de saúde pública e privada, agências e empresas. O Brasil declarou, em 03 de fevereiro de 2020, em sua Portaria 188, a “emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus”. Também buscou seguir os protocolos da Organização Mundial de Saúde (OMS), e outras diversas ações de contingência de propagação da pandemia com o intuito de evitar um colapso no sistema de saúde.

Apesar dos esforços, em janeiro de 2021, o Sistema de Saúde entrou em colapso conforme destacou os principais meios de comunicação do país “mortes na fila por um leito de UTI, falta de insumos e funerárias sem férias: os sinais do colapso na saúde brasileira” (MANZANO, 2021), também flagrou a falta de UTIs “em São Paulo, Estado que tem a maior estrutura hospitalar do país, antes do fim de março, morreram pelo menos 135 pessoas à espera de uma vaga na UTI” (MANZANO, 2021). Além de São Paulo, praticamente todos os Estados brasileiros tiveram seu colapso no sistema de saúde, que, “em ao menos 16 Estados, já houve mortes de pacientes com Covid-19 ou com suspeita da doença na fila por uma vaga” (MANZANO, 2021).

Em ordem cronológica, que corroborou para a crise sanitária, desde 03 de fevereiro de 2020, até a decretação do colapso no sistema de saúde, em janeiro de 2021, o Brasil enfrentou o descaso de autoridades em relação à gravidade da pandemia, atribuindo ao

Brasil o papel de uma ameaça sanitária global. O chefe do Poder Executivo foi denunciado, no dia 15 de março de 2021, no Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em Genebra “pela gestão que faz da pandemia de Covid-19, doença que já matou mais de 278 mil pessoas no Brasil, maior número do mundo atrás apenas dos Estados Unidos” (SIMÕES, 2021). O Brasil enfrentou a corrupção, com o desvio de verbas públicas destinadas à saúde, como evidenciou o escândalo dos respiradores em Santa Catarina, com a promulgação da ‘CPI dos respiradores’. CPI Instaurada para apurar a compra de 200 respiradores em Santa Catarina “realizada com pagamento antecipado de R\$ 33 milhões e dispensa de licitação” (MARTINS, 2020) e que não foram entregues.

Enfrentou a troca de quatro ministros do Ministério da Saúde, em que Fontanive (2021), em entrevista com o especialista em saúde coletiva, professor Miranda, destaca que essas trocas constantes de ministros vão prejudicar a gestão pública no plano federal, mas que também indicam claramente que não existe um projeto de política pública para a saúde da parte do Governo. Esses são alguns dos muitos enfrentamentos que impactaram diretamente para o colapso no sistema de saúde.

3.3 PRINCIPAIS MEDIDAS ADOTADAS PELOS ENTES FEDERATIVOS

Com o intuito de conter a propagação da pandemia, o Presidente da República promulgou, em 06 de fevereiro de 2020 a Lei 13.979/2020, que ‘dispõe sobre as medidas para o combate à crise da Covid-19’, dando competência a cada ente federativo a operacionalizar medidas que forem necessárias para o combate ao coronavírus e proteção ao direito fundamental à vida e saúde da população. Cada governador do Estado e chefe do executivo dos Municípios, estabeleceram, diante das necessidades, decretos e medidas para combate à pandemia. As principais medidas atendem os protocolos de recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), como isolamento social, decretação de ‘*lockdown*’, e demais restrições que se mostrem necessárias para evitar o colapso no sistema de saúde.

No que se refere à compra de vacinas, a estratégia do Governo Federal foi de investir em medicamentos de tratamento precoce em quase R\$ 90 milhões até o dia 21 de janeiro de 2021. E que, nem ao menos honrou com os institutos responsáveis pela fabricação da vacina. (SHALDERS, 2021). Isso mostra que a prioridade do Governo

Federal não era, em primeiro momento, no investimento de vacinas, que seria a medida mais eficaz de combate ao Covid-19 apontada pela comunidade científica.

O Governo Federal se atrasou na corrida para compras de vacinas que já estavam em fase final de testes de seu imunizante em setembro de 2020. Brito (2021) destacou que a farmacêutica Pfizer já havia encaminhado uma proposta de venda de vacinas ao Brasil em 12 de setembro de 2020, mas que o Governo Federal só fechou o contrato com a farmacêutica em março de 2021, esperando comprar 100 milhões de doses. Evidencia-se que o “erro de gestão atrasou 70 milhões de doses da Pfizer ao Brasil” (BRITO, 2021).

No dia 10 de março de 2021, entrou em vigor a lei nº 14.125, que dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. A referida lei, em seu art. 1º, autoriza os Estados, Municípios e o setor privado a comprarem vacinas contra a Covid-19, mas que devem assumir os riscos da responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrados em relação a eventos adversos pós vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

Conforme o *Our World in Data* (2021), até o dia 21 de abril de 2021 o Brasil registrou 34.06 milhões de doses aplicadas, ficando em 5º lugar no ranking mundial. O primeiro lugar está com os Estados Unidos com 215,95 milhões de doses. Já no percentual de doses administradas por habitantes, o Brasil cai para o 12º lugar no ranking mundial, com o índice de 16,02 doses para cada 100 habitantes. No percentual de pessoas por país já totalmente imunizados com duas doses o Brasil continua no 12º lugar no ranking mundial com 4,3% dos brasileiros imunizados.

Em abril de 2021 foi criada a ‘CPI da Covid’, que, conforme destaca Mattos (2021), serão ouvidos os principais auxiliares do chefe do executivo e examinadas eventuais omissões do Governo Federal no enfrentamento ao coronavírus. Serão investigados quatro postos-chaves: a questão da compra de vacinas, o colapso no sistema de saúde, os insumos para tratamento dos enfermos e o emprego de recursos federais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, entende-se que o Estado é o protagonista ao fomento ao direito fundamental à saúde, que ele tem a responsabilidade objetiva tanto para a implementação quanto a efetivação dos serviços prestados à população ao fomento à saúde, mas que os casos de responsabilização civil são abordados segundo critérios subjetivos em direito de regresso aos agentes públicos. Diante da situação alarmante, os gestores públicos se viram, literalmente, numa corda bamba, num conflito de interesses políticos, econômicos e sanitários.

É nesse contexto que foi criada a MP 966/2020 com seu prazo de vigência encerrado, mas que possibilitou o reforço dos parâmetros da responsabilidade civil objetiva no Estado, não isentando os agentes públicos em seus atos administrativos assim como estabelecendo critérios de como o agente público deve agir para decidir as matérias em saúde, que deve atender a padrões técnicos e evidências científicas. Segundo esses critérios, o chefe do executivo pode ser responsabilizado por seus atos ao negar a compra de vacinas, já em fase final de testes, e decidindo adotar o tratamento precoce com medicamentos sem comprovação científica. O chefe do executivo assim, ao dispensar milhões de reais dos cofres públicos para um tratamento ineficaz, acabou por ocasionar também o atraso na compra das vacinas e, em consequência, poderá responder à morte de milhares de brasileiros.

O cenário pandêmico trouxe à tona os problemas públicos já antes enfrentados, como a corrupção, evidenciada pela CPI dos respiradores e CPI da Covid, bem como a falta de comprometimento e preparo dos governantes, com evidência na própria criação da MP 966/2020 com a tentativa do Estado de se isentar da responsabilidade civil.

A pandemia confirmou a precarização do SUS, que já estava fragilizado antes do cenário pandêmico, ocasionando o eminente colapso no sistema de saúde. Trouxe também a reflexão da importância do SUS, que foi o protagonista de ações positivas ao combate ao coronavírus, apesar das dificuldades e da falta de prioridade pela União, comprovados na demonstração do orçamento anual dispensado para a saúde, que, em 2021, no pior momento pandêmico os investimentos foram reduzidos.

Diante disso, fazem-se necessárias reflexões das ações dos entes federativos ao combate ao coronavírus para apurar a extensão da sua responsabilização, bem

como discutir sobre os novos desafios para o fomento ao direito fundamental à saúde com as mudanças das políticas públicas, principalmente em momentos de crise. Em especial, que os brasileiros, ao eleger seus governantes, o façam de forma consciente, e que finalmente percebam a importância de um chefe de executivo preocupado com a efetivação dos direitos sociais, desvinculado dos conflitos políticos e partidários, dado que a prioridade deve ser a vida da população brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo et al. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, 2009. 2528 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organizado por Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Medida provisória nº 966 de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilidade de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735> . Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 14.125, de 10 de março de 2021**. Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRITO, José. **Erro de gestão atrasou 70 milhões de doses da Pfizer ao Brasil**, 07 de março de 2021. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/03/07/erro-de-gestao-atrasou-70-milhoes-de-doses-da-pfizer-ao-brasil>.

COTRIM, Dorival Fagundes Junior, CABRAL, Lucas Manoel Silva da. Crescimento dos leitos de UTI no país durante a pandemia de covid-19: desigualdades entre o público x privado e iniquidades regionais. **Physic: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. V.30 3, p 1-11, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312020300317>.

Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v30n3/0103-7331-physis-30-03-e300317.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

FONTANIVE, Stéfani. **Covid-19: Troca de ministros é sintoma de doença mais grave**, afirma especialista em saúde coletiva, 21 de março de 2021. Disponível em:

<https://www.ufrgs.br/humanista/2021/03/25/covid-19-troca-de-ministros-e-sintoma-de-doenca-mais-grave-afirma-especialista-em-saude-coletiva/>.

HENRIQUES, Antônio, MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9.ed. Grupo GEN, 2017. 432 p.

LEWANDOWSKI Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 176 p.

MANZANO, Fábio; SILVA, Camila Rodrigues da. **Mortes na fila por um leito de UTI, falta de insumos e funerárias sem férias: os sinais do colapso na saúde brasileira**, 20 de março de 2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/20/mortes-na-fila-por-um-leito-de-uti-falta-de-insumos-e-funerarias-sem-ferias-os-sinais-do-colapso-na-saude-brasileira.ghtml>.

MARTINS, Flavio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 496 p.

MARTINS, Valéria. **CPI dos respiradores**: deputados aprovam relatório com pedido para novo processo de impeachment de governador de SC, 19 de outubro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/08/19/cpi-dos-respiradores-deputados-de-sc-aprovam-relatorio-com-pedido-para-novo-processo-de-impeachment-contramoises-e-fazem-recomendacoes.ghtml>.

MATTOS, Marcela. **CPI**: roteiro prévio prevê quebras de sigilo, acareações e audiências com auxiliares de Bolsonaro, 19 de abril de 2021. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/04/19/cpi-roteiro-previo-preve-quebra-de-sigilos-acareacoes-e-audiencias-com-auxiliares-de-bolsonaro.ghtml>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1147 p.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. **Saúde perdeu R\$20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016**. Disponível em: [http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016#:~:text=%E2%80%9CCom%20o%20or%C3%A7amento%20congelado%20por,Financiamento%20\(Cofin\)%20do%20CNS](http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016#:~:text=%E2%80%9CCom%20o%20or%C3%A7amento%20congelado%20por,Financiamento%20(Cofin)%20do%20CNS). Acesso em: 17 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Secretaria de vigilância em saúde**. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema único de saúde:** estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/1366-sus>. Acesso em: 17 set. 2020.

OUR WORLD IN DATA. **Coronavirus (COvid-19) vaccinations.** Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SANTOS, Boaventura Sousa de. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 2003. 267 p.

SANTOS, Juliana Vieira dos. O pensamento anticientífico e o regime de responsabilidade do agente público durante a pandemia. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, nº 148, p. 159-171, 2020.

SHALDERS, André. **Tratamento precoce:** governo Bolsonaro gasta quase R\$ 90 milhões em remédios ineficazes, mas ainda não pagou Butantan por vacinas, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55747043>.

SIMÕES, Eduardo. **Governo Bolsonaro é denunciado na ONU por tragédia humanitária na pandemia**, 15 de março de 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/03/15/governo-bolsonaro-e-denunciado-na-onu-por-tragedia-humanitaria-na-pandemia.htm?cmpid=copiaecola>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade 6.362.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Distrito Federal, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345205092&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 1.116.698.** Relator Ministro Celso de Mello, Piauí, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747648001>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na medida cautelar na ação cível ordinária 3.451**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Distrito Federal, 2021.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275115>.

Acesso em: 10 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relator propõe que atos de agentes públicos durante a pandemia sigam critérios científicos**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788&ori=1>.

Acesso em: 12 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e união no combate à covid-19**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS CULTURAIS, CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA SOCIAL

PATRIMÔNIO ALIMENTAR, ALIMENTAÇÃO E CULTURA: O IMPACTO DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS EM COMUNIDADES TRADICIONAIS

Fabiana Lopes Olinger¹

Luana de Carvalho da Silva Gusso²

RESUMO: A comida é hoje um dos principais motivos para movimentar pessoas através do globo, é uma das formas de comunicação mais poderosas que existem para a percepção do que é uma determinada cultura local. Para que os alimentos fossem produzidos em maior quantidade e tivesse maior durabilidade ocorreu a manipulação de genes, de forma que modificasse a evolução natural das espécies em razão de suas necessidades alimentares, desenvolvendo os organismos geneticamente modificados (OGMs). O trabalho irá abordar o que são os organismos geneticamente modificados, quais são possíveis problemas decorrentes da sua utilização e produção, de que forma a legislação aborda a necessidade de rotulagem desses alimentos para que as comunidades tradicionais tenham o conhecimento do que estão consumindo. A pesquisa terá abordagem qualitativa, será do tipo bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento explicativo. Contribui com reflexões sobre o consumo de alimentos geneticamente modificados pelas comunidades tradicionais e fomenta a discussão a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Alimento transgênico; Impacto; Comunidades tradicionais; Patrimônio alimentar.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo tratar do tema patrimônio alimentar, o impacto dos alimentos transgênicos em comunidades tradicionais observando a legislação brasileira que trata do assunto.

Conforme dados do Serviço Internacional para a Aquisição de Aplicações em Agrobiotecnologia (BRANDÃO, 2017) os países produtores de alimentos transgênicos ocuparam 185 milhões de hectares com cultivos geneticamente modificados em 2016, o Brasil com uma área de 49 milhões de hectares, ficando atrás apenas dos EUA no ranking global de produtores transgênicos. Desta forma é possível observar como a produção de alimentos transgênicos é expressiva no Brasil, com uma grande relevância econômica.

O artigo busca esclarecer o que é o patrimônio cultural alimentar, e de que forma os alimentos transgênicos podem estar afetando as comunidades tradicionais. Iniciando com uma abordagem histórica para que seja possível entender como surgiram, e o que é em termos científicos um alimento geneticamente modificado.

Aborda ainda de que forma está previsto na legislação brasileira por meio da Lei de Biossegurança e do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem as regras a respeito da rotulagem de produtos que contenham alimentos transgênicos para que possam ser liberados no mercado consumidor.

1. PATRIMÔNIO CULTURAL ALIMENTAR

O patrimônio cultural alimentar é registrado como patrimônio imaterial, que é um dos patrimônios mais difíceis de se explicar, é algo que se sente, se convive, faz parte da vida, mas é difícil de definir e transmitir.

Conforme o artigo 2º, “1” da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, a definição de patrimônio cultural imaterial são:

[...] as práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões – bem como os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhes estão associados – que as comunidades, os grupos e, sendo o caso, os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante do seu patrimônio cultural. Esse patrimônio cultural imaterial, transmitido de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função do seu meio, da sua interação com a natureza e da sua história, incutindo-lhes um sentimento de identidade e de continuidade, contribuindo, desse modo, para a promoção do respeito pela diversidade cultural e pela criatividade humana.

A comida é hoje um dos principais motivos para movimentar pessoas através do globo, não se trata apenas de um fato biológico, e sim social e cultural. Afirmam Contreras e Gracia (2011, *apud* SANTILLI, 2015) que a cultura alimentar tem sido compreendida como um conjunto de representações, crenças, costumes, conhecimentos e práticas herdadas e/ou aprendidas que estão associadas à alimentação e são compartilhadas pelos indivíduos de uma dada cultura ou de um grupo social determinado.

Ou seja, vale dizer que a comida é capaz de transmitir uma determinada cultura, transmite hábitos, práticas gastronômicas que criam uma identidade para uma comunidade tradicional, visto que os alimentos podem ser feitos de diversas formas dependendo da região. Pode ser considerado como uma herança, como um bem comum, por uma coletividade.

Os produtos alimentares, bem como os objetos e conhecimentos utilizados para produção, transformação, e consumo de alimentos revelam identidades culturais,

logo é possível dizer que a utilização de alimentos transgênicos (OGM's) afetam o patrimônio cultural alimentar das comunidades tradicionais.

2. A ORIGEM DOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Em todo o decorrer da história do Homem, existiu a sua preocupação em relação a sua alimentação visto que se trata de algo intrínseco a sua sobrevivência e sua forma de se alimentar foi se desenvolvendo conforme ele foi evoluindo. Vale dizer ainda, que o ato de se alimentar com o tempo deixou de ser apenas uma satisfação de necessidade se tornou um ato cultural, tem relação com o estilo de vida vivenciado pelo indivíduo.

Segundo Siqueira e Abreu (2012), no início o Homem consumia frutas, raízes e outras espécies vegetais, posteriormente começaram a desenvolver o hábito de se alimentar de proteína animal, decorrente da caça, da pesca e da coleta de mariscos. A partir do momento que adquiriu o conhecimento sobre plantio e cultivo iniciou-se a agricultura visto que não mais dependia da natureza, mas surgiram também problemas e empecilhos como pragas, insetos, deterioração, coisas com as quais foram se adaptando e desenvolvendo de forma que possibilitasse o avanço da sua agricultura.

O melhoramento de plantas iniciou-se por volta de 8 mil a 10 mil anos atrás quando o homem pré-histórico começou a ter as primeiras tentativas bem-sucedidas de cultivo. Desde então, o homem vem domesticando as plantas, escolhendo aquelas mais adequadas ao cultivo, melhores, maiores e mais bonitas para sua alimentação e para a produção de fibras (FALEIRO e ANDRADE, 2009). Ou seja, várias foram as formas em que ao longo do tempo o Homem observou para que pudesse tirar o melhor daquilo que plantava e domesticava, essas transformações se dão em razão das suas necessidades.

Afirma Rocha (2009 *apud* Siqueira e Abreu, 2012, p. 51), que na segunda metade do século XIX, os avanços nos estudos sobre a genética, com as ideias de genes e código genético, passaram a ser desenvolvidos como resultado da descoberta do ácido desoxirribonucléico (ADN) e do ácido ribonucléico (ARN), culminando no desenvolvimento dos organismos geneticamente modificados (OGMs).

Depois dos avanços com a genética, muita coisa mudou em relação a agricultura, os produtos cultivados e consequentemente os alimentos consumidos pelas comunidades tradicionais.

3. ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO

O alimento transgênico é feito para que tenha determinada característica específica, deixa de ser natural pois tem o seu gene modificado de outro organismo. Leciona Cruz et al. (2011 *apud* TAVARES, 2019) que todos os organismos possuem um conjunto de genes, e os organismos geneticamente modificados são aqueles que possuem em seu genoma um ou mais genes não originais, que foram inseridos ou modificados por meio de técnicas de engenharia genética, podendo esse gene ser de outra ou da mesma espécie. Na agricultura, a maioria dos OGM's surge com o propósito de prover características como a resistência ao ataque de insetos e a tolerância a diferentes herbicidas.

