

Organizadores:
Paulo Junior Trindade dos Santos
Alejandro Knaesel Arrabal
Suelen Carls

Liberdade, Contrato e Propriedade:

por um direito privado contemporâneo frente
à complexidade social e a experiência jurídica



Vol. 4

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

editora
unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

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

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

L695	Liberdade, contrato e propriedade: por um direito privado contemporâneo frente à complexidade social e a experiência jurídica / organizadores Paulo Junior Trindade dos Santos, Alejandro Knaesel Arrabal, Suelen Carls. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2022. 286 p. ; 23 cm ISBN e-book: 978-85-98084-21-3 1. Direito fundamental. 2. Liberdade. 3. Contratos. 4. Dignidade. 5. Propriedade I. Santos, Paulo Junior Trindade dos, (org.). II. Arrabal, Alejandro Knaesel, (org.). III. Carls, Suelen, (org.). Dóris 341.27
------	---

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

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

Pró-reitora Acadêmica
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Pró-reitor de Administração
Ricardo Antonio De Marco

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

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES	5
APRESENTAÇÃO DO VOLUME 4 DA COLETÂNEA	7
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....	11
O EFEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS PARTICULARES	21
PENSANDO A TECNOVIGILÂNCIA A PARTIR DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU.....	39
DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À PROTEÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS.....	55
A BIOÉTICA NA ERA DA ENGENHARIA GENÉTICA (DE APERFEIÇOAMENTO): SOMOS QUEM PODEMOS SER?	87
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO.....	107
POLICONTEXTURALIDADE, RELAÇÕES CONTRATUAIS E SOCIEDADE FRAGMENTADA NA PERSPECTIVA DE GUNTHER TEUBNER*	127
A COLISÃO DE DIREITO HUMANOS FRENTE A SINDEMIA CAUSADA PELO COVID-19: O DIREITO HUMANO À SAÚDE <i>VERSUS</i> O DIREITO À PROPRIEDADE DECORRENTE DE PATENTES FARMACÊUTICAS.....	151
REFLEXOS DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES: SUBSTITUTO DA CURATELA?	175
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO À MORADIA: A DIFICULDADE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO NA ERA DE FINANCEIRIZAÇÃO DA TERRA	191

PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO NO DIREITO E A QUESTÃO DE GÊNERO.....205

A DIFICULDADE COM A ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO 223

(IN)APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
DE CONSUMO 237

COMPLEXIDADE E PARADOXOS DO SIGNO PIRATA NA CIBERCULTURA..... 267

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES

Suelen Carls é Professora de Direito da Propriedade Intelectual na Universidade de Bournemouth, Reino Unido, onde é membro do Centro de Política e Gestão de Propriedade Intelectual (CIPPM). É Pesquisadora Afiliada ao Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência, Alemanha. Também é Expert em Propriedade Intelectual da Academia da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), Suíça. Colabora como Professora Visitante na Universidade de Marília (Unimar), onde realizou Estágio de Pós-Doutorado. É Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com período de pesquisa na Universidade de Oxford, Reino Unido. É também Mestre em Desenvolvimento Regional e Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB).

Paulo Junior Trindade dos Santos, é Advogado e Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc (direitos fundamentais e sua relação com o direito privado, e efetivação de direitos). Pós-Doutorando em Direito pela Unoesc/SC (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede – 2019). Pós-Doutor (direito, novas tecnologias e transdisciplinariedade – 2019), Doutor (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2018) e Mestre (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2014) em Direito pela Unisinos, com auxílio de Bolsas Capes e CNPq. Ganhador do Prêmio Caed-JUS 2019 de Teses (Filosofia do Direito Processual (da Jurisdição ao Processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito). Grupos de Pesquisa em que atua: 1) Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, do(a) Universidade Federal do Paraná; 2) Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unoesc; 3) Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa – Unoesc; 4) Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e

Poder – Unisinos. Pesquisador nas áreas: 1) Direito Público com ênfase em “Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional” e em Direito Processual Civil; 2) Direito Privado: ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade; 3) Constitucionalização do Direito; 4) Filosofia do-no Direito e 5) Direito e Tecnologia.