Para que esse transgênico seja efetivamente utilizado deve passar por uma série de testes, para que seja feita a sua avaliação de risco, no Brasil a Comissão Técnica de Biossegurança (CTNBIO) é a responsável por acompanhar e decidir sobre a segurança deste OGM. Aduz Faleiro e Andrade (2009 p. 20):

Para que o transgênico seja efetivamente incorporado ao sistema produtivo, é necessário que ele não apresente riscos à saúde e ao ambiente. Portanto, rigorosos testes devem ser realizados em laboratório, casa de vegetação e no campo, bem como as várias normas de segurança devem ser respeitadas. Embora a base do trabalho de avaliação de riscos seja a mesma, não se pode fazer generalizações, pois cada transgênico e sua utilização apresentam esporadicidades que devem ser conhecidas, caracterizadas e sempre levadas em consideração. Portanto, para a liberação, cada transgênico deve ser avaliado individualmente.

As etapas para obtenção de transgênicos são regulamentadas pela lei de 24 de março de 2005 conhecida como a Lei de biossegurança, que objetiva a prevenção, controle e redução de riscos à saúde, estabelecendo normas de segurança e fiscalização de OGMs, tendo como base o princípio da precaução do meio ambiente para evitar danos irreversíveis de práticas incertas.

4. O ALIMENTO TRANSGÊNICO NAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

De modo geral os riscos com os alimentos transgênicos, vão desde a fase laboratorial, durante cultivo, possíveis danos ao ecossistema até o destinatário final do produto.

Segundo Faleiro e Andrade (2009), estão entre os principais cuidados, evitar o fluxo gênico, a segurança alimentar, a criação de pragas e plantas daninhas, a produção de substâncias tóxicas a organismos não-alvo, as perturbações de comunidades bióticas. Ou seja, é possível destacar que todos os riscos devem ser considerados na análise caso a caso de cada transgênico visto que se trata da utilização de organismos diferentes, logo não terão as mesmas consequências. Um dos principais aspectos negativos dos transgênicos é que as novas espécies com os genes modificados poderão transformar-se em espécies dominantes, reduzindo as variedades biológicas da região.

A respeito da soberania alimentar, no Brasil o artigo 5º da Lei 11.346/2006 Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Losan) estabelece o seguinte conceito:

A consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional requer o respeito à soberania, que confere aos países a primazia de suas decisões sobre a produção e o consumo de alimentos.

Aduz Oliveira e Castro (2013), que a ideia de Soberania Alimentar costuma ser associada à autossuficiência produtiva e independência do mercado internacional, com autonomia alimentar e menor dependência das importações e flutuações de preços. Contudo, representa também a modificação nos hábitos alimentares e, por conseguinte, interferência na Soberania Alimentar dos povos. Vale dizer que as comunidades tradicionais têm perdido características alimentares diante do mercado global que não tem a intenção de respeitar a soberania alimentar e deseja apenas homogeneizar a alimentação da população.

Outro aspecto importante são as sementes transgênicas, a respeito da sua comercialização esclarece Lima (2021, p.3):

A pujante comercialização de sementes na contemporaneidade é, com efeito, algo desprovido de paralelo histórico e uma manifestação inequívoca da tendência capitalista de transformar tudo em mercadoria. À primeira vista, as sementes não poderiam ser conceituadas como mercadorias, uma vez que

provêm da própria dinâmica reprodutiva da natureza e independem da objetivação do trabalho humano. Entretanto, a expansão e a complexificação do modo de produção capitalista fizeram da semente, *mutatis mutandis*, uma mercadoria.

Parafraseando Londres (200-?), é preciso considerar ainda que as sementes transgênicas são patenteadas, e o agricultor ao comprá-las assina um contrato que o proíbe de reutilizá-las em safras seguintes, prática comum na agricultura de guardar sementes, assim como fazer o comércio, troca ou apenas as passar adiante. Sendo possível observar que com essa prática o agricultor é submetido a compra anual das sementes, e considerando que o mercado de sementes convencionais não é lucrativo para essas empresas multinacionais, a medida que as sementes modificadas são inseridas no mercado as convencionais são tiradas, não deixando escolha ao agricultor, dificultando ainda a soberania alimentar dos países em vias de desenvolvimento.

Assevera Graça (2014) "Em vários municípios, são encontrados bancos comunitários de sementes crioulas, uma iniciativa de organização popular que data do início da década de 1980". O estabelecimento de bancos de sementes ajuda a impedir que ocorra o desaparecimento de variedades conhecidas devido a utilização de sementes transgênicas.

Aduz Muller, Amaral e Remor a respeito da utilização de produtos transgênicos na culinária tradicional (2010, p.2):

Observa-se atualmente que as preparações das cozinhas típicas vêm perdendo certas características histórico-culturais, uma vez que a memória coletiva e o conhecimento oriundo do processo de elaboração destas preparações tradicionais estão desaparecendo, por conta da mundialização dos mercados, da homogeneização das cozinhas, de uma alimentação mais barata ou mais rápida e pela facilidade de aquisição de novas mercadorias estranhas a cultura de origem.

Pode-se dizer que essa utilização de produtos industrializados, produtos contendo alimentos transgênicos diferente do que era utilizado nos primórdios vem afetando a soberania alimentar e o patrimônio cultural alimentar.

5. A ROTULAGEM DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

A principal maneira para que as comunidades tradicionais saibam o que estão ingerindo como alimento, é a indicação no rótulo da embalagem. A Lei de Biossegurança prevê que os alimentos que contenham transgênicos devem ser informados nos rótulos e a maneira que essa informação é transmitida deve estar de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Estabelece o art. 40 da Lei de Biossegurança (2005) que:

Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

Vale dizer que de acordo com a legislação brasileira qualquer alimento e ingredientes alimentares que contenham esse tipo de ingrediente devem conter a informação. Essa transparência é de suma importância para as pessoas, para que possam fazer o próprio juízo quanto a utilização de tais alimentos.

Ainda conforme art. 6, inciso III e IV, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Assim como no art. 36 e 37 ambos também do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

A informação que é transmitida por meio dos rótulos deve conter transparência, é um dever de informar. Gonçalves e Cestari (2014) estabelecem que o Código do consumidor é protecionista, pois parte do pressuposto de que o consumidor é naturalmente o polo mais fraco mais fraco, que quem consome não possui o mesmo grau de conhecimento que aquele que vende. Determina que o consumidor, sempre deve ser informado de seus direitos, de forma inequívoca, adequada, precisa, clara e ostensiva.

Compreende-se, portanto, que o Código do Consumidor cobra a informação daquele que está vendendo o produto visto que o consumidor não tem como saber o que foi utilizado no preparo do alimento, de forma a garantir o equilíbrio nas relações consumeristas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir que os alimentos transgênicos surgiram de um constante esforço para alcançar melhorias na agricultura, somando-se ao desenvolvimento científico ao longo do tempo, em que podem, de diversas formas, influenciar na vida daqueles que trabalham com a agricultura, e que consomem esses alimentos.

Fica claro que a utilização de sementes transgênicas afeta a diversidade biológica natural, e faz com que para evitar o desaparecimento de certas espécies as comunidades sejam obrigadas a se organizarem para manter um banco de sementes crioulas para isso.

E referente aos agricultores que já aderiram ao seu uso tem gerado uma dependência das empresas multinacionais que monopolizam este mercado, empresas essas que tem o interesse em homogeneizar a alimentação, para que ocorra a concentração de capital pelas indústrias, sem se importar com culturas locais ou sementes.

E ainda, sobre a legislação brasileira em relação aos alimentos transgênicos pode-se concluir que tem como um dos seus princípios base o princípio da veracidade assim como da transparência, visto que os comerciantes têm o dever de informar, de forma a atualizar sempre que preciso as informações sobre o produto que será oferecido à população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Gorette. Brasil é 2º maior produtor mundial de alimentos geneticamente modificados. **Agência Senado**, Brasília, 23 mai. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/projeto-reacende-debate-sobre-alimentos-transgenicos/brasil-e-2o-maior-produtor-mundial-de-alimentos-geneticamente-modificados>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 5.753, de 12 de abril de 2006**. Promulga o texto da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, celebrada em Paris, em 17 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm. Pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 11.105 de 24 de março de 2005**. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 06 jul. 2021

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 11.346 de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

CONTRERAS, Jesús; GRACIA, Mabel. **Alimentação, sociedade e cultura**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011. 496p.

CRUZ, J. C. et al. **Milho**: o produtor pergunta, a Embrapa responde. Brasília: Embrapa, 2011. Coleção 500 perguntas, 500 respostas. Disponível em: <http://mais500p500r.sct.embrapa.br/view/pdfs/90000022-ebook-pdf.pdf>. Pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

LONDRES, Flávia. Transgênicos no Brasil: as verdadeiras consequências. **Candeia - Unicamp**, 200-?. Disponível em: https://www.unicamp.br/fea/ortega/agenda21/candeia.htm#_ftn1. Acesso em: 02 set. 2021.

OLIVEIRA, Luiz Felipe Candido de; CASTRO, Sérgio Duarte de. Soberania Alimentar. **Estudos, Vida e Saúde**, n. 3, v. 40, 2013. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/view/3108>. Pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. Segurança alimentar na era biotecnológica. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.4, junho/2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c678aec6e828c899>. Pdf. Acesso em: 08 set. 2021. 97-107 p.

SANTILLI, Juliana. O reconhecimento de comidas, saberes e práticas alimentares como patrimônio cultural imaterial. **Demetra – Alimentação, Nutrição & Saúde**, v. 10 n. 3, 2015. ISSN 2238-913X. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/demetra.2015.16054>. Pdf. Acesso em: 21 ago. 2021. Paginação Irregular.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ABREU, Andréia de. Direito à alimentação adequada: a realidade dos alimentos transgênicos versus direito fundamental à saúde – aspectos relevantes. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP**. n. 17 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2012. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/233>. Pdf. Acesso em: 06 jul. 2021. 28 p.

FALEIRO, Fábio Gelape; ANDRADE, Solange Rocha Monteiro de (org.).

Biotecnologia, transgênicos e biossegurança. 1. ed. Planaltina: Embrapa Cerrados, 2009. ISBN 978-85-7075-050-1. Disponível em:

<https://www.alice.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/571813/1/faleiro02.pdf>. Pdf. Acesso em: 06 jul. 2021. 183 p.

LIMA, Lucas Gama. A monopolização das sementes pelo capital e a contaminação por transgênicos no semiárido de Alagoas. **Germinal: Marxismo e Educação em Debate**, v. 13 n.2 agosto de 2021. Disponível em:

<https://periodicos.ufba.br/index.php/revistagerminal/article/view/45030>. Pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

GONÇALVES, Neuza Maria Ferraz de Mello; CESTARI Juliano dos Santos. Os alimentos transgênicos e o contexto do consumidor. **Revista Jurídica Uniandrade**, v. 21, n.2, 2014. Disponível em:

<https://revista.uniandrade.br/index.php/juridica/article/view/149>. Pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

MULLER, Silvana Graudenz; AMARAL, Fabiana Mortimer; REMOR, Carlos Augusto. Alimentação e Cultura: Preservação da Gastronomia Tradicional. In: ANAIS DO SEMINÁRIO ELETRÔNICO DE PESQUISA EM TURISMO DO MERCOSUL, 6., 2010, Caxias do Sul. **Anais eletrônicos [...]**. Caxias do Sul: UCS, 2010. Disponível em:

https://www.ucs.br/ucs/eventos/seminarios_semintur/semin_tur_6/arquivos/13/Alimentacao%20e%20Cultura%20Preservacao%20da%20Gastronomia%20Tradisional.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

TAVARES, Maria F. de, F. et al. **Introdução à agronomia e ao agronegócio.** Minha Biblioteca. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595028074/pages/recent>. Acesso em: 15 jun. 2021.

GRUPO DE TRABALHO: DIREITO, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

A INFLUÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS SOB AS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS REALIZADAS COM A UNIÃO EUROPEIA

Gabriel Luis Silveira³⁸
Victor Antonio Cecyn³⁹

RESUMO: O presente artigo consiste em uma análise dos desdobramentos da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei. 13.709/2018) nas relações comerciais internacionais realizadas especificamente com a União Europeia, parte-se dos estudos oferecidos por meio da doutrina nacional e internacional, expondo-os como marco teórico, bem como elencando a atual situação jurídico-econômica permeada por uma sociedade internacional globalizada e marcada por tecnologias avançadas, vivencia-se uma em que os dados pessoais detidos por cada indivíduo reverteram-se em moedas de câmbio para as relações empresariais nesta sociedade 4.0, o objetivo é apresentar as perspectivas do atual cenário marcado pelo avanço tecnológico e os desafios gerados à seara jurídica e econômica no que tange à efetiva proteção e privacidade dos titulares de dados e seus desdobramentos benéficos para com as relações econômicas realizadas com a União Europeia. O problema de pesquisa baseia-se no seguinte questionamento: “é possível evidenciar uma influência econômica gerada a partir do advento da Lei Geral de Proteção de Dados no que tange às relações comerciais internacionais realizadas entre o Brasil e a União Europeia?”. A pesquisa ocorre por meio do estudo da Lei Geral de Proteção de Dados e do Regulamento Geral de Proteção de Dados, cuja influência jurídica abrange o Brasil e os países componentes da União Europeia. Desta forma, demonstrar-se-ão os benefícios advindos a partir da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como da aculturação brasileira no que diz respeito à devida implementação das normas relativas à proteção e privacidade de dados dos titulares e seus. A metodologia utilizada foi o método dedutivo; como hipótese, propõe-se que o advento da Lei Geral de Proteção de Dados e a implementação de uma cultura protecionista possuem influência direta em uma prática benéfica que auxilia as relações internacionais comerciais realizadas entre o Brasil e a União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados. Regulamento Geral de Proteção de Dados. Proteção e Privacidade de Dados. Relações Internacionais. União Europeia.

INTRODUÇÃO

A investigação tem por objetivo demonstrar a influência do ordenamento jurídico brasileiro, em específico no que tange a matéria regulatória da proteção e privacidade de dados, sob as relações comerciais realizadas com a União Europeia que envolvem o tratamento internacional de dados pessoais, considerando o contexto histórico evolutivo da proteção e privacidade de dados sob os países componentes da União Europeia. Expõe-se que a influência da tutela jurisdicional da proteção e privacidade

³⁸ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville. E-mail: gabriel.silveira@sh.adv.br.

³⁹ Acadêmico da 8ª fase do curso de Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville. E-mail: victorcecyn@hotmail.com.

de dados no cenário brasileiro possui o desdobramento implícito e benéfico sob as relações comerciais realizadas com entes internacionais dotados de soberania.

Torna-se mandatória a análise do contexto histórico que evidenciou a tutela da privacidade no contexto europeu, isto porque gerou forte influência para a introdução das medidas na legislação brasileira.

Sendo assim, verificar-se-á que após profundas cicatrizes geradas a partir das guerras mundiais e guerra fria, a sociedade presenciou o fenômeno de uma globalização acelerada e marcada pelo avanço desenfreado de tecnologias.

Diante disso, a crescente evolução tecnológica por vezes direcionou-se no desencontro da proteção e privacidade de dados, gerando a necessidade de regulamentações detalhadas acerca das medidas necessárias para a efetiva garantia dos direitos elevados ao patamar fundamental do ser humano.

Nessa toada, é de plena aceitação doutrinária a afirmação de que as tecnologias se desenvolveram à mesma medida em que o fluxo de dados exponencialmente evoluiu, cenário que estimula a transferência internacional de dados pessoais em escalas exorbitantes e torna os dados pessoais como a nova moeda do século (MALDONADO, 2020, 22-24).

A abordagem de uma “moeda” de troca extrapola a menção da doutrina jurídica, incluindo-se inclusive nos campos da doutrina dedicada à tecnologia da informação, a qual qualifica brilhantemente o fluxo de dados como a “economia da informação (BIONI, 2019, p.35), tal como comentado, é indiscutível para Bioni que os dados pessoais tornaram-se uma moeda de troca na sociedade tecnológica, insurgindo o debate da difícil mensuração acerca do preço dos dados e a inconsciência dos titulares frente a este fluxo acelerado (BIONI, 2019, p. 221).

Torna-se imperioso afirmar que o destino da propriedade dos dados confere imenso poder ao detentor dos mesmos, isto porque, em uma rápida e superficial análise, concedem a possibilidade de projetar perfis de consumo, elementos biológicos atinentes à saúde dos indivíduos, hábitos comportamentais políticos e tantos outros pontos suscetíveis de utilização ao tratamento comercial de dados pessoais desenfreado (DONEDA, 2020, 13), é neste contexto em que a ponderação das relações comerciais brasileiras atinge os entraves legislativos impostos por parte das autoridades públicas existentes na seara europeia.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO E PRIVACIDADE DE DADOS NA UNIÃO EUROPEIA

Em um primeiro plano, a fim de se obter uma análise sólida acerca do contexto econômico permeado pelo Brasil e os países componentes da União Europeia, cabe expor a insurgência de regulamentos e normas das quais estabeleceram regras acerca do tratamento de dados em meio ao cenário da internet.

No âmbito da União Europeia, não há como falarmos de proteção e privacidade de dados sem antes expor todo o contexto histórico permeado por seus países componentes. A partir disso, cita-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), acolhida em 1950 por meio do Conselho da Europa, o qual surgiu das cinzas criadas pela segunda guerra mundial pelos Estados da Europa, no intuito de viabilizar o estado de direito, a democracia, os direitos humanos e o desenvolvimento social (EUROPA, 2014, p. 14).

Neste sentido, os entes internacionais dotados de soberania dos quais faziam parte do Conselho da Europa (CdE) obrigaram-se, neste contexto, ao cumprimento das disposições do CEDH, bem como recepção do mesmo em seus ordenamentos jurídicos internos. Neste sentido, os países membro estavam sujeitos ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TDEH), instituído em 1959 na cidade de Estrasburgo, França (EUROPA, 2014, p. 14).

É neste cenário de relações e tensões jurídico-internacionais em que surge o direito à proteção de dados pessoais, norma positivada e protegida no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, *in verbis*:

ARTIGO 8º **Direito ao respeito pela vida privada e familiar**

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Resta evidenciada a tutela do direito à privacidade de qualquer pessoa, sendo que o referido direito foi garantido em um patamar extensivo à proteção de dados por parte da jurisprudência firmada pelo TEDH, o qual julgou na época casos de

interceptação comunicacional, formas variadas de vigilância, pontuando um marco mundial à proteção e privacidade de informações, de forma que argumentou sobre as obrigações decorrentes do artigo 8º da CEDH, o qual não se limita à vedação à violação da privacidade por parte dos Estados, bem como gera uma obrigação positiva, a fim de que seja garantida de forma ativa o efetivo cumprimento da vida privada e familiar (EUROPA, 2014, p. 14-17).