Alejandro Knaesel Arrabal, é Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT – Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Dedicar-se a pesquisas sobre os temas: Direitos da Propriedade Intelectual; Políticas de Inovação; Inovação Organizacional; Criatividade e Cultura; Desenvolvimento Tecnológico e Direito; Teoria da Complexidade; Teoria dos Sistemas; Comunicação e Semiótica.

APRESENTAÇÃO DO VOLUME 4 DA COLETÂNEA

O século XXI revela para a humanidade importantes desafios. Em um contexto densamente articulado por meio de Tecnologias, em especial relacionadas à Informação e à Comunicação, a sociedade vivencia intensamente muitas de suas angústias e contradições históricas. Conflitos globais e locais pautados por concepções polarizadas e expectativas utilitaristas acentuam-se, ao mesmo tempo que ecoam vozes que reivindicam paz, respeito às diferenças e dignidade existencial.

A liberdade, conceito fundamental para a ordem jurídica, apresenta-se sob múltiplas faces, fenômeno que exige da ciência jurídica atenta observação. Os contratos e seus fundamentos, assim como as bases que conferem legitimidade a pretensões de apropriação material e simbólica, transformam-se dinamicamente nos fluxos das relações sociais cuja marca contemporânea é a complexidade.

A intensa e refinada interdependência, assim como o reconhecimento do caráter interconstitutivo das diferenças, são aspectos que nutrem este conceito. O domínio privado não pode ser mais reconhecido como algo estranho ao domínio público e vice-versa.

A partir desta perspectiva temos a grata satisfação de apresentar os trabalhos aqui colecionados, fruto da dedicação de estudos promovidos por pesquisadores de diversos espaços de formação acadêmica. A riqueza plural dos assuntos abordados, ao mesmo que traduzem diferenças epistêmicas, apontam para inúmeros aspectos em comum, o que representa um extrato do caráter complexo da realidade contemporânea.

Marcio Pasqualli Afonso e Luíza Severnini Sima debatem O efeito dos direitos fundamentais entre particulares. O estudo diz respeito à eficácia

vinculante dos direitos fundamentais incidentes também nas relações jurídicas entre os particulares.

Pensando a tecnovigilância a partir dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU é a contribuição de Bianca Kaini Lazzaretti e Raquel Von Hohendorff, trabalho que avalia em que medida os objetivos da Agenda 2030 podem ser impactados pela tendência crescente de tecnovigilância,

No texto Desafios contemporâneos à proteção dos dados genéticos, Haide Maria Hupffer e Murilo Haupenthal propõem uma discussão teórica sobre o direito à privacidade, à dignidade e os direitos de personalidade, com especial atenção ao mercado de exames genéticos.

Diego Henrique Schuster explora os problemas morais envolvendo a possibilidade de os pais escolherem as características genéticas dos filhos no trabalho intitulado A bioética na era da engenharia genética (de aperfeiçoamento): somos quem podemos ser?

Os desafios que envolvem a Sociedade da Informação e o direito à desconexão no teletrabalho são tratados por Karyn Cristine Bottega Bolsi, Keila Fernanda Marangoni e Paulo Junior Trindade dos Santos.

No texto Policontextualidade, relações contratuais e sociedade fragmentada na perspectiva de Gunther Teubner Carlos Alexandre Michaello Marques e Liége Paim Lansoni analisam o teor da obra “Direito, Sistema e Policontextualidade”, especificamente sobre suas questões fundamentais para uma teorização das categorias dogmáticas do direito privado.

Aleteia Hummes Thaines, Éder Machado de Oliveira e Leonardo Vargas abordam A colisão de direitos humanos frente a sindemia causada pelo Covid-19: o direito humano à saúde versus o direito à propriedade decorrente de patentes farmacêuticas.

Reflexos da tomada de decisão apoiada na teoria das incapacidades: substituto da curatela? É o trabalho de Marcio Pasqualli Afonso, no qual

procura discutir os efeitos do referido instituto no âmbito Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Por sua vez, Luíza Severnini Sima contribui com o estudo intitulado, A dignidade da pessoa humana no direito à moradia: a dificuldade da efetivação do direito na era de financeirização.

Produção do conhecimento no direito e a questão de gênero é o trabalho de Clarice Gonçalves Pires Marques e Carlos Alexandre Michaello Marques, no qual destacam que, segundo a ONU, apenas 12% de mulheres fazem parte de academias de ciências nacionais, fato que indica a necessidade de estudos acerca da desigualdade de gênero com relação à pesquisa também no campo do Direito.