Apesar do nascimento da tutela à proteção e privacidade de informações, a década de 60 marcou o desenvolvimento acelerado da tecnologia, período do qual gerou a necessidade de instituição de normas detalhadas acerca da proteção de dados pessoais, logo, durante a década de 70 o cenário europeu contou com diversas resoluções de proteção de dados pessoais respaldadas no artigo 8º da CEDH, medidas estas de origem do Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

Nessa toada, os autores do Manual da Legislação Europeia sobre a Proteção de Dados abordam que a Convenção nº 108, documento que envolve a proteção das pessoas e o tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, de forma que foi e continua sendo “o único instrumento internacional juridicamente vinculativo no campo da proteção de dados” (EUROPA, 2014, p. 16).

No que tange à mencionada Convenção 108, sua importância se reverte em alto patamar para o alcance da privacidade de indivíduos, isto porque abrange a regulação de tratamentos realizados pelos setores públicos e privados (EUROPA, 2014, p. 16).

Sob a ótica deste cenário que a evolução da proteção e privacidade de dados surge nos países componentes da União Europeia, os relevantes e basilares princípios de tratamento lícito de dados dos quais deveriam observar a finalidade, proporcionalidade e ciclicidade do tempo de vida dos dados foram erguidos desde o fomento da Convenção 108.

Contudo, cabe expor que a elaboração de normas das quais versassem sobre a transferência e fluxo internacional de dados para Estados estrangeiros veio à tona apenas em 1999, representando uma regularização tardia quando comparada à importância da demanda.

Todavia, ao analisar-se legislação objetiva sobre proteção de dados na União Europeia, não há como escusar-se de mencionar a Diretiva 95/46/CE instituída pelo Parlamento Europeu e Conselho Europeu em 24/10/1995, a qual dispôs sobre a proteção de indivíduos ao que diz respeito ao tratamento e circulação de dados

personais. No momento de instituição da Diretiva, diversos Estados já possuíam legislações nacionais acerca da proteção de dados, logo o objetivo da Diretiva foi de harmonizar a legislação sobre proteção de dados, a fim de desembocar em uma livre e despreocupada “circulação de mercadorias capitais, serviços e pessoas no mercado interno” (EUROPA, 2014, 17), caso extremamente similar à vinda da Lei Geral de Proteção de Dados para o Brasil, o que se difere é que a referida Diretiva objetivou a regulação entre países que participavam efetivamente como Membro da União Europeia.

Em matéria de direitos humanos no âmbito europeu, evidencia-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 2000, a Carta realizou um conglomerado de tradições constituições e obrigações internacionais pactuadas entre os Estados componentes, versando sobre todos os direitos da esfera cível, política, econômica e social de todo cidadão europeu (EUROPA, 2014, p.21).

Importante ressaltar que no plano primário o objetivo da Carta era meramente político, contudo, com o tempo desenvolveu caráter juridicamente vinculativo, sendo que estampa e garante o respeito pela vida privada e familiar na disposição do artigo 7º, bem como explana o direito à proteção de dados no artigo seguinte (8º), momento em que pronuncia a proteção ao patamar de direito fundamental na União Europeia.

Ao evoluir na análise do cenário legislativo acerca da proteção e privacidade de dados, a Comissão Europeia, em 2012, elaborou uma proposta normativa da qual buscava atender o novo cenário tecnológico acelerado permeado por uma sociedade globalizada, sendo assim, uma reforma legislativa se fazia necessária. A proposta se baseava na introdução de um Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e uma nova Diretiva sobre Proteção de Dados.

Diante de tantas legislações e avanços tecnológicos já mencionados, a considerável linha histórica do direito à proteção e privacidade de dados é abarcada pela regulação europeia sobre proteção de dados, comumente conhecida por *General Data Protection Regulation (EU 2016/679)*, documento do qual possui relevância internacional na seara abarcada, tal como o caso da influência direta gerada na redação da Lei Geral de Proteção de Dados.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO E PRIVACIDADE DE DADOS NO BRASIL

Ao que diz respeito ao caso do Brasil, apesar de que a Lei Geral de Proteção de Dados vem à tona apenas no ano de 2018, houve igualmente uma escadaria legislativa permeada para que se alcançasse este patamar.

A Constituição Cidadã (1988) foi o primeiro documento jurídico relevante ao ordenamento jurídico brasileiro, o qual evidenciou de forma explícita o direito à vida privada e à intimidade (art. 5º, inciso X, CF/1988), assim como elegeu a privacidade ao patamar de direito fundamental, causando um grande marco legislativo para a tutela da privacidade na legislação brasileira.

Apesar do mencionado marco legislativo, importante ressaltar que a privacidade já era tutelada de forma implícita, isto porque o direito à privacidade remete diversos outros direitos fundamentais (igualdade, da liberdade de escolha, não discriminação, entre outros), logo estava implícito dentro de legislações e matérias esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, exemplo disso é a proteção à propriedade dos indivíduos, tema que não deixa de abarcar a privacidade dos mesmos em um segundo plano, distante do texto explícito (DONEDA, 2020, p. 266-268).

Tal como ocorreu na União Europeia, a sociedade tecnológica formada no início do século 21 foi fundamental para os desdobramentos jurídicos que tornaram possíveis a elaboração de legislações específicas sobre a privacidade e proteção de dados, uma vez que a legislação admite a necessidade de eleger a regulação de espaços e situações específicas diante de um encorpamento legislativo ao mesmo tempo em que tenta alcançar os avanços da tecnologia, exemplo disso é o advento do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), Lei da qual estampa e exclama em seu preâmbulo que adveio para “estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Nessa toada em que a Lei Geral de Proteção de Dados nasce, tanto para resguardar a garantia da privacidade, de forma que no momento de sua publicação não há como fazê-la sem a proteção de dados, quanto para iniciar um processo de aculturação no Brasil, a fim de que o País atenda as demandas comerciais externas.

A tutela da proteção de dados está em grande ênfase para o cenário do ordenamento jurídico brasileiro, a referida afirmação se coaduna ao analisar-se a

Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019, a qual já restou aprovada por parte da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

A mencionada PEC se torna um marco para a proteção de dados, uma vez que eleva a referida proteção ao patamar de direito fundamental, inclusive por meios físicos e digitais, sem ressalvas.

Atualmente o texto segue para promulgação em sessão do Congresso Nacional, todavia até o momento não há data para este marco histórico da proteção e privacidade de dados no cenário brasileiro.

3. OBSTÁCULOS LEGAIS NAS TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS REALIZADAS ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E O BRASIL

Considerando o objetivo central do presente estudo, determinado pela exposição das influências advindas da LGPD que recaem sob o mérito benéfico das relações comerciais internacionais realizadas com a União Europeia, evidencia-se o cenário da transferência internacional de dados, disciplinada rigorosamente pela “General Data Protection Regulation” e a Lei Geral de Proteção de Dados.

O artigo 44 do GDPR é cristalino ao tutelar toda e qualquer transferência de dados pessoais para um país terceiro alheio à União Europeia, nestes casos, para que a transferência esteja dotada de legitimidade o agente controlador possui o dever de informar os titulares de dados de forma clara e inequívoca que a referida transferência ocorrerá para país fora da União Europeia, assim como deverá dispender esforços para obter o consentimento dos titulares e gerir a garantia deste aceite.

Com esta simples medida verifica-se um grande esforço e responsabilidade recaídos sob o agente de tratamento, não se trata de um processo burocrático, mas sim um procedimento que busca assegurar as garantias dos titulares, cultura sólida e já exposta para o cenário da União Europeia.

Não bastasse isso, o artigo 45 do GDPR implica que o país terceiro deverá possuir uma “decisão de adequação” fornecida pela Comissão Europeia, este documento vincula a possibilidade de transferir os dados pessoais em razão do nível de segurança do país terceiro avaliado, sendo que são pouquíssimos os países que

possuem o mencionado documento, de forma que o Brasil não compõe o curto rol de entes internacionais possuidores.

Apesar de que o Brasil não possui uma decisão de adequação, o artigo n. 46 do GDPR estabelece que nestes casos há a possibilidade de realizar a transferência desde que o país terceiro apresente garantias adequadas, sendo elas a) um instrumento juridicamente vinculativo e com força executiva entre autoridades ou organismos públicos; b) regras vinculativas aplicáveis às empresas em conformidade com o artigo 47; c) cláusulas de proteção de dados adotadas pela Comissão pelo procedimento de exame constante no artigo 93, item 2; d) cláusulas de proteção de dados adotadas por uma autoridade de controle e aprovadas pela Comissão pelo procedimento de exame mencionado no artigo 92, item 2; e) um código de conduta, aprovado segundo os termos do art. 40 e acompanhado de compromissos vinculativos e com força executiva assumidos pelos responsáveis pelo tratamento ou pelos subcontratantes no país terceiro no sentido de aplicarem as garantias adequadas ou f) por meio de um procedimento de certificação, aprovado nos termos do art. 42, também acompanhado de compromissos vinculativos e com força executiva assumidos pelos responsáveis pelo tratamento ou pelos subcontratantes no país terceiro no sentido de aplicarem as garantias adequadas.

Nesse sentido, é imperioso esclarecer a grande onerosidade e responsabilidades direcionadas aos agentes de tratamento, fatores que tornam as relações comerciais internacionais que versam ou possuem transferências internacionais de dados extremamente complexas e carregadas de deveres, podendo inclusive inviabilizar a relação comercial em comento.

À vista disso, o Brasil não se vê apenas obrigado a acompanhar os países restantes do globo no que tange tão somente a proteção de dados, contudo, possui um grande, evidente e necessário dever de inserir esta aculturação no sistema jurídico brasileiro em prol da não inviabilização de relações comerciais realizadas com países estrangeiros, principalmente aos membros da União Europeia.

4. A ATUAÇÃO DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD) FRENTE AO CENÁRIO INTERNACIONAL DE AGENTES REGULADORES

Apesar das dificuldades impostas pelo GPDR, a Lei Geral de Proteção de Dados adveio de forma a beneficiar as relações por meio de um caminho árduo na tentativa de aculturar boas práticas no cotidiano dos tratamentos de dados pessoais.

Exemplo disso é a implementação da Autoridade Nacional de Proteção de dados, “órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional” (inciso XIX, art. 5, da Lei 13.709/2018).

A ANPD se mostra um dos mais recentes órgãos reguladores do governo, porém sua atuação é vista com muita seriedade e respaldo internacional, tal como se vê a inclusão da ANPD nas discussões internacionais mais relevantes para o cenário global de proteção de dados.

O campo de atuação da Autoridade extrapola a mera regularização e fiscalização no que diz respeito ao seguimento da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, isto porque no campo prático a ANPD se mostra um ente orientativo e de representação mundial, indicando maturidade e evolução do cenário brasileiro aos entes internacionais.

A afirmação supramencionada obtém respaldo na inclusão da ANPD em meio aos debates globais acerca da privacidade e proteção de dados, tal como aconteceu com seu recente aceite (03/11/2021) como membro da Global Privacy Enforcement Network (GPEN) (BRASIL, 2021), criada no intuito de fortalecer a proteção de dados a nível global, servindo de ente auxiliador das autoridades públicas.

Não bastando, em 21/10/2021, a ANPD tornou-se membro da Rede Ibero-Americana de proteção de dados (BRASIL, 2021), um fórum que realiza a interseção de autoridade públicas e privadas que busca fomentar e desenvolver debates sobre o intercâmbio de informações, bem como à garantia da proteção de dados em meio à democracia.

Outro motivo inestimável para a presente discussão é tratado na participação da ANPD como observador em meio à 41ª Reunião Plenária da Convenção 108 (BRASIL, 2021), reunião direcionada ao debate do Tratamento Automatizado de Dados Pessoais e os desafios da proteção de dados decorrentes de novas tecnologias que surgem em

um ambiente globalizado marcado pelo rápido avanço e um mercado cada vez mais exigente.

A rápida inclusão da Autoridade brasileira no campo das discussões internacionais se mostra extremamente benéfica para a inclusão do Brasil e desenvolvimento dos debates que envolvem as matérias de proteção e privacidade de dados, expondo que o País se preocupa com a matéria e começa, de forma brilhante e veloz, a contribuir para o cenário global, adquirindo consequentemente respeito perante a comunidade da União Europeia e gerindo benefícios de forma indireta para as relações econômicas realizadas, motivo pelo qual a menção de seu belíssimo trabalho tornou-se mandatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Advento de uma sociedade tecnológica, após a ocorrência das cicatrizes experimentadas nas guerras mundiais e guerra fria, gerou a necessidade de instituição de legislações específicas no campo da proteção e privacidade de dados, normas estas direcionadas à garantia dos direitos dos indivíduos titulares de dados pessoais. Apesar da forte regulamentação de medidas, isto não impede o tratamento de dados em prol das relações comerciais realizadas entre diversos entes do globo, mas regula a legitimidade e necessidade destes tratamentos de dados.

Diante da vanguarda dos movimentos jurídico-vinculativos da tutela ao direito à privacidade e à proteção de dados na União Europeia, a evolução dos debates e desenvolvimento de medidas regulatórias atingiu tamanha dimensão a ponto de gerar entraves em meio às relações econômicas-internacionais realizadas entre o Brasil e países componentes da União Europeia.

Apesar de uma aculturação tardia quando comparada aos demais países do globo, verifica-se que o Brasil desenvolveu diversos aspectos jurídicos, a fim de garantir a tutela da privacidade, assim como encaminha-se para a elevação do direito à proteção de dados ao patamar fundamental garantido pela Constituição Federal, é o caso da Lei 13.709/2018 e o Projeto de Emenda à Constituição n. 17/2019.

Não bastasse isso, a brilhante atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados auxilia no desenvolvimento de medidas técnicas e legislativas na busca de

aprimorar a garantia dos direitos básicos, assim como no desdobramento implícito e benéfico sob as relações comerciais internacionais que envolvem o tratamento de dados a nível global.

Questionou-se então se é possível evidenciar uma influência econômica gerada a partir do advento da Lei Geral de Proteção de Dados no que tange às relações comerciais internacionais realizadas entre o Brasil e a União Europeia?

A resposta deste questionamento está exposta em um cenário implícito brasileiro do qual regulou o tratamento transfronteiriço de dados, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados em analogia à regulamentação europeia, assim como vem desenvolvendo suas relações públicas e privadas no cenário internacional, a fim de amostrar um forte e mandatório acultramento sob a seara da proteção e privacidade de dados advindos dos titulares.

De acordo com a análise histórica guiada com base em um método comparativo da evolução global acerca da tutela da proteção e privacidade de dados, confirmou-se que é indiscutível expor a influência econômica benéfica sustentada a partir da introdução da Lei Geral de Proteção de Dados sobre as relações econômicas interpeladas com países da União Europeia, em que pese, a expectativa do desenvolvimento brasileiro é alta e os olhares globais tangem sua atenção para esta potência econômica que já é referência global em meio ao debate da matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 423 p.

BRASIL. AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **ANPD é aceita como membro da global privacy enforcement network gpen**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-aceita-como-membro-da-global-privacy-enforcement-network-gpen>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **ANPD participa da 41ª reunião plenária da convenção 108**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-participa-da-41a-reuniao-plenaria-da-convencao-108>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **ANPD torna-se membro da rede ibero-americana de proteção de dados**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-torna-se-membro-da-rede-ibero-americana-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 21 de nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. **Marco Civil da Internet**. Brasília, GO,

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **LGPD**. Brasília, GO.

BRASIL. Senado Federal. Congresso Nacional. **Projeto de Emenda à Constituição n. 17/2019**. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: 20 out. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Manual da Legislação Europeia de Proteção de Dados**. 2014, ISBN 978-92-871-9939-3. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_POR.pdf> Acesso em 03 de novembro de 2015.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. 364 p.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (org.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. 474 p.
UNIÃO EUROPEIA. CEDH de 04 de novembro de 1950. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral de Proteção de Dados. (EU) 2016/679 de 27 de abril de 2016. **General Data Protection Regulation.**

BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA E O GRADUAL AUMENTO DE DANOS AMBIENTAISGabriela Martins Muniz⁴⁰

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo correlacionar a nacionalidade das embarcações e seu registro com danos ambientais dentro do direito marítimo internacional. O transporte marítimo, diariamente, vem se tornando um dos mais importantes modais de transporte do mundo, além da maior capacidade de carga, possui as melhores tarifas de fretamento com flexibilização nas locomoções. Dessa maneira, buscando maiores vantagens econômicas houve o surgimento do registro aberto, ou seja, das bandeiras de conveniência. Socorrendo-se da reduzida regulamentação marítima, países passaram a outorgar condições flexíveis para os navios possuírem sua nacionalidade e a partir disso se esquivarem de inúmeros impostos. Entretanto, o resultado das bandeiras de conveniência está recaindo, constantemente, no meio ambiente, visto que os países que autorizam o registro de bandeira de conveniência carecem de meios efetivos para impor leis ou sequer participam de tratados que impõem segurança e requisitos mínimos de navegação. Sendo assim, o presente artigo busca expor que a insana competitividade e lucratividade dos navios internacionais resulta na maior incidência de acidentes marítimos causadores de um gradual aumento de danos ambientais, sendo os principais: derramamento de petróleo (marés negras), emissão de gases poluidores, despejo de água de lastro e lavagem de tanques dos navios. Por meio de doutrinas, legislações, jurisprudências e artigos pertinentes desenvolveu-se uma análise das bandeiras de conveniência relacionando-as com os principais danos ambientais registrados nos últimos anos que são decorrentes de tal registro, ou seja, essa pesquisa mostrará que a vantagem econômica do registro aberto não compensa os inúmeros prejuízos à natureza, portanto, cabe aos demais Estados a imposição de fiscalização perante essas embarcações, bem como desestimular essa prática com novas estratégias internacionais, a fim de salvar um bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Bandeira de conveniência; Transporte marítimo internacional; Danos ambientais.

INTRODUÇÃO

O transporte marítimo é um dos primeiros modais criados no mundo, possuindo como marco de criação o ano de 1.200 a.C., há registro que na Antiguidade os fenícios já detinham do uso de embarcações. Atualmente, esse transporte se encontra em constante crescimento e evolução. Sendo, de fato, um dos modais mais utilizados em todo o mundo, visto que cerca de 70% de todas as mercadorias circulam pelo modal marítimo.

Dessa maneira, quando surge uma nova embarcação essa precisa de uma nacionalidade, sendo gerada por meio do registro em órgão competente. As bandeiras de conveniência, assunto principal do presente artigo, fazem parte do tipo de registro aberto, o qual, de modo geral, pouco importa o vínculo com o Estado de registro.

⁴⁰ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

A expansão desse registro ocorreu ainda na Segunda Guerra Mundial, ou seja, não é de hoje que o registro aberto é utilizado. Entretanto, contemporaneamente, a procura por esse registro aumentou de forma inimaginável, a cada dia, mais embarcações buscam o registro de bandeiras de conveniência visando lucro.

Ocorre que, a disseminação desse registro está gerando um aumento gradual nos acidentes marítimos que resultam em graves danos ambientais. Consequentemente, Estados que concedem as bandeiras de conveniência carecem de participação em tratados, não cumprem legislações e não fiscalizam as embarcações que constam em seu registro.

Posto isto, por meio do presente artigo desenvolveu-se uma análise das bandeiras de conveniência correlacionando-as com os principais danos ambientais registrados nos últimos anos que são decorrentes de tal registro, através das pesquisas realizadas o artigo busca demonstrar que a procura por lucratividade e competitividade não compensa as lesões ao meio ambiente, bem como expor pontos importantes para, efetivamente, reduzir tais danos.