Isadora Leitão Wild Santini Picarelli e Luíza Severnini Sima tratam da dificuldade com a acessibilidade das pessoas com deficiência no comércio eletrônico. Nesse estudo as autoras abordam o direito de igualdade do Consumidor no Brasil, bem como discutem se a inclusão de pessoas com deficiência auditiva e visual no mercado de consumo eletrônico respeita o referido direito.

(In)aplicabilidade da arbitragem na solução dos conflitos de consumo é o trabalho de Feliciano Alcides Dias e Andrei Duwe, no qual observam que, diante do crescente emprego do juízo arbitral para resolução dos conflitos, sua aplicação nas relações consumeristas merece análise a fim de compreender se, na hipótese, o instituto estaria ferindo ou não a proteção especial concedida ao consumidor.

Por fim, Alejandro Knaesel Arrabal e Wilson Engelman exploram as contradições do signo pirata no contexto da cibercultura, a partir dos pressupostos da teoria da complexidade no estudo Complexidade e paradoxos do signo pirata.

Esperamos que as reflexões e resultados aqui integrados possam contribuir para novos estudos e ações concretas voltadas ao aperfeiçoamento da realidade social contemporânea e da ciência jurídica.

Note-se, que esta obra é fruto de uma interrelação entre diversos grupos de pesquisa, e principalmente pelo grupo de pesquisa de Desenvolvimento Local e Democracia Participativa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc conjuntamente com o grupo de pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça integrado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FURB. Tal iniciativa reflete a preocupação dos pesquisadores em realizar pesquisa de rede e que opere e se desenvolva entre o local-global e o global-local.

Desta integração e da profusão e desenvolvimento de pesquisa em rede, temos a contribuição da Professora Suelen Carls, cuja trajetória internacional soma-se aos esforços acadêmicos em favor do aperfeiçoamento da pesquisa jurídica contemporânea.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Alejandro Knaesel Arrabal

Suelen Carls

Organizadores

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL

Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT – Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau – FURB. E-mail: arrabal@furb.br

ALETEIA HUMMES THAINES

Doutora em Direito com estágio Pós-doutoral em Direito. Faculdades Integradas de Taquara/RS (FACCAT). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional. Pesquisa financiada com bolsa PROBIC/FAPERGS/FACCAT e vinculada a linha de pesquisa: Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional, do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, da Faccat. E-mail: aleteiathaines@faccat.br

ANDREI DUWE

Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional (2017). Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB (2015). Advogado. E-mail: andrei_duwe@yahoo.com.br

BIANCA KAINI LAZZARETTI

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa CAPES/PROEX. Bacharela em Direito pela mesma instituição, com período de estudos na Universidade do Porto. Pós-graduada em Lei Geral de Proteção de Dados (Legale). E-mail: biancalazzaretti@live.com

CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES

Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-doutorado em Epistemologia Moral pelo PPGFi/UFPEL. Licenciado em Filosofia pela UFPEL. Pesquisador do Grupo Transdisciplinar em pesquisa jurídica para uma sociedade sustentável - GTJus (CNPq) do Centro de Ciências Jurídicas - CCJ da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, e do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito - GPTDir (CNPq) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor Substituto da Faculdade de Direito - FADIR da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Advogado e Cientista de Dados. E-mail: cammarques@ufpel.edu.br

CLARICE GONÇALVES PIRES MARQUES

Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (Bolsista CAPES/PROEX). Mestre em Direito e Justiça

Social pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2015). Graduada em Direito (2006). Graduada em Psicologia (2015). Psicóloga. Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPQ Teoria do Direito vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

DIEGO HENRIQUE SCHUSTER

Mestre em Direito Público, especialista em Direito Ambiental e graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Diretor Adjunto da Diretoria Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP.