1. NACIONALIDADE E ESPÉCIES DE REGISTROS DAS EMBARCAÇÕES

Preliminarmente, cabe conceituar o que o direito marítimo entende por embarcações e navios. Desse modo, embarcações são todas as construções que dispõem de propulsão própria e se locomovem em água, além de ter a capacidade de transportar em si coisas ou pessoas. Juridicamente uma embarcação se classifica por: casco e acessórios. Por fim, navio nada mais é que uma espécie de embarcação.

A partir do conceito de embarcação, é possível adentrar no assunto da nacionalidade e das espécies de registros das embarcações. A nacionalidade do navio é obtida por meio do registro da embarcação na repartição competente. Ou seja, o navio apenas pode arvorar a bandeira de determinado Estado após o registro da embarcação. Esse registro pode ser comprovado por meio do certificado de nacionalidade, diretamente no diário de bordo ou no rol de equipagem. Além disso, o registro pode ser escolhido pelo proprietário ou pelo armador do navio e irá variar conforme o peso e o tamanho da embarcação.

As espécies existentes quanto ao registro das embarcações são duas: as nacionais e as abertas. Os registros nacionais, de modo geral são a regra dos registros, para serem alcançados o principal requisito é um forte elo entre o Estado do pavilhão e o navio. Além de quatro critérios existentes para a atribuição da nacionalidade, sendo esses: construção, propriedade, nacionalidade da tripulação e misto. Por exemplo, o Brasil adota o critério misto, conforme a Lei 9.432/97, sendo que, a nacionalidade do proprietário, da tripulação e do comandante são de suma relevância para a autorização de arvorar a bandeira brasileira. Além disso, nesse tipo de registro, há um controle grande sobre os navios registrados e esses fazem parte da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM III), seguindo de fato a legislação do Estado escolhido. Nesse sentido, cumprindo o que a própria Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 expõe em seu artigo 91, parágrafos 1º e 2º: “1º. Todo estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira esteja autorizada a arvorar. Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio. 2º. Todo estado deve fornecer aos navios a que tenha concedido o direito de arvorar a sua bandeira os documentos pertinentes” (Jamaica, 1982).

Já os registros abertos são aqueles que há pouco ou nenhum vínculo entre Estado do pavilhão e navio. Esse, de maneira geral, é a exceção dos registros e é dividido em dois grupos, sendo eles: segundo registro e registro de bandeira de conveniência. Nesse caso, quando ocorre o registro aberto as regras gerais da nacionalidade são irrelevantes.

Dessarte, o Estado da bandeira do navio, ou seja, o Estado escolhido para representar a nacionalidade da embarcação, independente do registro, tem como dever o exercício efetivo de sua jurisdição e de seu controle nas questões administrativas. Assim, a regra é os Estados serem responsáveis por garantir segurança no mar.

É notório que a nacionalidade do navio é de suma importância, visto que ela remete a qual país o navio pertence e a qual legislação e ordenamento jurídico ele obedece. Em geral, o navio pode ter apenas uma nacionalidade, da qual o vínculo entre o Estado e o navio deve ser grande, todavia como evidenciado nos registros abertos, não é sempre que isso ocorre. Portanto, quando a regra geral da

nacionalidade é quebrada e o proprietário/armador do navio opta pelo registro aberto, mais especificamente pelas bandeiras de conveniência, vários problemas surgem e esses serão evidenciados no decorrer do artigo.

2. REGISTRO ABERTO: SOBRE AS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA

Conforme abordado acima os registros abertos são a exceção dos registros. Nos casos das bandeiras de conveniência o vínculo da regra geral da nacionalidade entre Estado e navio é inexistente. As bandeiras de conveniência também são conhecidas como registros independentes, isso porque há uma total facilidade de registro, não sendo necessário vínculo entre Estado e navio, havendo incentivo de ordem fiscal, nenhuma fiscalização e não existindo interesse mútuo na relação Estado/Navio. Isto é, esse registro visa primordialmente lucro e competitividade.

Contudo, não é de hoje que esse registro existe de tal forma, muito pelo contrário, já na Idade Antiga houveram indícios de bandeiras de conveniência, das quais, na época, visavam se esquivar de guerras. Todavia, a disseminação desse registro se deu, efetivamente, na Segunda Guerra Mundial. Nesse momento, o registro já estava sendo utilizado para arrecadação fiscal. A propagação de fato ocorreu porque os Estados Unidos da América (EUA) colocaram uma grande quantidade de navios cargueiros a venda e compradores, visando se livrar de gastos que o registro nos EUA geraria, buscaram o registro aberto em países menos exigentes e com uma reduzida fiscalização.

Os principais países encontrados com tais vantagens foram: Panamá, Libéria, Costa Rica e Honduras. Ou seja, países pequenos e subdesenvolvidos que ofereciam tal benefício para ganhar tributos em troca. Nos anos seguintes, o grande consumo mundial de petróleo e de indústrias petrolíferas gerou ainda mais registros abertos, tanto que, atualmente, contando com a tonelagem bruta do navio, que é como esse de fato é medido, aproximadamente 23% de todos os navios são registrados no país do Panamá, enquanto 11% de todos os navios do mundo são registrados na Libéria.

Sendo assim, em disparada o Registro Aberto de Bandeira de Conveniência do Panamá é o maior do mundo, esse, ainda no registro de 2010, já possuía cerca de 193,44 milhões de toneladas de arqueação bruta, o equivalente a quase um quarto da

tonelagem oceânica do mundo. Bem como, o segundo lugar no ranking mundial era liderado por Libéria, com 99,10 milhões de toneladas.

Logo, o Japão é o país que possui maior frota registrada em países com bandeiras de conveniência, contando com uma porcentagem aproximada de 53,3% de seus navios com registros abertos no Panamá. Nota-se com isso que o Panamá possui o maior registro de navios do mundo, isso porque há facilidades na exigência de leis, por exemplo, no uso da embarcação, nos impostos e vantagens de passagens pelo Rio Panamá. Desse modo, mais da metade da tonelagem mundial, pertence a empresas de apenas quatro países desenvolvidos, sendo eles, Grécia, Japão, Alemanha e China. De forma com que Japão e EUA contam com mais de 75% de seus navios registrados com bandeiras de conveniência, com isso, conseguindo lucrar mais pagando menos impostos e possuindo menores imposições legais.

Não bastando esses dados, recentemente, a União Europeia contabilizou, do ano de 2002 a 2019, um aumento de 50% no número total de registros abertos em outros países. O que significa um aumento constante na busca desse meio fácil de registro. Passando a tornar as bandeiras de conveniência um padrão entre empresas, armadores e proprietários. Assim, a prática de registrar navios em países com bandeiras de conveniência continuou a crescer a ponto de atualmente corresponder a mais de 70% da frota mercante mundial (UNCTAD, 2019).

Cabe pontuar que, esses países que disponibilizam as bandeiras de conveniência, não fazem parte ou não cumprem os preceitos da CNUDM III e de outras convenções internacionais. Por meio disso conseguem registro fácil e barato, havendo redução de custos trabalhistas, pouco regulamento de segurança e de equipagem a bordo, além de vantagens na ordem jurídica e operacional.

Ademais, devido as bandeiras de conveniência não integrarem a economia dos Estados de Registro, tais navios deixam de frequentar regularmente o porto de matrícula, realizando apenas um “tráfico de terceira bandeira”, conforme explica Eliane M. O. Martins:

Efetivamente, tais navios não freqüentam, com regularidade, seu porto de matrícula. Ao contrário, realizam o chamado "tráfico de terceira bandeira", ou seja, promovem um tráfico marítimo estranho à mobilização do comércio exterior do país cuja bandeira arvoram. Em conseqüência, as possibilidades concretas de controle, fiscalização e inspeção do navio por parte das autoridades do Estado de registro são praticamente inexistentes (MARTINS, 2008, p. 176).

Esse tipo de situação gera um trajeto sem fiscalização, inspeção e controle do Estado por parte das bandeiras de conveniência e com isso o resultado, apesar de valioso para os proprietários das embarcações, é fatal ao meio ambiente.

3. A RELAÇÃO DAS BANDEIRAS DE CONVÊNIÊNCIA COM O MEIO AMBIENTE

Inicialmente, há de se considerar que acidentes marítimos, constantemente, ocorrem nas águas nacionais e internacionais. Sendo que, vários acidentes independem se a embarcação possui bandeira de conveniência ou não. No entanto, quando o resultado interfere diretamente no meio ambiente muito tem a ver com acidentes marítimos de embarcações que são adeptas as bandeiras de conveniência, sendo mais frequente nesse registro por conta da ausência de fiscalização.

A maior incidência de acidentes marítimos que influenciam no gradual aumento de danos ambientais são dos navios de bandeiras de conveniência, já que os proprietários das embarcações com bandeiras de conveniência pouco se importam com a qualidade do navio. Portanto, os navios possuem más condições de uso, utilizam casco e acessórios precários, bem como a tripulação duvidosa e, não dispõem da devida manutenção da embarcação antes do uso. Ocorre que, os proprietários já optam por tal bandeira para não precisar cumprir determinadas regras como os padrões mínimos de navegação.

Por conseguinte, a relação das bandeiras de conveniência com o meio ambiente é que quem decide por esse tipo de registro age com descaso aos futuros e previsíveis acidentes marítimos. Nesses casos, os responsáveis pela embarcação pouco se preocupam se esse acidente vai desencadear um dano ambiental, visto que não há fiscalização e tampouco uma imposição para esse responder pelo dano causado, já que os danos ambientais seriam de responsabilidade do Estado da bandeira que o navio arvora.

Todavia, como o registro de bandeira de conveniência não possui vínculo com Estado e esse, geralmente, não participa de tratados básicos como a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, SOLAS e MARPOL, que são tratados que asseguram o meio ambiente, especialmente no âmbito marinho, sem esses requisitos o dever de reparar os danos ambientais causados por tais bandeiras acaba sendo

inexistente. Dessa forma, a ausência dessa responsabilização e do cuidado com o ambiente gera danos ambientais irreparáveis.

Na prática, os principais danos causados ao meio ambiente que são decorrentes de acidentes marítimos que serão abordados nesse artigo são: derramamento de petróleo (marés negras), emissão de gases poluidores, despejo de água de lastro e lavagem de tanques dos navios. Assim, para adentrar no assunto dos principais danos causados ao meio ambiente é necessário trazer antes alguns conceitos de direito ambiental.

De acordo com a Lei nº 6.938/81, o conceito de meio ambiente, constado no artigo 3º, é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Já, a doutrina de José Afonso da Silva expande o direito ambiental incluindo o conceito de meio ambiente como:

A interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Por isso é que a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente hão de constituir uma preocupação do poder público, e consequentemente, do direito, porque ele forma a ambiência (o habitat) no qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana (SILVA, 1997, p. 435).

Desse modo, a degradação do meio ambiente e a poluição são as alterações adversas das características do meio ambiente, dado por meio de atos diretos ou indiretos que gerem prejuízos à saúde, à segurança, ao bem-estar, às atividades sociais e econômicas, que afetem condições sanitárias e estéticas. Além dessas condições, a degradação ambiental também ocorre quando a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora são danificadas.

Neste segmento, entende-se por dano ambiental a diminuição de um bem ou de um interesse jurídico, devido a uma ação ou omissão realizada praticada contra esse, que lhe gere lesão direta ou indiretamente. De acordo com a doutrina de José R. M. Leite o conceito de dano ambiental é:

Toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse a coletividade, em uma concepção totalizante, e individualizáveis e que refletem no macrobem (LEITE, 2000, p. 108).

Além disso, a própria Constituição Federal de 1988, diante de seu artigo 225, garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado a toda a população, trazendo como dever de todos preservá-la e defendê-la, a partir do princípio da obrigatoriedade. Portanto, qualquer alteração que ocorra nesse estado de equilíbrio do meio ambiente pode ser considerada lesão ao meio ambiente e, por fim, danos ambientais.

Assim sendo, o âmbito do direito ambiental marítimo abrange normas referente ao ambiente marinho, visando a prevenção, o controle e a fiscalização das atividades desempenhadas nos mares. Nesse sentido, há a fusão das duas matérias, tanto direito marítimo quanto direito ambiental, possuem poderes e, por consequência, deveres, sendo esses responsáveis pela prevenção de possíveis danos, buscando manter o equilíbrio das águas jurisdicionais, não interferindo no equilíbrio ecológico.

Buscando resguardar o meio ambiente e evitar danos, surgiram leis como a lei nº 9.605/98 que no Brasil criminaliza os danos ambientais, com a finalidade de penalizar quem lesa tal bem jurídico. Além disso, o direito marítimo internacional objetivando preservar o meio ambiente marinho criou tratados e convenções como MARPOL 73/78, SOLAS, ISM CODE, além da própria CNUDM III que serão comentadas a seguir.

Conhecida como MARPOL 73/78, pois trata de uma combinação da Convenção de 1973 e do Protocolo de 1978. Essa entrou em vigor apenas em 02 de outubro de 1983. Todavia, em 2005, mais de 136 países já faziam parte dessa Convenção. Possui como nome completo: Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios e, visa, preferencialmente, a prevenção da poluição por meio de óleo, assim, foi criada com o intuito de minimizar a poluição dos mares.

Sobre a Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar conhecida popularmente como SOLAS, essa passou por quatro alterações até chegar a atual utilizada desde 1974, possui mais de 164 países adeptos que juntamente com essa lutam para estabelecer condições mínimas para construções de navios, como equipagem, certificados, procedimentos e instruções básicas para navegação.

Referente ao *International Safety Management Code*, conhecido como ISM CODE, esse se tornou obrigatório em 1998, buscando estabelecer um padrão internacional para a operação e gerenciamento de navios, além da prevenção da

poluição. Por fim, foi criado com o principal objetivo de salvaguardar vidas e evitar danos ambientais.

Já a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, conhecida por CNUDM III, entrou em vigor no ano de 1994, depois de quatro atualizações. Essa abrange consolidações genéricas a respeito das regras gerais das atividades realizadas ao mar, reforçando especialmente sobre a preservação e proteção do meio marinho, tratando-se de uma das convenções mais importantes sobre os direitos do mar.

Diante da exposição desses tratados e convenções, é evidente que há jurisdição buscando diminuir de fato os danos ambientais. Entretanto, apesar disso, existem ainda muitas falhas, como a pouca imposição na prática de tais tratados e a não anuência dos países de bandeiras de conveniência nessa regulamentação, visto que, como já tratado, esses países não fazem parte ou não cumprem os tratados supramencionados. Dessa maneira, mesmo com tais tratados e legislação, a fiscalização e a imposição de responsabilidade para cumprir tais leis é ineficiente. Portanto, mesmo com essas tentativas, os danos ambientais acabam sendo imensuráveis pelas bandeiras de conveniência, dos quais serão tratados a seguir.

4. MARÉS NEGRAS E O RESULTADO AMBIENTAL

As marés negras são decorrentes do transporte de petróleo pelos navios petroleiros, essas ocorrem quando há o derramamento de petróleo durante a navegação. A partir do derramamento, esse petróleo se alastra pelas águas formando as marés, essa prática atinge as zonas costeiras trazendo prejuízos à atividade de pesca e de turismo, bem como a morte da fauna e flora marinha.

Desse modo, cabe esclarecer que o petróleo é um combustível fóssil, sendo um dos mais utilizados em todo o mundo. Esse é formado por hidrocarbonetos, ou seja, um composto químico que contém hidrogênio e carbono. O processo de formação do combustível se dá a partir da decomposição da matéria orgânica em um soterramento, perdurando por milhões de anos tal processo.

Nesse sentido, os compostos do petróleo vão sendo alterados e liberados aos poucos. Diante de efeitos químicos, físicos e biológicos. Na qual, uma parte de suas

moléculas são liberadas para o ar, no processo de volatilização, sendo que esse colabora para poluição atmosférica. Já, algumas partes do composto de petróleo que são mais densas, se desprendem da maré e vão direto para o fundo do mar, de modo a prejudicar e intoxicar animais marinhos, chegando esses muitas vezes a morte. Por fim, o mais comum dessa situação é a própria maré negra, quando o composto fica boiando nas águas marinhas, isso impede que a luz solar reflita nas águas, dificultando a fotossíntese e, conseqüentemente, gerando alteração total na cadeia alimentar, além da morte de inúmeros animais.

Além disso, um prejuízo ainda maior é quando tais compostos de petróleo atingem a região costeira. Quando isso ocorre a pesca e o turismo é afetado, ou seja, contribuindo para prejuízos ambientais bem como econômicos, visto que muitos vivem da pesca local e do turismo, um exemplo claro disso é o que ocorreu no Brasil em 2019 nas praias nordestinas.

De modo geral, as bandeiras de conveniência se relacionam com as marés negras de modo que (i) é por meio de navios petroleiros em navegação que os maiores acidentes com petróleo ocorrem no mar e, (ii) como já foi exposto, os navios que fazem parte das bandeiras de conveniência não possuem boas condições em seu casco e acessórios, não há fiscalização no transporte que verifique se o armazenamento do petróleo está de acordo, portanto, os maiores prejuízos ao meio ambiente por marés negras são de navios que optam por bandeiras de conveniência e que agem com descaso perante o transporte marítimo.

Nesse sentido, ao longo da história, houveram inúmeros registros de acidentes marítimos que geraram danos ambientais como as marés negras, sendo algum deles: (i) naufrágio do navio “*Erika*” em 1999, causou derramamento de óleo no Atlântico que atingiu cerca de 400 quilômetros do litoral francês, mais ou menos 19 mil toneladas de petróleo foram jogadas ao mar, os danos à fauna e flora foram imensuráveis e houve cerca de 1 bilhão de perda econômica, a companhia do navio era italiana, mas o navio possuía bandeira de Malta e constava defeitos na estrutura da embarcação; (ii) avaria no navio-tanque “*Prestige*”, em 2002, na costa da Espanha, o navio partiu ao meio e afundou derramando cerca de 77 mil toneladas de petróleo, sendo que 42 mil dessas foram lançadas ao mar. Segundo os registros, isso ocorreu porque o navio era muito velho e não possuía as condições corretas de navegação, além disso, seu proprietário era grego, todavia, a bandeira do navio era da Libéria e, (iii) em 2019, no litoral

nordestino brasileiro, o navio petroleiro “*Bouboulina*”, registrado na Grécia, derramou petróleo cru por, aproximadamente, 2 mil quilômetros, das regiões nordeste e sudeste do Brasil, atingindo 160 praias brasileiras e resultando no derrame de 2,5 mil toneladas de óleo. Não só a fauna e a flora foram prejudicadas, com a morte de inúmeros animais marinhos e até de pássaros que geraram impactos na cadeia alimentar. Depois de investigações perceberam que o óleo vazado era uma mistura realizada na Venezuela. Todavia, até hoje não foi estabelecido a causa exata do acidente, mas sabe-se que o rompimento do casco ocorre devida as más condições da embarcação.

A partir da exposição de três desses acidentes é possível concluir que danos causados ao meio ambiente pelas marés negras, são, na maioria das vezes, decorrentes de bandeiras de conveniência e do resultado da pouca imposição de leis por esses países. Isso porque para arvorar tal bandeira não é necessário sequer condições mínimas de navegação, como foi observado em um dos acidentes citados acima, a embarcação era velha, possuía más condições de uso e arvorava bandeira de conveniência da Libéria.

Dessa forma, depois do exposto, é nítido que o lucro e as vantagens que as bandeiras de conveniência ganham, com menos fiscalização e regularização, não compensam as catástrofes que são causadas ao meio ambiente. Já que, a maioria dos acidentes marítimos somente acontecem pela falta de lei que imponha efetivamente uma responsabilidade civil e penal às bandeiras de conveniência. Sendo assim, é necessário a exigência de boas condições de navegabilidade, navios novos e conservados para todos os países. Por meio disso, muitas marés negras serão evitadas e o meio ambiente menos prejudicado.

5. A EMISSÃO DE GASES POLUENTES POR NAVIOS NA ATMOSFERA

Inicialmente, vale abordar o que são os poluentes de ar. Dessa forma, são substâncias encontradas em quantidades na atmosfera ou em uma região da atmosfera à qual dela não pertencem, ou ainda substâncias que são produzidas pelo homem e que não integram, de maneira natural, a composição da atmosfera terrestre.

Não é de hoje que o assunto sobre a emissão de gases na atmosfera é abordado de maneira crítica. De maneira geral, a poluição por meios terrestres de

transporte é bem mais perspectiveis e, por isso, bem mais alertadas. Todavia, o teor do enxofre emitido por combustíveis navais é 2.700 vezes maior do que é emitido por combustíveis convencionais de carros e caminhões. Portanto, fazendo uma análise por tonelada de combustível consumido as embarcações são a maior fonte de poluição atmosféricas. De acordo com pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2008, o setor naval é responsável por emitir 4,5% de todo o gás carbônico no mundo.

Genericamente, até a construção do navio gera poluição ao meio ambiente. Entretanto, a poluição que será abordada nesse artigo é a decorrente da queima de combustível pelas embarcações. A maioria dos navios são movidos por motores que se alimentam de diesel marítimo, os quais possui altas concentrações de elementos contaminados que são emitidos para a atmosfera. Os principais emissores atmosféricos resultantes da queima do combustível naval incluem: Óxido de enxofre (SOx); Óxido de nitrogênio (NOx); Dióxido de Carbono (CO₂); Compostos Orgânicos Voláteis (COV); Material Particulado (PM); e outros gases de efeito estufa.

É óbvio que não são apenas navios com bandeiras de conveniência que geram tal poluição atmosférica, já que todos se utilizam de diesel para locomoção. Contudo, constantemente, países buscam exercer seu dever de prevenção ao meio ambiente, a fim de evitar a poluição atmosférica. Por exemplo, em 2020 entrou em vigor a normativa *International Maritime Organization* (IMO), visando a redução do limite de enxofre no combustível de navio de 3,5% para apenas 0,5%, ou seja, fazendo com que os navios busquem novos tipos de óleos compatíveis que gerem menos emissão de gases. Entretanto, países que optam pelas bandeiras de conveniência raramente são incluídos nessas normativas.

Diante disso, nota-se que a poluição atmosférica pelos navios vai sempre ocorrer, porém o que os países podem e devem fazer é auxiliar na diminuição dos altos níveis de gases emitidos, gerando uma diminuição nos danos ambientais. Entretanto, os países que optam pelo registro aberto não regulam de maneira clara qual é o nível de emissão permitido aos navios, tampouco fiscalizam se algum navio não está emitindo mais gases do que o necessário. Além de que, esses não fazem parte de tratados que protegem o meio ambiente, como uma das primeiras convenções, que visa o combate à poluição, a Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância (CLRTAP) de 1979. Da mesma forma,

no artigo 212 da CNUDM, há expressamente constado a necessidade de “controlar a poluição do meio marinho proveniente da atmosfera ou através dela”. Contudo, como já tratado anteriormente, as bandeiras de conveniência não fazem parte da CNUDM, bem como da MARPOL 73/78. Assim, tais países não possuem como responsabilidade o controle de tal prática.

Logo, devido ao grande aumento do uso do transporte marítimo e a maior incidência da procura por bandeiras de conveniência está ocorrendo aumento significativo na poluição atmosférica pelos navios. A queima excedente dos combustíveis marítimos além de causar impactos na qualidade do ar, os gases do efeito estufa estimulam o impacto climático e podem até causar danos marinhos. Portanto, já que não há o movimento de prevenção de danos por parte dos países que optam pelas bandeiras de conveniência, devem os demais países fiscalizarem as embarcações desse registro, analisando se a emissão não é excedente e, se for o caso, punir de forma eficiente a embarcação, bem como estabelecer regras específicas.

6. ÁGUA DE LASTRO E A CONSEQUÊNCIA AO MEIO AMBIENTE

A água de lastro é a água coletada de forma proporcionalmente inversa à carga contida na embarcação. Essa é arrecadada em cada porto de parada conforme a carga é sendo descarregada, a água fica armazenada nos tanques dos porões dos navios e, ao final do percurso, conseqüentemente, o porão fica cheio dessa. Ou seja, no momento em que o navio for novamente carregado com nova carga, essa água armazenada nos porões será lançada ao mar. Sendo essa ação valiosa aos navios em razão de que garante a segurança operacional e traz estabilidade à embarcação, reduzindo esforços exercidos sobre o casco, melhorando a realização de manobras.

Todavia, a questão prejudicial da água de lastro é claramente o momento do despejo dela ao mar. Isso porque há uma grande probabilidade de a água coletada estar contaminada, já que há passagem diária de muitos navios pelos mais variados portos. Dessa maneira, juntamente com a água, pode haver o despejo de agentes patogênicos que geram doenças, a perda da biodiversidade local e o surgimento de espécies exóticas. Um exemplo da consequência do despejo da água de lastro é o

ocorrido no Brasil, onde a água armazenada entrou em contato com o caramujo gigante da África e, diante disso, quando despejada no mar brasileiro desencadeou surtos de cólera. E ainda, estima-se que, aproximadamente, 13 bilhões de toneladas de água de lastro são transferidas ao redor do mundo anualmente.

Mas afinal, qual a relação com as bandeiras de conveniência? A principal relação da água de lastro com as bandeiras de conveniência é que a maior incidência dessas ações é por parte desse tipo de registro. Uma vez que, atualmente, já existe a possibilidade de filtração dessa água antes do lançamento ao mar, visando evitar os problemas supracitados. Contudo, países que optam por tal registro não tem como prioridade a instalação do filtro para visar a diminuição de danos ambientais. Ademais, nesses casos, não há obrigação do uso do filtro e sequer fiscalização dessa ação.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Marítima Internacional (OMI) já reconhecem o dano do despejo das águas de lastros ao meio ambiente e à saúde. A partir disso, alguns países, como o Brasil, proibiram a prática da água de lastro. Todavia, isso não ocorreu com os países de bandeiras de conveniência, visto que esses visam apenas lucro.

Além disso, os países com bandeiras de conveniência possuem mais uma “vantagem”, sendo ela pouca ou nenhuma responsabilização pelos acidentes marítimos que causam danos ambientais, já que a reparação de dano muito se limita ao armador ou ao dono do navio a reparação do dano exclusivo da embarcação e, quanto ao dano causado ao meio ambiente, este seria responsabilidade do Estado da bandeira do navio. Entretanto, como as bandeiras de conveniência não possuem vínculos navio/Estado e não fazem parte de tratados internacionais que regulamentam tal prática acaba que ninguém paga a conta do meio ambiente.

Dessarte, mesmo com o surgimento de tratados regionais tentando regular essa situação, dispondo que, independentemente, de haver bandeira de conveniência ou não é o Estado que arca com o dano ambiental, a prática é falha e os acidentes permanecem ocorrendo. Portanto, é notório que é de suma necessidade que todos os países de portos e costeiros se unam para uma fiscalização mais eficiente, visando impor obrigações aos países de bandeiras de conveniência, na qual a responsabilização seja reconhecida, exigida e posta em prática. Dado que, é obrigação de todos os países resguardar o meio ambiente, evitando danos imensuráveis ao mesmo.

CONCLUSÃO

É evidente os imensuráveis danos ambientais que estão sendo causados em decorrência da utilização das bandeiras de conveniência. O descumprimento ou a não participação das bandeiras de conveniência em tratados e regras internacionais, a ausência de fiscalização, de comprometimento e de efetiva punição e responsabilização de dano torna essas cada vez mais procuradas e mais disseminadas no mundo, gerando o gradual aumento de acidentes marítimos que resultam em lesões ao meio ambiente.

Os resultados de marés negras, da emissão de gases na atmosfera e da água de lastro, principais danos supra referidos, demonstram apenas uma pequena parte de todo o prejuízo que o meio ambiente está tendo para as bandeiras de conveniência conseguirem lucratividade e competitividade. Dessa forma, é notório que compactuar com o uso das bandeiras de conveniência e fazer o uso das mesmas não compensa. Desse modo, é perceptível que as bandeiras de conveniência são incoerentes com os princípios de conservação ambiental, uma vez que esse registro não visa a prevenção e o equilíbrio do meio ambiente, como tratados e leis internacionais e nacionais impõem.

Portanto, a fim de amenizar os problemas causados pelas bandeiras de conveniência, levando em consideração que tal registro permanecerá sempre existindo, cabe aos demais Estados, que não são adeptos das bandeiras de conveniência, escalarem áreas de fiscalização em massa, visando a diminuição de tráfego irregular. Bem como, devem os países realizarem acordos que busquem a responsabilização efetiva dos danos causados por tal registro, havendo punição eficaz para os danos ambientais causados. Outra questão válida para diminuir as lesões, é a imposição de um regulamento geral, no qual seja necessário em todo o mundo embarcações novas e em boas condições de uso para navegação. Sendo assim, de fato, os acidentes marítimos que causam problemas ambientais pelas bandeiras de conveniência vão ser evitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente**: promulgada em 31 de agosto de 1981. L6938. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 15 de junho de 2021.

BRASIL. **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Nacional do Meio Ambiente. Agenda 21, Brasília. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

BRASIL. **Ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências**: promulgada em 09 de janeiro de 1997. L9432. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9432.htm. Acesso em: 15 de junho de 2021.

ENTENDER DIREITO. **Bandeiras de conveniência e leis em alto-mar**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=k5gMLcd_W9Q&ab_channel=EntenderDireito. Acesso em: 08 de maio de 2021.

FELIX, Adriano. **A poluição atmosférica transfronteiriça e o direito internacional ambiental**. p.]1-30. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5ea363a74cddf7e0>. Acesso em: 22 de junho de 2021.

JAMAICA. **Decreto nº 1.530**: promulgado em 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/documentos/convencao-onu-mar>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

LOPES, Karoline. **Bandeira de conveniência: análise sobre o prisma ambiental**. p. 1-12, outubro 2014. Disponível em: <https://seminario2016.ccsa.ufrn.br/assets/upload/papers/eda662866057c2e04ff68512aa16c4ec.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**. 3. ed. São Paulo: Editora Malone, 2008.

MARTINS, Flávio Augusto Dias. **Bandeiras de conveniência – uma realidade inconveniente**. p. 1-35, 2013. Disponível em: <http://www.redebim.dphdm.mar.mil.br/vinculos/000005/00000507.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

MESQUITA, João Lara. **Navios com bandeira de conveniência, número explode**. Estadão, 2021. Disponível em: <https://marsemfim.com.br/navios-com-bandeira-de-conveniencia-numero-explode/>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

NETTO, Dilermano Antunes. **Teoria e prática – direito ambiental**. 1. ed. Leme: Anhanguera Editora Jurídica, 2009.

MUNIZ, Rafael. **Bandeira de conveniência: análise sobre o prisma ambiental**. p. 1-108, agosto 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Rafael%20Muniz.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

PUPE, Alexsander. **A transferência de água de lastro por navios como uma ameaça ao ecossistema marinho e a convenção internacional criada para mitigar esse problema**. UFSC, 2019. Disponível em: <https://ovisto.ufsc.br/2019/04/12/a-transferencia-de-agua-de-lastro-por-navios-como-uma-ameaca-ao-ecossistema-marinho-e-a-convencao-internacional-criada-para-mitigar-esse-problema/>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

SANTOS, Vanessa. **Danos causados por vazamento de petróleo nos oceanos.**

Mundo Educação, 2019. Disponível em:

<https://mundoeducacao.uol.com.br/quimica/danos-causados-por-vazamentos-petroleo-nos-oceanos.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

STEIN, Marcelino. **Bandeiras de conveniência: Análise jurídica e econômica.** 1-126, 2011. Disponível em:

https://www.marinha.mil.br/tm/sites/www.marinha.mil.br.tn/files/file/biblioteca/trabalhos_academicos/tr_2013_Marcelino_Stein.pdf. Acesso em: 03 de junho de 2021.

SILVA, Marcos. TOLEDO, André de Paiva. **Vínculo substancial e as bandeiras de conveniência: consequências ambientais decorrentes dos navios com registros abertos.** 1-20, v. 13, 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36661.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

GRUPO DE TRABALHO: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA COMARCA DE JOINVILLE - SC

Emanuelle Kuriqui Alberini⁴¹

Gabriel Uhlmann⁴²

Karen Mariana Diniz Sela Eleuterio⁴³

Karoline Moraes Damasceno⁴⁴

Sabrina Marquardt⁴⁵

Beatriz Regina Branco⁴⁶

RESUMO: O presente estudo trata sobre Juizado Especial Cível de Joinville: Uma análise sobre as demandas em tempos Pandêmicos da Covid-19. O tema é importante em razão de compilar as demandas propostas no Juizado Especial Cível no ano de 2020 em comparação com o ano de 2019, fazendo uma análise comparativa dos procedimentos com a finalidade de estudar se a pandemia trouxe demandas diferenciadas para o contexto dos atendimentos realizados no Juizado Especial Cível de Joinville. Trazendo um breve relato sobre as demandas atendidas no Juizado Especial Cível, o presente artigo tem como objetivos específicos: a) contextualizar o surgimento da Pandemia por Covid-19; b) discorrer sobre os problemas enfrentados pelos consumidores com relação às relações de consumo; c) compilar e analisar os processos protocolados no Juizado Especial Cível da Comarca de Joinville nos anos de 2019 e 2020. A metodologia utilizada é quantitativa, do tipo de levantamento de dados e qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia; Juizado; Atendimentos.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe-se a trazer informações sobre as demandas no Juizado Especial Cível de Joinville, em tempos de pandemia (2019-2020). Mais concretamente sobre o contexto da pandemia que foi responsável por causar uma verdadeira mudança nas relações sociais. Além disso, busca a exposição de alguns aspectos a respeito dos problemas enfrentados pelos consumidores durante a pandemia, tendo em vista que o Juizado Especial Cível tem competência para julgar esse tipo de demanda que é de menor complexidade. O presente artigo, diante de tantos reflexos negativos advindos da pandemia que foram enfrentados por muitos brasileiros, aborda a promulgação da Lei n. 14.181/21, de 1º de junho de 2021, que ficou conhecida como

⁴¹ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

⁴² Acadêmica do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

⁴³ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

⁴⁴ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

⁴⁵ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

⁴⁶ Professora do curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

a "lei do superendividamento", trazendo alterações ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), como também ao Estatuto do Idoso.

Dessa forma, o presente artigo propõe-se a apresentar uma pequena abordagem sobre o Juizado Especial Cível e a Pandemia. Em seguida, será apresentado os casos que foram protocolados no período de 2019 a 2020 no sistema Eproc, em Santa Catarina. Após a coleta de dados fornecidos pelo sistema Eproc que será apresentado em tabela no presente artigo, foram selecionados os maiores assuntos que tiveram variações no período desejado, que são a rescisão do contrato e devolução de dinheiro e inadimplemento.

O presente artigo irá utilizar duas abordagens, sendo essas, a quantitativa e qualitativa. Dessa forma, a parte quantitativa é para a interpretação dos dados e resultados, enquanto a segunda, qualitativa, é para discorrer sobre a parte subjetiva do problema apresentado na pesquisa.

1. OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Em 1990, o Código Defesa Consumidor em seu artigo 5º, inciso IV, concede aos juizados especiais a oportunidade de realização de soluções de conflitos de consumo, agindo como instrumento de aplicação da Política Nacional das Relações de Consumo.

O Código de Defesa do Consumidor prevê o direito fundamental à proteção do consumidor, sendo exercido pelo Estado. Incumbe ao Estado a proteção e tutela do vulnerável por meio da adoção de uma legislação especial, com adoção de mecanismos específicos de tutela direta através de iniciativa direta como por exemplo a criação dos Juizado Especiais, em conformidade com o artigo 4º, inciso II, alínea "a" do Código de Defesa do Consumidor, que assim versa:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] II - Ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta [...] (BRASIL, 1990).

Para a efetiva execução da Política Nacional das Relações de Consumo deve-se seguir o rol de princípios estabelecidos no código, zelando principalmente pelo princípio da vulnerabilidade. Princípio fundamental que garante aplicação do código protetivo e parcial dos sujeitos que estejam em desvantagens na relação contratual (BENJAMIN, 2013).

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes na mesma relação (MORAES, p.125 2009).

A grande recorrência das causas protocolizadas nos juizados se dá pelo consumo da sociedade, abrangendo desde as necessidades básicas, cotidianas como: transporte, energia, água, telefonia, alimentação, tal como causas relacionadas a aparelhos eletrônicos, veículos, títulos de créditos entre outros. Os consumidores recorrem a utilização desse instituto, já que, apresenta prestação jurisdicional mais célere e simples (CAVALIERI FILHO, 2014), ou seja, se o processo fosse inserido nas competências comuns, dependeria de auxílio advocatício, pagamento de honorários, custas processuais, e contaria com um longo tempo de tramitação, em concordância com o artigo 54º da Lei 9.099/95:

Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas (BRASIL, 1995).

Para esses dilemas o PROCON (Departamento Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor) é um grande aliado dos Juizados, sendo constituído pelo Decreto nº 609, de 23 de julho de 1991, com a finalidade de orientar e proteger os consumidores, conforme artigo 105, inciso III do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). É uma solução administrativa, portanto não possui jurisdição para a resolução de conflitos e uma de suas competências é encaminhar casos ao poder judiciário caso não haja acordo entre as partes, segundo expõe o artigo 1º do Decreto nº 2.181/97:

Art. 1º Fica organizado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e estabelecidas as normas gerais de aplicação das sanções administrativas, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1997).

Não ocorrendo acordo administrativamente, o consumidor pode buscar ajuizamento perante o Juizado Especial Cível. Os Juizados Especiais Estaduais são disciplinados pela lei 9.099/1995 e têm competência para julgar demandas de menor complexidade, onde o valor não ultrapasse quarenta salários-mínimos e, os Juizados Especiais Criminais, de julgar infrações penais de menor potencial ofensivo (BRASIL, 1995). Nesse sentido, Tourinho Neto e Figueira Júnior (2007) apontam que os Juizados especiais representam uma nova forma de processar situações jurídicas de menor complexidade, por meio de princípios como a oralidade e simplicidade, realizando processamento, julgamento e execução de sentenças por meio de uma estrutura própria.