ÉDER MACHADO DE OLIVEIRA

Graduando em Direito. Faculdades Integradas de Taquara/RS (FACCAT). Bolsista PROBIC/FAPERGS/FACCAT. E-mail: ederoliveiramachado@gmail.com

FELICIANO ALCIDES DIAS

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Regional de Blumenau - FURB. Coordenador e Professor da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, extensão em Blumenau-SC. Líder do Grupo de Pesquisa Sociedade, Instituições e Justiça – SINJUS, certificado pelo CNPq-FURB. Integrante dos Grupos de Pesquisa: Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça; Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn, certificados pelo CNPq-FURB. Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias (CNPq-

UNOESC). Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Advogado e Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br

HAIDE MARIA HUPFFER

Pós-Doutora e doutora em Direito Pela Unisinos. Professora e Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e do Curso de Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/Feevale Direito e Desenvolvimento. Líder do Projeto de Pesquisa Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo risco da Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br

ISADORA LEITÃO WILD SANTINI PICARELLI

Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade, Interesses Públicos x Interesses Privados, coordenado pelo professor José Tadeu Neves Xavier. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: isadorawildpicarelli@gmail.com

KARYN CRISTINE BOTTEGA BOLSI

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, sediada em Chapecó, estado de Santa Catarina, com pesquisa em desenvolvimento na área de Direitos Fundamentais Sociais. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário

pela Universidade do Contestado, Campus Concórdia SC, 2011/2012. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus Chapecó SC, 2013/2014. Graduada em Direito pela Universidade do Contestado, Campus Concórdia SC, 2009. Atualmente faz parte do Grupo de Pesquisa Justiça, Sociedade e Direitos Humanos (CNPq/UnC) e do Grupo de Estudos e Pesquisa Segurança Social, Trabalho Decente e Desenvolvimento (CNPq/UNOESC). Atua no Núcleo Docente Estruturante da Universidade do Contestado, Campus Concórdia SC. Professora no Curso de Direito na Universidade do Contestado Campus Concórdia SC. Professora e Advogada, OAB/SC 30.373. Sócia do escritório Bolsi, Bottega e Vendrame Advogados Associados. E-mail: karyn@bbv.adv.br.

KEILA FERNANDA MARANGONI

Mestranda em Direito pela Universidade de Oeste de Santa Catarina - UNOESC, com bolsa financiada pelo Estado de Santa Catarina - UNIEDU/FUMDES. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNOESC. Graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ. Atuou como bolsista de extensão no Programa de Educação Superior para o Desenvolvimento Regional (PROESDE). Experiência em pesquisas nos temas: Relações Internacionais, Globalização, Teoria do Poder, Atores Estatais e Não Estatais. Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria dos Direitos Fundamentais e da Justiça da Universidade de Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

LEONARDO VARGAS

Graduando em Direito. Faculdades Integradas de Taquara/RS (FACCAT). Bolsista voluntário projeto PROBIC/FAPERGS/FACCAT. E-mail: vargasleonardo@sou.faccat.br

LIÉGE PAIM LANSONI

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis e Graduada em Formação Pedagógica para Docentes pela Feevale. Atuou como supervisora, advogada e orientadora técnica do SAJUIR - Serviço de Assistência Judiciária Gratuita do UniRitter. Advogada. Especialista em Direito do Estado e, em Direito Civil.

LUÍZA SEVERNINI SIMA

Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, coordenado pela Prof. Dra. Cristina Stringari Pasqual, do PPGD/FMP. Egressa do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas na Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS (2020). Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2019). E-mail: luizasima@hotmail.com

MARCIO PASQUALLI AFONSO

Mestrando em Direito na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público. Grupo de Pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, sob a coordenação da Dra. Cristina Stringari Pasqual. Pós-graduado em Direito Público pela UCS/ESMAFE. Analista Jurídico no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: marcio.p.afonso@hotmail.com

MURILO HAUPENTHAL

Bolsista PIBITI – CNPq/Feevale. Integrante do Projeto de Pesquisa Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo risco da Universidade Feevale. E-mail: murilohaupenthal@gmail.com

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS

Pós-Doutorando em Direito pela UNOESC/SC (2019). Pós-Doutor (2019), Doutor (2018) e Mestre (2014) em Direito pela UNISINOS, com auxílio de Bolsas Capes e Cnpq. Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC. Ganhador do Prêmio Caed-Jus 2019 de Teses. Grupos de Pesquisa em que atua: 1) Virada de Copérnico - Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, do(a) Universidade Federal do Paraná; 2) Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias - Unoesc; 3) Direitos Fundamentais Sociais e Desenvolvimento Sustentável: Teorias do Direito e Políticas Públicas - Unoesc; 4) Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder - Unisinos. Pesquisador nas áreas: 1) Direito Público com ênfase em “Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional” e em Direito Processual Civil; 2) Direito Privado: ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade; 3) Constitucionalização do Direito; 4) Filosofia do-no Direito e 5) Direito e Tecnologia. E-mail: pjtrindades@hotmail.com