1.1 JUIZADOS ESPECIAIS E A JUSTIÇA COMUM

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em setembro de 2020, verificou-se o grau de celeridade processual dos Juizados Especiais em relação à Justiça Comum. No diagnóstico dos Juizados apontou-se que o tempo médio de tramitação de um processo é quase dois anos menor que o andamento dos demais processos no 1º Grau de jurisdição (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Além disso, as ações nos Juizados encerram em média após 1 ano e 6 meses de tramitação. Já na Justiça Comum esse número sobe para cerca de 3 anos e 7 meses.

Por fim, a pesquisa apontou que essas unidades têm sido cada vez mais demandadas pelas pessoas que querem ingressar com uma ação ao longo dos anos, e conseguem grau de solução superior ao da Justiça comum.

2. A PANDEMIA DE COVID-19

Na data de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, que se localiza na província de Hubei, na China, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (2020), apresentou um surto de pneumonia com uma causa desconhecida. E em janeiro de 2020, os pesquisadores chineses conseguiram identificar uma nova doença, o chamado coronavírus (SARS-CoV-2), sendo agente etiológico de uma síndrome

respiratória aguda grave, denominada doença do coronavírus 2019, ou simplesmente COVID-19 (CRODA, 2020).

No início do surto, nas palavras de Bogoch II (2020), os casos estavam dando como relacionados a um mercado de frutos do mar e animais vivos, também em Wuhan. Nos primeiros 30 dias, a China registrou 11.821 casos e 259 óbitos. Ainda em janeiro, a doença foi registrada em outros países da Ásia, Europa e América do Norte. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). Em um cenário com mais de 110 mil casos distribuídos em 114 países, a OMS decretou a pandemia no dia 11 de março de 2020 (BOGOCH, 2020).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 18 de março de 2020, apresentou que os casos que haviam sido confirmados de coronavírus seriam em torno de 214 mil no âmbito internacional. Na época não havia planos estratégicos prontos para serem aplicados, além de que, em razão de ainda estarem do início da pandemia ainda não havia nenhuma clareza sobre aspectos clínicos e epidemiológicos da doença em questão (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Conforme apresenta a Equipe de Epidemiologia de Resposta a Emergências de Pneumonia por Coronavírus (2020), as pessoas com COVID-19 poderiam apresentar tosse, dificuldade para respirar, dores de garganta, febre e entre outros problemas. Ressaltou ainda que existiam os portadores assintomáticos, os quais possuíam importância epidemiológica, dado que seriam potenciais transmissores. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

O número das pessoas que poderiam ser psicologicamente afetadas foi maior do que o de pessoas acometidas pela infecção, sendo estimado que um terço a metade da população poderia apresentar consequências psicológicas e psiquiátricas caso não recebam cuidados adequados (CEPEDES 2020; ORNELL et al., 2020). Revisão de estudos sobre situações de quarentena apontou alta prevalência de efeitos psicológicos negativos, especialmente humor rebaixado e irritabilidade, ao lado de raiva, medo e insônia, muitas vezes de longa duração.

No Brasil foi confirmado o primeiro caso em 26 de fevereiro de 2020, e a partir de 26 de fevereiro de 2020 a 20 de outubro de 2021, de acordo com a notícia do G1 (2021), foram confirmados 21.680.272 casos e 604.303 óbitos por Covid-19 no Brasil, correspondendo respectivamente a 10,14% e 0,28% da população do Brasil. Ainda, em

20 de outubro de 2021, conforme dados do site da Prefeitura de Joinville (2021), com estimativa da população de 604.708 habitantes, os casos confirmados foram no total de 115.987, sendo que o total de mortes são de 1.964, desta vez correspondendo a respectivamente 19,18% e 0,32% da população de Joinville.

2.1 IMPACTOS ECONÔMICOS DA (CORONAVÍRUS) COVID-19 NO BRASIL

No século XXI, conforme entendimento de Lauro (2020), se apresentou com crises econômicas sistemáticas. Na primeira década em questão, o mundo acabou sofrendo um abalo financeiro entre 2008-2009, ocorrendo na esfera financeira, no entanto, o contágio da economia real seria em torno de vários países. Os efeitos em questão se fizeram presentes por vários anos, sendo enfrentado por diversos países.

Ademais, ainda nas palavras de Lauro (2020), em relação a terceira década se iniciou uma nova crise econômica que seria totalmente diferente das anteriores, por sua vez se tratava da Covid-19, onde se enquadrada em um fenômeno que atingiu diversos países em todo o mundo novamente. Importante ressaltar que essa nova crise é bem diferente das anteriores, em vista que as outras seriam do próprio funcionamento das estruturas econômicas.

Se tratando dos principais direitos do consumidor no cenário de pandemia, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), atua na proteção e defesa do consumidor, estabelecendo normas e regras que englobam as esferas: civil, administrativa e penal (IDEC, 2021). No presente cenário, as relações que envolvem consumo foram afetadas, como o comércio, que teve de buscar alternativas para realizar seus atendimentos, pois de forma presencial não seria mais possível. A mudança também atingiu departamentos e Órgãos responsáveis por fazer os atendimentos do público, com a finalidade de prover ao consumidor seus direitos, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

Atualizações e mudanças excepcionais foram realizadas na relação de consumo pois o atual cenário se mostra muito diferente do que era há 31 anos quando foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), (SENADO FEDERAL, 2021). Visando buscar alternativas que favoreçam o consumidor, a Consultoria Legislativa do Senado, promoveu um estudo pautado na resolução jurídica, a fim de resolver esses empasses. Ocorre que, em 2020 foram elaboradas novas medidas para o período de

pandemia, e as ações que foram protocoladas neste período, ainda se encontram em caráter transitório. Ou seja, fica claro que há uma grande demanda e necessidade de que novas regras sejam implementadas para que possa de maneira efetiva regular a nova maneira como se dá a relação de consumo, como por exemplo: a internet, que é umas das maiores intermediadoras dessa pauta.

Com isso, diante da crise econômica em decorrência da pandemia, em fevereiro de 2021 entrou em vigor a Lei 14.181/21, a fim de proteger os consumidores do superendividamento, que são os consumidores de boa fé impossibilitados de pagar por todas as suas dívidas, sejam elas com os bancos, financiadoras e empresas prestadoras de serviços de crédito. A Lei se preocupa com respeitabilidade do consumidor, incluindo os que estão em condições de vulnerabilidade, proibindo que credores os aliciem de forma ardilosa e insistente, refletindo diretamente nos fornecedores e consumidores. Trouxe a possibilidade de pessoa física superendividada procurar a Justiça de seu estado e informar suas dívidas e condições de sobrevivência (ROCHA, 2021).

Ainda sobre a Lei 14.181/21, os consumidores que estão com dívidas de consumo, podem ir ao Procon de sua cidade para iniciar um acordo de forma administrativa, caso resulte em “não resolvido”, uma outra solução é buscar assistência jurídica e dar início à uma ação judicial, através de um advogado particular ou Instituições jurisdicionais do Estado que ofereçam assistência jurídica gratuita (OAB, 2021), ou ainda o Juizado Especial. É importante ressaltar que dívidas sobre aluguel, condomínio, impostos e pensão alimentícia não fazem parte do rol das dívidas que estão previstas na nova lei.

Dessa forma, quando o acordo for proferido, algumas regras devem ser estabelecidas, tais como, fixar um prazo final e o valor da parcela para o pagamento, desde que essa parcela não ultrapasse o valor do orçamento do consumidor e não prejudique o seu sustento, (OAB, 2021). Além disso, deve-se considerar o prazo máximo de 5 anos para o parcelamento das dívidas, que deve ser paga no prazo de 180 dias, e se acontecer de o consumidor adquirir novas dívidas, poderá fazer o reparcelamento das dívidas anteriores, essas e outras regras estabelecidas na lei são para que a situação financeira do consumidor não se agrave (OAB, 2021).

3. PESQUISA NO SISTEMA EPROC: COMPARAÇÃO DAS AÇÕES AJUIZADAS NOS ANOS DE 2019 E 2020

A busca dos processos autuados nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville foi restrita aos anos de 2019 e 2020 e buscou demonstrar a diferença causada pela pandemia de COVID-19 no fluxo de ações judiciais. Para tanto, foi utilizada a ferramenta 'Relatório da Movimentação por Dia/Período', disponibilizada pelo *eproc*, sistema que hospeda a justiça virtual catarinense.

O sistema disponibiliza os filtros de data, intitulado 'Movimentação do dia ou período' e 'Juízo'. Diante disso, os períodos de 01/01/2019 a 31/12/2019 e 01/01/2020 a 31/12/2020 foram combinados com os três juizados especiais no filtro 'Juízo', para a obtenção dos resultados. Após isso, a movimentação 'Distribuído por sorteio' foi escolhida, por ser a mais comum em petições iniciais. Por fim, os resultados obtidos em cada juizado foram agrupados por ano e somados.

O método de busca, apesar de formulado para que possua a maior abrangência possível, possui limitações, de modo geral ligadas ao próprio sistema de consulta do *eproc*. Em virtude disso, os resultados alcançados, embora muito aproximados, não são exatos.

Os números obtidos foram divididos em dois quadros, classificados por ano. O primeiro quadro apresenta todos os resultados obtidos para o ano de 2019, enquanto o segundo quadro apresenta os resultados referentes ao ano de 2020. Os resultados foram classificados em ordem alfabética e comparados, o que possibilitou a verificação dos assuntos que tiveram os maiores aumentos de ocorrências no período estudado.

Quadro 1 - Temas de processos ajuizados nos anos de 2019 e 2020

Assunto	2019	2020
Abatimento proporcional do preço	9	8
Acidente de trânsito	169	206
Adjudicação Compulsória	0	1
Adimplemento e extinção	10	43
Agência e distribuição	0	1
Alienação fiduciária	0	1
Alteração de Coisa Comum	0	1
Anulação	0	3
Aquisição	4	3

Arras ou Sinal	0	1
Associação	0	1
Assinatura básica mensal	1	6
Asunção de dívida	1	
Atraso de voo	15	32
Benfeitorias	0	1
Bancários	8	
Cancelamento de Protesto	0	2
Cancelamento de voo	29	33
Capitalização e Previdência Privada	0	2
Cartão de crédito	16	24
Cédula de crédito bancário	24	46
Cédula de crédito comercial	7	32
Cédula de crédito industrial	1	0
Cheque	158	229
Cláusula Penal	1	1
Cláusulas Abusivas	22	49
Cobranças de alugueis	59	53
Cobrança indevida de ligações	5	8
Comissão	4	0
Compensação	1	0
Compra e venda	142	144
Compromisso	21	24
Condomínio	8	3
Consórcio	2	7
Contrato bancários	9	15
Corretagem	7	2
Dano ambiental	1	1
Dano moral por protesto indevido de título cambiário	2	4
Defeito, nulidade ou anulação	8	32
Depósito	1	1
Desconsideração da Personalidade Jurídica	1	1
Desconto em folha de pagamento	0	1
Despejo para Uso de Ascendentes e Descendentes	0	3
Despejo para Uso Próprio	3	2
Despesas Condominiais	62	81
Dever de informação	15	17
Direito autoral	0	1
Direito de imagem	23	37
Direito de vizinhança	0	2
Duplicata	52	49
Empreitada	3	6
Empréstimo consignado	25	64

Enriquecimento sem causa	6	11
Erro médico	2	5
Esbulho / Turbação / Ameaça	1	4
Espécies de títulos de crédito	93	162
Estabelecimentos de ensino	34	39
Evicção ou Vício Redibitório	2	7
Extravio de bagagem	3	1
Fiança	0	1
Financiamento de Produto	5	1
Fornecimento de Água (Exceto remuneração do serviço público/tarifa)	3	1
Fornecimento de Energia Elétrica (Exceto remuneração do serviço público/tarifa)	11	12
Fornecimento de medicamentos	0	1
Franquia	0	3
Genética / Células Tronco	0	1
Gestão de negócios	2	0
Inadimplemento	65	278
Inclusão Indevida em Cadastro de Inadimplentes	114	192
Indenização por Dano Material	403	558
Indenização por Dano Moral	534	822
Interpretação / Revisão de Contrato	17	62
Irregularidade no atendimento	46	7
Locação de imóvel	35	57
Locação de móvel	11	15
Mandato	4	4
Marca	0	1
Mútuo	16	6
Nota de crédito comercial	14	4
Nota promissória	219	274
Obrigação de Fazer / Não Fazer	1	5
Oferta e Publicidade	19	16
Overbooking	2	2
Pagamento	32	33
Pagamento em consignação	2	8
Pagamento com Sub-rogação	0	2
Pagamento indevido	5	4
Perdas e Danos	12	52
Planos de Saúde	17	14
Posse	1	0
Práticas Abusivas	130	198
Preferências e privilégios creditórios	0	2
Prescrição e Decadência	1	11
Prestação de serviços	299	347
Produto Impróprio	17	17

Promessa de Compra e Venda	10	6
Protesto Indevido de Título	7	15
Requisitos	7	0
Rescisão / Resolução	6	39
Reajuste contratual	0	1
Remissão das Dívidas	0	1
Representação comercial	0	1
Rescisão do contrato e devolução do dinheiro	19	116
Seguro	37	44
Serviços Hospitalares	0	11
Serviços Profissionais	13	25
Sociedade	1	1
Substituição do Produto	10	14
Sustação de protesto	4	8
Tarifas	5	5
Telefonia	22	52
Transação	1	1
Transporte Aéreo	8	20
Transporte de coisas	0	2
Transporte de pessoas	1	5
Tratamento Médico-Hospitalar	1	6
Troca ou permuta	1	1
Turismo	2	13
Uso	0	1
Veículos	2	1
Vigilância Sanitária e Epidemiológica	0	1
Vendas casadas	5	2
TOTAL	3269	4922

Fonte: Os autores (2021)

Após, foram selecionados os assuntos que tiveram variações maiores de 100%.

Quadro 2 - Variações mais altas encontradas

Assunto	2019	2020	Porcentagem de aumento
Rescisão do contrato e devolução do dinheiro	19	116	510.52%
Inadimplemento	65	278	327.69%
Atraso de voo	15	32	113.33%
Defeito, nulidade ou anulação	8	32	300%
Transporte aéreo	8	20	150%

Fonte: Os autores (2021)

Por fim, foram selecionadas as duas maiores variações, referentes a ‘Rescisão do contrato e devolução do dinheiro’ e ‘Inadimplemento’, que são estudados em tópicos próprios.

3.1 RESCISÃO DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO DO DINHEIRO

Primeiramente analisamos o total de processos autuados sob o tema de ‘Rescisão do contrato e devolução do dinheiro’. A consulta apresentou o resultado de 19 processos autuados em 2019, enquanto em 2020 o resultado foi de 116 processos autuados, representando um aumento de 510,52%.

A rescisão é uma forma de extinção de um contrato, e, conforme leciona Venosa (2021, p. 156),

Como não existe concordância na doutrina acerca dos termos extinção, resolução, resilição, rescisão, revogação, melhor que partamos da noção de desfazimento, que vai englobar todos esses institutos, qualquer que seja a compreensão jurídica a eles outorgada. A dificuldade terminológica surge entre nós por não estar a questão totalmente disciplinada na lei. O vínculo chega a um final, termina, desfaz-se, de várias maneiras.

Assim, é importante discorrer brevemente acerca das formas de finalização de um contrato, quais sejam, resilição, distrato, resolução por inadimplemento, cláusulas resolutivas e exceções de suspensão de eficácia (BANDEIRA; KONDER; TEPEDINO, 2021).

Venosa (2021) menciona a resilição como a finalização do contrato por vontade das partes, seja de uma, seja de ambas. O mesmo autor (2021) menciona a rescisão quando da vontade de uma das partes em encerrar o contrato devido a um ato da outra, e a resilição bilateral quando o contrato é encerrado de comum acordo, situação que também pode ser chamada de distrato (BANDEIRA; KONDER; TEPEDINO, 2021).

A resolução por inadimplemento ocorre quando uma das partes não cumpre com suas obrigações dispostas no contrato, e se tal parte não teve culpa no descumprimento, as prestações serão restituídas (BANDEIRA; KONDER; TEPEDINO, 2021). Porém, se efetivamente deu causa ao descumprimento, deverá cumprir o disposto no art. 389 do Código Civil, que assim versa: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo

índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (BRASIL, 2002).

As cláusulas resolutivas estão dispostas nos arts. 474 e 475 do Código Civil, onde a parte que sofre o inadimplemento pode pedir a resolução do contrato ou exigir o cumprimento dele, podendo exigir perdas e danos em ambos os casos. As cláusulas resolutivas podem ser expressas ou tácitas. Aquelas ocorrem de pleno direito, já estas devem ser levadas a juízo (BRASIL, 2002).

Por fim, as exceções de suspensão de eficácia apenas suspendem os efeitos do contrato, buscando resguardar as partes envolvidas de quaisquer prejuízos (BANDEIRA; KONDER; TEPEDINO, 2021). Todas as formas citadas, em tese, podem ser encontradas nos processos classificados com o tema estudado.

É possível observar diante disso, que durante a pandemia da Covid-19, houve um grande aumento de ações de rescisão contratual devido a impossibilidade de realização de certos serviços. No entanto, os direitos dos consumidores foram preservados e a devolução do dinheiro foi garantida, em razão do estado de calamidade e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia.

3.2 INADIMPLEMENTO

Observou-se que, no ano de 2019, houve o ajuizamento de 65 ações judiciais com o tema apresentado. Já no ano de 2020, o número subiu para 278 ações, um aumento de 327,69%.

O inadimplemento está expressamente disposto no Código Civil Brasileiro nos arts. 389 a 393, dispondo sobre quais são as consequências de quem não cumpre a obrigação, e quais bens respondem pelo descumprimento (BRASIL, 2002). O art. 389 resume bem o inadimplemento: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

Na doutrina, Tepedino e Schreiber (2021), mencionam que o inadimplemento é geralmente definido como a inexecução da obrigação, mas que é mais apropriado que o descumprimento da prestação seja analisado conforme o caso concreto.

Por sua vez, Venturin (2021), leciona que as restrições criadas pelos governos no período de pandemia minaram as forças das partes dos contratos em cumprir suas obrigações adquiridas em contratos ou assumir obrigações novas, bem como classifica a pandemia como uma alternativa para resolver os contratos sem que o inadimplente seja punido, por conta de evento de força maior, respeitando os limites dos contratos e do caso concreto. A mesma autora (2021) entende que, devido a situação de evento de força maior, outras formas de composição de conflitos, para que, apesar das forças externas agindo sobre o contrato, a resolução ou extinção dos contratos seja evitada.

Kruschewsky (2020) cita exemplos em que a pandemia pode se apresentar como causa de suspensão ou resolução de um contrato civil. Dentre estes, destacam-se a suspensão de taxa de condomínio caso uma obra seja paralisada, como causa de suspensão, e um show marcado para uma data e local em que não poderá ser realizado devido a medidas sanitárias, como causa de resolução.