RAQUEL VON HOHENDORFF

Pós Doutora em Direito Público pela Universidade de Las Palmas de Gran Canaria- Espanha. Doutora em Direito Público Unisinos (bolsista CAPES). Mestre em Direito Público pela Unisinos (Conceito CAPES 6, bolsista CAPES).

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado da UNISINOS, ministrando a disciplina Educação, Transdisciplinaridade e Transformação Social. Participante do grupo de pesquisa JUSNANO (CNPq/ Unisinos). Participa do setor da Formação Docente, no Núcleo de Inovação, Avaliação e Formação - NIAF na UNISINOS. Conselheira Municipal do Meio Ambiente, pela Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Conselheira titular da Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Possui especialização em direito do trabalho pela Unisinos, com atuação na área trabalhista preventiva, especialmente voltada para a saúde, segurança e meio ambiente do trabalho. Possui graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998), graduação em Bacharelado Em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009) e mestrado em Ciências Veterinárias pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2003). Atualmente é advogada - e técnico superior medicina veterinária da SEMA RS. Tem experiência na área de Zoologia, com ênfase em Comportamento Animal, atuando principalmente nos seguintes temas: animais silvestres, manejo, patologia, cativeiro e doenças infecciosas. E-mail: vetraq@gmail.com

WILSON ENGELMANN

Realizou estudos de pós-doutorado em Direito Público - Direitos Humanos, no Centro de Estudios de Seguridad da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha (2018). Doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000). Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988). Professor e pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, ambos da UNISINOS.

Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Pesquisador colaborador do Latin American Nanotechnology & Society Network. Pesquisador associado do Portugalense Institute for Legal Research, do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade e do CEAD - Centro Francisco Suárez - Centro de Estudos Avançados em Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, todos de Portugal. Membro do Comitê de Assessoramento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul e professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail: wengelmann@unisin.br

O EFEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS PARTICULARES

Marcio Pasqualli Afonso
Luíza Severnini Sima

INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma análise com relação à eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, tema extremamente discutido no Direito Constitucional europeu, e também brasileiro.

O estudo discorre sobre a eficácia vinculante que existe nos direitos fundamentais também na esfera privada, regendo também as relações jurídicas entre os particulares, onde a eficácia horizontal encontra seu embasamento na doutrina e jurisprudência constitucional da Alemanha, além de fomentar um dos temas acerca de direitos fundamentais mais polêmicos na atualidade.

Sob o aspecto constitucional, o intuito de interpretar as relações privadas é com relação à autonomia que a mesma preside, porém, independente disso, demonstrar-se-á a necessidade de que seja constitucionalizado os direitos fundamentais perante essas relações privadas também, haja vista que a mesma deve estar a luz da interpretação dos princípios constitucionais fundamentais, haja vista que até mesmo o Supremo Tribunal Federal vem, timidamente, amparando a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e sua aplicabilidade, no sentido de promover a garantia da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

1 O CARÁTER OBJETIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento do constitucionalismo faz emergir a ideia contemporânea da existência de direitos tão fundamentais que ensejariam sua atribuição a todos os indivíduos. Neste sentido, o movimento constitucionalista enseja o reconhecimento formal de direitos que pertencem ao homem pelo simples fato de sê-lo, sendo a constituição a lei que estabelece os direitos essenciais (RODRIGUES, 2011, p. 195).

Nesta medida, um ordenamento jurídico possui sua base, quer seja de ordem axiológica ou lógica, nos direitos fundamentais. O que significa afirmar que a compreensão do sistema jurídico se faz por meio dos seus direitos fundamentais (ROTHENBURG, 2011, p. 1033).