Apesar dos conhecimentos doutrinários apresentados, a pesquisa não encontrou sentenças com o presente tema que utilizem a pandemia como fundamento na concessão ou restrição de direitos. Porém, entende-se que, ao analisar a pandemia como evento de força maior, a abrangência do contrato e do caso concreto devem ser respeitadas, pois, conforme bem menciona Venturin (2021), não se pode adequar todo e qualquer contrato à força maior potencialmente representada pela pandemia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo atingiu o objetivo proposto ao expor que os efeitos da pandemia do Covid-19 influenciaram em acréscimo nas demandas dos Juizados Especiais Cíveis principalmente nos processos de rescisão do contrato e devolução de dinheiro e inadimplemento.

Foi possível notar esses aspectos inicialmente através das Leis 9.099/95 e 8.078/90 por meio de informações trazidas e discutidas como os problemas enfrentados pelos consumidores com relação às relações de consumo e em análises de processos protocolados no Juizado Especial Cível da Comarca de Joinville, extraídos diretamente do sistema Eproc nos anos de 2019 e 2020.

Por fim, resta claro que os significativos aumentos nos temas acima descritos foram decorrentes dos efeitos da Pandemia do Coronavírus, podendo outros temas também serem alvos de novos estudos, pesquisas e debates conjuntamente em observância à análise realizada ao presente estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA, Senado. **Pandemia exige atualização de normas de defesa do consumidor, aponta estudo.** Distrito Federal, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/02/pandemia-exige-atualizacao-de-normas-de-defesa-do-consumidor-aponta-estudo>.

BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: contratos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 612 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992422/epubcfi/6/50\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter11\]/4/4/2%4050:59](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992422/epubcfi/6/50[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter11]/4/4/2%4050:59). Acesso em 22 nov. 2021.

BENJAMIN, Antonio Hermann. **Comentários ao código de Defesa do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 645 p.

BNDES. **Apoio emergencial do BNDES a empresas na pandemia passa de R\$ 100 bilhões.** Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/apoio-emergencial-do-bndes-a-empresas-na-pandemia-passa-de-rs-100-bilhoes>.

BOGOCH, II; WATTS, A; BACHLI, Thomas; HUBER, C; MUG, Kraemer; KAHNK, K. **Pneumonia of unknown etiology in wuhan, China:** potential for international spread via commercial air travel. J Travel Med. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. Decreto nº. 2.181, de 20 de Março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema

Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. Lei Nº. 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 01 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. Lei nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 10 set. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ apresenta diagnóstico sobre os Juizados Especiais**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/cnj-apresenta-diagnostico-sobre-os-juizados-especiais/18319. Acesso em 26 out. 2021.

CRODA, Julio Henrique Rosa; GARCIA, Leila Posenato. **Resposta imediata da Vigilância em Saúde à epidemia da COVID-19**. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/ress/2020.v29n1/e2020002/pt/>.

G1. **Brasil tem média abaixo de 400 óbitos por Covid pelo nono dia seguido**. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/coronavirus/noticia/2021/10/20/brasil-brasil-tem-media-abaixo-de-400-obitos-por-covid-pelo-nono-dia-seguido.ghtml>.

García-Álvarez L, Fuente Tomás L, Sáiz PA, García Portilla MP, Bobes J. **Will changes in alcohol and tobacco use be seen during the COVID-19 lockdown?** Adicciones, 2020.

Gran Cursos Online; **Lei 9.099/95: entenda a Lei de Juizados Especiais Cíveis: Lei 9.099/95: Juizados Especiais Cíveis**; Brasília-DF, 2021.

Heymann DL, Shindo N, WHO Scientific and Technical Advisory Group for Infectious Hazards. **COVID-19: what is next for public health?** Lancet, 2020.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa PNAD Continua (trimestre móvel março-maio)**. Rio de Janeiro (RJ): IBGE, 2020.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Pulsa Empresa: impactos da Covid-19 nas empresas**. Rio de Janeiro (RJ): IBGE, 2020.

IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Coronavírus: os principais direitos do consumidor: pandemia de coronavírus mudou o dia a dia dos brasileiros**. São Paulo; 2021.

JOINVILLE, Prefeitura de. **Dados Casos COVID-19 em Joinville**. Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/publicacoes/dados-casos-coronavirus-municipio-de-joinville>.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. O código civil brasileiro e a pandemia. **Revista Direito UNIFACS**. N. 239. 2020. ISSN 1808-4435. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6752/4073>. Acesso em 22 nov. 2021.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da Silva. **Metodologia científica**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. 238 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595029576/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 22 nov. 2021.

MATTEI, Lauro. A política econômica brasileira diante da Covid-19. **Caderno de Ciências Sociais Aplicadas**, v. 17, n. 30, 2020.

Ministério da Saúde (BR). **Painel coronavírus**. Brasília: Ministério de Saúde; 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>.

MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais - interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, 125 p.

Ordem dos Advogados de Santa Catarina, Comissão do Direito do Consumidor. **Superendividamento**. Joinville, 2021.

ORNELL, F. et al. **“Pandemic fear” and COVID-19: mental health burden and strategies**. Braz. J. Psychiatry, São Paulo, 2020.

ROCHA, Breno; Modificação Do CDC - Lei 14.181/2021 – Prevenção Do Superendividamento De Consumidores. Disponível em: <https://www.fva.adv.br/civil/modificacao-do-cdc-lei-14-181-2021-prevencao-do-superendividamento-de-consumidores-devo-nao-nego-pago-quando-puder/>.

ROGÉRIO, Thais Fernanda Silva; COUTINI, Israel Matheus Cardozo Silva; SÁ, Pedro Teófilo de Sá; **JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: ABORDAGEM HISTÓRICA E PRINCIPIOLÓGICA: HISTÓRICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**. 2; Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, 2017.

SANTOS, Rafael Menguer Bykowski. A situação dos contratos diante da pandemia Covid-19. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. n. 8, p. 38-56, out/2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2058/1684>. Acesso em: 05 nov. 2021.

SAÚDE, Ministério da. **Guia de Vigilância Epidemiológico**: Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional pela Doença pelo Coronavírus 2019. Brasília: Ministério da Saúde, 2021.

SAÚDE, Secretaria da. **Dados Casos COVID-19 em Joinville**. Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/publicacoes/dados-casos-coronavirus-municipio-de-joinville/>.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992392/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover\]!/4/2/2%4051:40](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992392/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]!/4/2/2%4051:40). Acesso em 22 nov. 2021.

SILVA, Danilo Alves da; **Principais aspectos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9099/95)**: Histórico da Lei dos Juizados Especiais; 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/lei-9099/>.

SILVA, Luiz Cláudio. **Os juizados especiais cíveis na doutrina e na prática forense**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora. Forense, 1998.

The Novel Coronavirus Pneumonia Emergency Response Epidemiology Team. **The epidemiological characteristics of an outbreak of 2019 novel coronavirus diseases (COVID-19)**. China CDC Weekly, 2020.

TIRADENTES, Grupo; **Defesa dos direitos dos consumidores em meio à pandemia**: Assim como as compras presenciais, as feitas pela internet também exigem direitos e deveres por parte do consumidor e da empresa; 2021. Disponível em: <https://portal.unit.br/blog/noticias/defesa-dos-direitos-dos-consumidores-em-meio-a-pandemia/>.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa & FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei nº 9.099/95**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

UNA, Sus. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. 841 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027129/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/44/1:58\[tul%2Co](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027129/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/44/1:58[tul%2Co). Acesso em 22 nov. 2021.

VENTURIN, Edileuza Valeriana de Farias. O inadimplemento das obrigações no contexto da pandemia por COVID-19. ***Brazilian journal of development***. Vol. 7, n. 9. 2021. ISSN 2525-8761. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/35952/pdf>. Acesso em 22 nov. 2021.

World Health Organization. **Coronavirus disease (COVID-19) outbreak**. Geneva: World Health Organization; 2020.

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A GARANTIA DA ENTREGA DA OBRA

Marli Maria Pelisser Nicolao⁴⁷
Claudio Melquiades Medeiros⁴⁸

RESUMO: O presente estudo trata da opção pelo Patrimônio de Afetação nas incorporações imobiliárias. O tema é importante em razão dos benefícios para o incorporador e os adquirentes de imóveis. O objetivo é avaliar a importância da utilização do Patrimônio de Afetação como fator de garantia de entrega da obra. A metodologia se dá por abordagem qualitativa do tipo bibliográfico e documental, o método dedutivo e o aprofundamento da pesquisa é explicativo (análise). Os resultados encontrados foi que realmente o instituto oferece uma segurança aparente ao adquirente, porém a possível inobservância a legislação por ser esta uma opção do incorporador, que representa a parte de maior poder econômico e hipersuficiente perante os adquirentes dos imóveis na planta. A legislação necessita de melhoramentos referente a obrigatoriedade dos preceitos e fiscalização.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio de Afetação, Incorporação, Construção Civil, Mercado Imobiliário.

INTRODUÇÃO

O Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária, tema deste artigo, consiste na proteção ao adquirente de um imóvel em construção, no sentido de desvincular do patrimônio do incorporador os recursos financeiros, bens e materiais, a serem aplicados no referido imóvel.

Assim, apresenta grande relevância por estar diretamente ligado à indústria da construção civil, um segmento que envolve movimentações de recursos e valores expressivos na economia do país, mormente porque envolve uma cadeia de fornecedores, indústrias e operadores, buscando realizar o sonho das pessoas de adquirir a casa própria, amenizando as diferenças sociais da população.

A Incorporação Imobiliária com a garantia do Patrimônio de Afetação objetiva a segurança ao adquirente que investe antecipadamente para a aquisição do imóvel, em contrapartida financia a construção civil de forma direta, auxiliando o empresário a viabilizar seu negócio com produção de imóveis e geração de empregos. Também gera uma parceria bilateral que precisa estar calçada em negócios jurídicos com garantias instituídas.

⁴⁷ Estudante do Curso de Direito em 9º semestre da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

⁴⁸ Professor na Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE) e Orientador da Disciplina.

Verifica-se na história dos institutos a posse e propriedade, apesar de a doutrina divergir com relação a regiões e datas de origem, converge na informação que o surgimento da posse foi natural. A partir das mudanças de comportamento dos diversos grupos sociais primitivos, que migrando da vida nômade para a convivência em pequenas vilas, fixaram-se em determinadas regiões gerando-se a necessidade de delimitação de espaços, iniciando-se, assim, a posse de terras e o direito daqueles que a exercem (DINIZ 2020, 118-120 p).

Contudo, somente a posse não garantia os plenos direitos sobre o bem imóvel, sendo necessária a criação de direito que a garantisse, surgindo então a propriedade. O conceito de proteção evoluiu com as gerações e com o crescimento do capitalismo mundial em detrimento do socialismo. No Brasil a Constituição Federal de 1988 enfatizou em seu art. 5º o direito à propriedade e sua função social como direito fundamental do ser humano, garantindo a dignidade das famílias.

É por meio da propriedade que a pessoa se sente realizada financeiramente, principalmente quando tem um bem próprio para a sua residência. A morada da pessoa, segundo Tartuce (2014), é o local propício para a perpetuação da dignidade do ser humano e a ideia do patrimônio mínimo começa com a propriedade da casa própria e abrigo da família.

Segundo os preceitos constitucionais é dever social do Estado auxiliar a aquisição da propriedade. Este deve priorizar com incentivos financeiros e garantias na alienação, disponibilizando institutos jurídicos que transmitam confiança aos setores envolvidos na cadeia produtiva, bem como os adquirentes das propriedades, preservando a segurança e confiabilidade do setor, elevando seu efeito multiplicador junto a sociedade.

Os problemas que os adquirentes têm enfrentado para a aquisição da propriedade imóvel são vários, porém, cabe destaque o que está se tornando mais comum: o atraso na entrega das obras. Os casos se repetem, e têm um passo a passo quase uniforme: compra do empreendimento na planta, previsão inicial de entrega, atraso, adiamento da entrega, paralisação das obras e total desinformação aos compradores sobre o futuro das empreitadas. Muitos ainda têm o diferencial de uma troca de construtora no meio do caminho para dar continuidade aos trabalhos, o que nem sempre é garantia de sucesso, (SINDUSCON, 2018).

O tema Patrimônio de Afetação remete a indagações como: sua instituição já no início da incorporação resolve o problema de atrasos ou somente garante a parte financeira? O incentivo tributário motiva a construtora a aderir ao instituto? O que os dados estaduais têm demonstrado nestes dezesseis anos, pós legislação? Qual a atuação de fiscais da lei, exercida pelo Conselho de Representantes, estes tem exercido a sua função? A morosidade da justiça tem contribuído para o aumento dos custos da obra? Merece reflexão o entendimento defendido por Bortolan (2009), segundo o qual, o comportamento dos agentes financeiros tem ajudado a melhorar os prazos de entrega das obras, as posições dos tribunais em favor dos consumidores e em desfavor dos agentes financiadores aprofundaram a crise no setor imobiliário a tal ponto de prejudicar o desenvolvimento econômico do país.

O artigo discorre sobre a necessidade da utilização do patrimônio de afetação em toda a incorporação imobiliária. Explicita o método utilizado na segregação do capital, a tributação, exigências cartorárias, e a necessidade da abertura da Sociedade de Propósito Específico, além de discutir e apresentar as falhas de legislação, fiscalização e opção pelo Conselho de Representantes.

1 A NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

1.1 O QUE É A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Trata-se de uma atividade empresarial regulada pela Lei 4591/1964, é exercida com o objetivo de promover a indústria da construção civil e dar garantias ao cidadão que almeja conquistar um dos direitos constitucionais básicos do ser humano, que é a moradia. O parágrafo único do artigo 28 da Lei 4591/1964 define: “para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial de edificações compostas de unidades autônomas”.

No entendimento de Rizzardo (2019), existe um bem, no caso da incorporação um terreno, onde se agregam elementos formando uma realidade diferente, que substitui a anterior existente. O terreno que pode ser de propriedade de pessoa física

ou jurídica onde se constrói agregando ao referido bem unidades habitacionais autônomas. Podem ser agregadas unidades autônomas, pelo proprietário do bem, ou um terceiro, (construtor). Estas unidades agregadas, para serem autônomas e adquirirem o direito de serem alienadas individualmente precisam passar pelo processo da incorporação.

Na interpretação do artigo 29 da referida lei, Rizzardo (2019) orienta que o processo da incorporação consiste na divisão do terreno antes único, em posterior frações ideais de terrenos, pertencentes a cada unidade autônoma construída, seja ela casa, apartamento, sala comercial ou garagem. A autonomia da unidade se concretiza com o registro e arquivamento em cartório, onde é efetuado o desmembramento de uma matrícula de imóvel única, para várias outras matrículas, desta originadas.

Dando continuidade, Rizzardo (2019) alega ser comum o incorporador entregar a construção para um terceiro contratado (construtor), que não deve ser confundido com o incorporador, este é responsável pela administração, elaboração de projetos, registro em cartório, vendas e gestão dos recursos, aquele, não fica vinculado as vendas e nem aos adquirentes, é responsável pela execução e qualidade da obra. Responde solidariamente com o incorporador em caso de vícios de construção, tem o incorporador o direito de mover ação de regresso quando acionado juridicamente. É permitido acumular a função de incorporar e construir em um único sujeito de direito.

A Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019) descreve o ato da incorporação com o devido arquivo de documentação em cartório, como: projetos da construção, orçamentos, memorial descritivo, convenção do condomínio, certidões judiciais e fiscais do incorporador, como exigências cartorárias que buscam agregar segurança ao adquirente. Segurança esta que não elimina os riscos: “Fatores imprevisíveis podem afetar o curso normal do andamento dos trabalhos, prejudicando, sobremaneira a incorporação” (CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO, 2019, p. 290). Sobre o tema alega que fatores imprevisíveis buscam se adaptar com a dinâmica das incorporações, que é de longo prazo. A economia com variações constantes, agregadas com a insegurança jurídica, altos tributos e falta de políticas públicas regulares para moradia popular, realidade brasileira, estão entre os fatores que contribuem com a fragilidade da operação e seu desenvolvimento sustentável.

A incorporação imobiliária é condição para o investimento em imóveis, sobre este tema escreve Macieira (2015, n. p): “A Incorporação Imobiliária é um meio de se investir em um imóvel antes mesmo de ser construído. Mas é necessário aos adquirentes e investidores algo que dê a eles confiança de que o empreendimento é seguro”. Buscando passar a segurança ao adquirente, descrita acima, pelos autores, o Congresso Nacional aprovou em 2004 lei 10.531, que regulamenta o Patrimônio de Afetação.

1.2 O QUE É PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Patrimônio de Afetação é um processo para segregar o capital destinado a um objetivo específico, ou seja, separar do capital total da empresa a parte necessária para a concretização do projeto imobiliário.

Conforme conceitua a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019, p. 34):

Afetar o patrimônio significa separar determinados bens em um núcleo patrimonial diferente do patrimônio total da empresa, e vinculá-lo ao empreendimento que será construído. Dessa forma, garante-se que os valores confiados pelos adquirentes ao incorporador sejam realmente destinados ao empreendimento, tanto para a construção em si, como para os gastos acessórios. Os bens continuam sendo de propriedade do incorporador, mas estão afetados para um propósito específico, que é a realização e conclusão do empreendimento.

A segregação aqui tratada impede que o incorporador utilize os recursos destinados ao empreendimento escolhido pela segregação, em outros empreendimentos em andamento, ou até mesmo, atividades estranhas ao objeto da incorporadora. Torna o acervo da incorporação imune de credores cujos créditos são de origem desvinculada do empreendimento. Condicionando o patrimônio para uso exclusivo da consecução da incorporação destinada.

Na composição dos itens para o registro do Patrimônio de Afetação, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2019) relaciona: o terreno onde será construído o empreendimento e acessões, os equipamentos e materiais de construção, recebíveis e créditos referente à alienação das unidades, valores e créditos relativos a financiamentos dos adquirentes. Todas as receitas advindas das vendas incorporam-se ao patrimônio afetado, excluindo-se a parte relacionada ao lucro do incorporador, ou

seja, o valor que exceda ao custo necessário a execução e os valores relativos ao pagamento do terreno, quando este já se apresenta quitado quando do início da obra. O restante permanece afetado sendo os bens inalienáveis e insuscetíveis a gravames. Em caso de atrasos de obras, recuperação judicial, ou mesmo falência do incorporador, o Conselho de Representantes assume a administração do empreendimento incorporado, com poderes de gerir o acervo de bens e valores, que ficam intangíveis em relação as obrigações do incorporador, como determina o art. 43 da lei 4591/64.

Bancos públicos e privados atuantes em financiamentos as construtoras direcionadas ao mercado imobiliário, na busca pela segurança das operações de crédito, têm colocado o Patrimônio de Afetação como pré-requisito para financiar empreendimentos. “Considere-se uma garantia em favor dos credores, sobretudo dos adquirentes, que ficarão protegidos por uma tutela especial” (RIZZARDO, 2019, p. 392).

Não se trata de um procedimento obrigatório e sim facultativo, “a critério do incorporador, poderá a incorporação ser submetida ao regime de afetação a qualquer tempo até o final da incorporação, não sendo requisito que ocorra quando do seu registro” (SERRA, 2018, p.123). Explica ainda, que o incorporador poderá dar andamento a obra somente com a incorporação do empreendimento e efetivar o Patrimônio de Afetação quando surgirem exigências dos adquirentes ou financiadores. Trata-se de um procedimento temporário, que é finalizado quando o objetivo específico que motivou a afetação for concluído.

1.3 HISTÓRICO LEGISLATIVO

Segundo o levantamento histórico de Petrechen (2016), a legislação brasileira sobre incorporações iniciou-se com o Decreto Lei 5481/1928, que regulamentava prédios com mais de 5 andares, construídos com cimento armado, que já permitia a alienação de peças isoladas para escritórios. Teve alterações em 1943 com o Decreto lei 5243 e em 1945 com a Lei 285. Em 1964, com a crescente urbanização do país, o governo militar buscou ordenar o mercado imobiliário com a Lei 4591/1964 e em seguida a Lei 4891/1965, criando a atividade empresarial de incorporação imobiliária.

A urbanização continuou crescente e o número de incorporadoras também evoluíram, porém, a história mostra que as fraudes mantiveram se frequentes. “Os investidores ficavam sem garantias e não tinham onde buscar ressarcimento” (RIZZARDO, 2018, p .394). O caso com mais repercussão aconteceu na década de 1990, onde a falência da empresa ENCOL S/A Engenharia, Indústria e Comércio, no ano de 1999, trouxe inúmeros prejuízos sociais e econômicos ao país. “A companhia goiana deixou como legado 710 obras pelo Brasil, 23 mil funcionários desempregados e 42 mil clientes sem dinheiro e sem os imóveis que haviam comprado” conforme descreve, BASILIO (2014 *apud* PETRECHEN 2016). O caso ENCOL, mexeu com a sociedade e líderes sociais dos setores envolvidos, que pressionaram o governo para dar uma resposta que evitasse futuros casos. A opção governamental foi por aprimorar a Lei 4591 editando a Medida Provisória 2221 em 2001, convertida na Lei 10931/2004, que incluiu e regulamentou a incorporação imobiliária dando opção ao incorporador de agregar o Patrimônio de Afetação em qualquer momento da obra, com o objetivo de garantir maior segurança ao setor imobiliário.

2. O MÉTODO UTILIZADO NA SEGREGAÇÃO DO CAPITAL, EXIGÊNCIAS CARTORÁRIAS E A VANTAGEM DA TRIBUTAÇÃO

2.1 SEGREGAÇÃO DO CAPITAL

A lei 4591/64 não obriga o incorporador a instituir o Patrimônio de Afetação na incorporação imobiliária, uma vez instituído torna-se irretratável. A segregação do capital é normatizada determinando a separação do patrimônio afetado dos demais ativos e obrigações contraídas pelo incorporador, a lei determina uma contabilidade própria e uma conta bancária autônoma. Os bens afetados tornam se incomunicáveis de acordo com o §1º do art. 31- A da Lei 4591/64:

§1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

As informações fiscais, financeiras e contábeis deverão estar organizadas para consulta dos adquirentes interessados e Comissão de Representantes. Também segundo o art. 31-D da referida lei, é obrigação do incorporador fornecer

trimestralmente ao Conselho de Representantes e adquirentes relatórios informando o andamento da obra e condições financeiras do empreendimento.

A abertura de Sociedade com Propósito Específico (SPE) para gerenciar o patrimônio apartado é opcional, utilizado quando grandes empreendimentos onde há a participação de várias empresas como investidoras.

2.2 EXIGÊNCIAS DA LEI E CARTORÁRIA

A instituição do Patrimônio de Afetação é efetuada no Cartório de Registro de Imóveis, concomitante com a incorporação ou em qualquer momento posterior, exigindo-se para o procedimento um termo requerendo o registro de afetação assinado pelo incorporador, instrumento que pode ser particular com firma reconhecida. Devem também assinar o termo os envolvidos que possuam compromisso de compra e venda do terreno a seu favor, registrado na matrícula do imóvel, proprietários do terreno caso não seja incorporadores e eventuais adquirentes das unidades autônomas com contratos registrados no Registro de Imóveis. Quando do registro da Afetação, com data posterior ao registro das incorporações, são renovadas as certidões fiscais, de protesto e ações civis e criminais, apresentadas no momento da incorporação, conforme art. 32 da lei 4591/64.

A existência de ônus sobre o terreno não impede a averbação do Patrimônio de Afetação, desde que o ônus seja relacionado a realização do empreendimento. Vedado a averbação caso o ônus seja referente contratos não relacionados ao empreendimento, conforme Parágrafo Único do art. 31-B da Lei 4591/64.

Sobre hipoteca bancária diz a Súmula 308 do STJ: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. A Súmula confirma a independência dos adquirentes, excluindo a eficácia do ônus sobre a promessa de compra e venda.

A extinção ocorre pelo registro dos títulos dos adquirentes e a quitação do incorporador a instituição financeira, pela revogação em razão de denúncia, ou outras hipóteses quando houver restituições dos valores aos adquirentes e pela liquidação por Assembleia Geral, em caso de falência.

2.3 VANTAGEM TRIBUTÁRIA

Após a averbação do Patrimônio de Afetação no Cartório de Registro de Imóveis poderá ser feita a opção pelo Regime Especial de Tributação (RET) junto a Secretaria da Receita Federal.

A Lei 10931/04 instituiu o Regime Especial Tributário (RET), que permite um sistema de recolhimento simplificado e com alíquota menor para as incorporações imobiliárias que adotem o regime de Patrimônio de Afetação.

3. A OPÇÃO PELO CONSELHO DE REPRESENTANTES, A FISCALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO AOS ADQUIRENTES

3.1 CONSELHO DE REPRESENTANTES

Formada por uma comissão de no mínimo três membros do condomínio, eleita em assembleia geral ou escolhidos através de contrato de incorporação, com a finalidade de representar os condôminos em todas as etapas da construção, exercendo acompanhamento, fiscalização e interferências quando necessário, como no caso de inadimplência ou insolvência do incorporador. A assembleia geral por maioria absoluta estipulará prazos do mandato dos conselheiros, alterará os membros e revogará seus atos se necessário, conforme regulamenta o art. 50 da lei 4591/64.

A função do Conselho de Representantes destina-se a preservar o Patrimônio de Afetação, buscando uma fiscalização preventiva. A existência da comissão não retira a responsabilidade do construtor sobre a qualidade da obra, prazos de entrega do imóvel ou outras obrigações que a lei atribui ao construtor, conforme § 1º do artigo 31-C da lei 4591/64.

No caso de falência do incorporador, cabe ao Conselho de Representantes assumir a administração da obra. A decisão de deliberar sobre a continuação da obra com a contratação de outra construtora, ou extinção do patrimônio de afetação, cabe a assembleia geral que deverá ser convocada no prazo de sessenta dias, com quórum de dois terços, para decidir sobre as medidas a serem adotadas conforme art. 31-F § 1º da lei 4591/64.

A fiscalização do empreendimento por um Conselho de Representantes que atue na forma eficaz e preventiva, evita os desvios, fraudes, aumento de custos, futuros litígios por dilapidação do patrimônio afetado pelo incorporador em dificuldades financeiras.

A lei dita as regras para atuação do Conselho de Representantes, mas não há uma cobrança e fiscalização sobre a atuação e nem mesmo sobre a formação do Conselho. Há uma inversão de coerência já que a lei transfere ao devedor (incorporador) a decisão de constituir garantias patrimoniais. Tanto a formação do Instituto do Patrimônio de Afetação, como a formação do Conselho de Representantes fica a cargo do incorporador, que não fiscalizado, utiliza a lei a seu favor, como jogada de marketing, ou para atender exigências bancárias.

3.2 PROTEÇÃO DOS ADQUIRENTES

A proteção dos adquirentes e seu patrimônio somente se constata a eficácia, ou não, no momento que iniciarem os imprevistos e a obra começar a apresentar atrasos e sinais de má administração. Neste momento testa-se a efetividade da fiscalização tempestiva.

Na ocorrência de insolvência ou falência do incorporador o patrimônio afetado continuará preservado conforme art.31-F da Lei 4691/64.

No entendimento de Rizzardo (2019), se os bens não bastarem para cobrir as obrigações o saldo ingressará como crédito privilegiado na falência. Se os produtos da venda dos imóveis remanescente não forem suficientes para cobrir as obrigações e os créditos dos adquirentes, justamente no que tange a diferença não reembolsada, os mesmos adquirentes se tornarão credores privilegiados, sendo que os bens particulares do incorporador respondem subsidiariamente.

A lei 11101/2005 regulamenta no art.119, inciso IX, a reserva do Patrimônio de Afetação até o cumprimento da sua finalidade específica, no momento que o administrador judicial arrecadará o saldo residual a favor da massa falida, ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

A decretação da falência atribui aos adquirentes a decisão sobre a continuação da obra ou a liquidação do patrimônio conforme consta no art. 31 da lei 4691/64.

Explica Rizzardo (2019) que a decisão dos condôminos em assembleia por dar continuidade da obra pode representar condições pesadas aos adquirentes. A tentativa de proteger o capital investido viabilizando a continuação do empreendimento, quando elevada as dívidas, poderão necessitar de novos aportes de capital, superiores ao contrato assinado. Considerando que a continuação da obra depende do pagamento de obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas vinculados ao patrimônio afetado, que tenham ocorrido até a data da decretação da falência. Esta condição quando não satisfeita obriga os adquirentes a liquidar o patrimônio de afetação e cada condômino é responsável solidário com a obrigação, na proporção de sua parte ideal. Ficarão sob rogos também nos direitos encargos e obrigações relativos a incorporação, inclusive as relacionadas ao contrato de financiamento da obra, se houver.

As unidades em estoque, no nome do incorporador do empreendimento, quando optado pela continuidade da obra poderá ser realizado a venda através de leilão público, conforme procede o art. 63 da lei 4691/64. O valor arrecadado faz parte do patrimônio afetado.

Em situação de quebra do incorporador é comum ocorrências adversas, como desvios e mau emprego de valores, ou dimensionamento de custos inferiores ao real, dificilmente livrando os adquirentes de mais aportes. A ocorrência de saldos positivos é quase impossível, mas ocorrendo devem ser entregue a massa falida de acordo com o art. 31-F § 13 da lei 4691/64.

O Patrimônio de Afetação reduz os riscos em comparação com outras formas de aquisição de bens imóveis adquiridos na planta, mas não zera o risco.

Na opinião de Melo (2018) há falhas na fiscalização, o fator que merece destaque é a falta da imposição de sanção aos incorporadores que desviarem os recursos do patrimônio de afetação, visto que não existe um órgão fiscalizador específico para realizar as vistorias necessárias e aplicar as limitadas penalidades descritas na Lei do Condomínio e Incorporações. Outros profissionais possuem conselhos e códigos de ética correspondentes à sua profissão, faz-se imprescindível a criação de um órgão que regule e registre o número de inscrições dos incorporadores e faça o acompanhamento dos profissionais que desenvolvem a atividade de incorporação.

Eventuais negligências dos representantes nomeados, por desconhecimento de seus deveres, omissão, ou mesmo conluio com os incorporadores, deixando a desejar no exercício de uma fiscalização eficaz, não tem se destacado como parte relevante nos litígios. Não há histórico, nos julgados, de inclusão do Conselho de Representantes nos polos passivos dos adquirentes, mesmo quando há vestígios de possíveis responsabilizações, principalmente por omissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Patrimônio de Afetação instituído pela Lei 10931/04 certamente trouxe mais segurança aos adquirentes, principalmente quanto à possibilidade de o Conselho de Representantes assumir a administração da obra quando da falência do incorporador, protegendo o patrimônio afetado. No entanto, muitas vezes a falência vem acompanhada de descapitalização do patrimônio afetado e, também, do incorporador, ocasionado por desvios, atrasos com aumentos de encargos, aumento dos custos por tempo de espera nos trâmites de pedidos e da aprovação da Recuperação Judicial, a qual não sendo exitosa acarretará posterior decretação de falência. Observa-se que são raros os casos de autorização judicial para que o Conselho de Representantes assumira a obra durante a Recuperação Judicial, haja vista que na concepção do magistrado a melhor alternativa é a continuidade da empresa, o que vai ao encontro do objetivo da Lei de Falências.

Cabe salientar que o término da obra sob administração do Conselho de Representantes também é dificultado pela obrigatoriedade de os condôminos colocar em dia os encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários relacionados ao empreendimento. Outro ponto que cabe evidência é que o não pagamento das obrigações fiscais inviabiliza que o Conselho administre a continuidade da obra. Como nem sempre o patrimônio afetado comporta tais encargos, mais o término da obra, resta aos condôminos a obrigação de aportar recursos ou sujeitar-se a receber os valores já investidos como credores preferenciais, no rol de credores da massa falida.

Estas dificuldades poderiam ser evitadas se fosse realizada uma fiscalização efetiva desde o início do empreendimento, porém o que ocorre é que apesar de prevista na legislação, não é obrigatória e a parte economicamente majoritária não a

incentiva. Os adquirentes por sua vez, sendo hipossuficientes e mais vulneráveis não se impõem.

O incorporador utiliza o instituto como meio para captar recursos bancários, e, também, como argumento de marketing para incremento de venda dos imóveis com promessas de mais garantias, barateando os seus custos com financiamentos dos adquirentes. A responsabilização do Conselho de Representantes pela falta de fiscalização não é citada em julgados, nem sequer é cogitada a sua formação, considerado o rótulo de hipossuficiente e o caráter opcional da legislação.

O legislador necessita tornar itens hoje opcionais como compulsórios, a exemplo da própria opção pela instituição do Patrimônio de Afetação e a fiscalização do Conselho de Representantes. Falta também uma fiscalização sobre a efetivação do Patrimônio afetado e até mesmo pela sua segregação física. Não há fiscalização estatal ou dos condôminos e, quando existente, é precária.

Os bancos, por sua vez, têm exigido a instituição do Patrimônio de Afetação quando do financiamento do empreendimento, fazendo um controle paralelo do andamento da obra e liberação de recursos. Buscam captar do patrimônio segregado o valor em moeda corrente em seu favor, controlando a liberação deste de acordo com o andamento da obra. Evitar o atraso da obra influencia no retorno dos valores investidos. Substituem em parte o Conselho de Representantes. Este acompanhamento feito pelos bancos vem em defesa das responsabilizações sofridas pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quando do atraso das obras, que responsabiliza o banco financiador pela ocorrência, condenando inclusive ao reembolso dos alugueis pagos pelos adquirentes durante o período de atraso da obra.

Quanto à vantagem tributária ocasionada pelo RET (Regime Especial de Tributação), as empresas que utilizam o sistema de declaração pelo lucro presumido consideram um excelente benefício fiscal.

Apesar de a legislação se apresentar carente de obrigatoriedades, resta aos envolvidos a atuação dentro dos princípios da boa-fé, haja vista que o incorporador ao lançar uma oferta pública de imóveis está se comprometendo com a economia popular, merecedora de tutela especial.

Evitar a lesão de direitos dos envolvidos deve ser um compromisso do empresário do ramo e fiscalizar os investimentos é um dever do investidor minoritário, no caso, o adquirente. Enquanto os itens elencados não forem supridos pela

legislação, tornando-os obrigatórios, permanecem casos de atrasos na entrega da obra, onde as partes sujeitam-se às manifestações públicas e ações judiciais, na busca de direitos desrespeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 4591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário. Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**:

promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Tribunal Superior da Justiça. Súmula nº 308**. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Disponível em: <https://www.scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20BANC%27>. mat. Acesso em 28.abr.2021. Revista Eletrônica da OAB Joinville | Ano 7, vol. 2. 2021 297

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Desmistificando a incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação**. Brasília-DF, maio de 2019. 96

p. Disponível no site www.cbic.org.br/juridico. Acesso em: 09 set. 2020. CAGNINI, Lariane. Um terço das obras paradas após crise é regularizado

REVISTA TMO BRASIL; São Paulo - SP; 2017. Disponível em:

<https://www.tmabrasil.org/blog-tmabrasil/noticias-em-geral/um-terco-das-obras-paradas-apos-crise-de-construtora-e>. Acesso em 07 mar. 2020. CLICKRiomafra. Mafrá. 26 jan. 2017. Disponível em:

<https://www.clickriomafra.com.br/noticias/mafra/atraso-nas-obras-do-residencial-marselhapreocupa-compradores/>. Acesso em 30 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena, Direito em debate, vol. 2, São Paulo, Almedina Brasil, 2020. 476 p. EHARA, Aline Ochiro; KIMURA, Erika Tieme; FELIPE, Gessica Benicio; ALMEIDA Keli Gislaine; NOGUEIRA, Daniel Ramos; **A adoção do patrimônio de afetação nas empresas de incorporação imobiliária: um estudo de caso em uma incorporadora da cidade de Londrina**; REVISTA DE ESTUDOS CONTÁBEIS, V. 4, N. 7, P. 3-19, Londrina JUL./DEZ 2013. Disponível em:

<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rec/article/view/18330> Acesso em: 25 Mar 2021.

FONTELLES, Mauro José, Marilda Garcia Simões, Samantha Hasegawa Farias e Renata Garcia Simões Fontelles. Scientific research methodology: Guidelines for elaboration of a research protocol. **Revista Paraense de Medicina**, 23 (3), 2009 GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 230 p.

LAZARE, Caio Cesar, et al. Patrimônio de Afetação: o caso Encol. JUS BRASIL. 2016. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47503/patrimonio-de-afetacao-ocaso-encol>. Acesso em 12 set. 2020.

MACIEIRA, Hellen. O registro da incorporação imobiliária e seus aspectos seguros com o regime de afetação. Um estudo de caso da empresa Encol S.A. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n.4229, 29 jan. 2015. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30940>. Acesso em: 09 set. 2020.

MELO, Marisangela; **Riscos legais no patrimônio de afetação em incorporações imobiliárias**; Porto Alegre - RS; 22 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-22/marisangela-mello-riscos-legais-patrimonioafetacao>. Acesso em 07 mar. 2021.

NSCTOTAL. Joinville. 29 abr. 2017. Atualizada em: 21 jun. 2019. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/em-tres-anos-numero-de-pedidos-de-falencia-erecuperacao-judicial-dobra-na-construcao>. Acesso em: 30 out. 2020. **Revista Eletrônica da OAB Joinville | Ano 7, vol. 2. 2021 298**

PAULSEN, Leandro; AVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Leis de processo tributário comentadas: processo administrativo fiscal protesto extrajudicial títulos de execução fiscal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 819 p.

PETRECHEN, Lúgia Caram. **O patrimônio de afetação e a sociedade de propósito específico nas incorporações imobiliárias**. Monografias, BEM USP, São Paulo, 2016. 87 p. Disponível em: <http://poliintegra.poli.usp.br/library/pdfs/43908e001c8f13b7fa1d5ffdcf656317.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 7.ed. Rio de Janeiro: Dorense, 2019. 653 p. ROMANOWSKI, Joana Paulim, Romilda Teodora Ens. As pesquisas denominadas do tipo “Estado de arte” em educação. *Diálogo Educacional*, Curitiba, v.6, n.19, 37-50, 2006.

SERRA, Márcio Guerra; **MONETE Hipólito Serra. Registro de imóveis III: Procedimentos Especiais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 222 p. TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. 328 p.