Conforme elucidava Pérez Luño, o mesmo ressalta que “A expressão ‘direitos fundamentais’ surgiu na França, em 1770, no movimento político e cultural que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789”. (*apud* NOVELINO, 2011, p. 383)

Deste modo, importante a lição de Miragem sobre os direitos fundamentais:

[...] colocam-se em posição superior relativamente aos demais preceitos do ordenamento jurídico. De outro modo, embora encerrem os valores fundantes do ordenamento, não se apresentam no cenário jurídico da mesma forma, ou com idêntica potencialidade para realização ou produção de efeitos.” (MIRAGEM, 2011, p. 28).

Os direitos fundamentais são uma parte da compreensão inicial que a comunidade possui da ideia do Direito que a rege. Deste modo, os direitos fundamentais antecedem a sua própria positivação, e por essa não podem ser esgotados. Ocorre que os direitos fundamentais, inicialmente, revelam-se – por questões de representatividade democrática, de racionalidade e de

segurança – por meio da positivação no ordenamento jurídico (ROTHENBURG, 2011, p. 1037).

Tavares (2012) salienta que os direitos fundamentais, inclusive, da forma como criados pelo devido processo, entendido este como o espaço discursivo instituído pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, já são dotados de liquidez (auto-executoriedade) e certeza (infungibilidade), e uma vez constantes da Constituição, compõem esta que é um título executivo cartularizado constitucionalmente e oponível face a gestão governativa como forma de implemento dos direitos à vida, liberdade e dignidade.

Considerando esta ideia, Rodrigues colabora discorrendo que:

É importante ressaltar que a categoria de direito fundamental não obedece a uma lógica cartesiana, ou seja, não resulta da apreensão da realidade fática como a razão humana a percebe. Trata-se de um conceito cultural, como de resto todos os conceitos jurídicos. Portanto, nada mais razoável que o rol dos direitos fundamentais tenha uma dimensão histórica e espacial, sendo uma definição em constante evolução. Negar ao constituinte a definição do que se considera como direito fundamental é impor às atuais e futuras gerações o ideário dos que já se foram. (RODRIGUES, 2011, p. 195-196).

Assim, conceitua Sarlet que “os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa,[...] (SARLET, 2018, p. 61-62). No mesmo sentido enaltece Mateus:

[...] ao se elevar ao status de direito fundamental, está-se, em verdade, a reconhecer que determinado direito, pelo prisma da formalidade, foi consagrado expressamente como tal por ser elementar a determinada ordem jurídica. Pelo viés da materialidade, de outra banda, implica inferir que determinado direito é tido como basilar ao ordenamento constitucional, não por estar escrito, mas pelo fato de sua essência tratar de

elementos nucleares do texto constitucional e de abranger questões relativas à estrutura básica do Estado e da sociedade. (apud DAHINTEN, DAHINTEN, 2016, p. 141).

Os direitos fundamentais integram um conjunto distinto de garantias, que o conteúdo é considerado como essencial ao homem – direitos e garantias individuais ou coletivos de todos os indivíduos. Nos direitos fundamentais residem as condições mínimas para a liberdade e dignidade da pessoa humana (SOROMENHO-PIRES, 2011, p. 160).

Nessa mesma senda, estudando o fundamento dos Direitos Fundamentais, Bobbio (2004, p.28) destaca que:

O problema do fundamento dos direitos fundamentais teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia- Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948; que representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecidos; e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Pela importância e necessidade no Estado democrático de direito, sem dúvida, os direitos humanos fundamentais são essenciais ao ordenamento jurídico de qualquer país, uma vez que, tem como finalidades precípua assegurar a promoção de condições dignas de vida humana e de seu desenvolvimento, bem como garantir a defesa dos seres humanos contra abusos de poder econômico praticados pelos órgãos do Estado.

Comparato (2001, p. 227) então, elucida ao dizer “que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”.

Porém, no cenário pátrio, o art. 5º da Constituição Federal de 1988, apresenta um rol de Direitos Fundamentais, que tratam das mais diversas liberdades fundamentais. Assim, com base no texto constitucional destaca Reverbel que “[...] a constituinte ampliou a proteção das liberdades fundamentais, positivando uma série de garantias que, pela própria natureza

do direito envolvido, deveriam ser cumpridas, independentemente de positivação” (REVERBEL, 2017, p. 17).

Conforme esclarece Barroso, “as constituições modernas definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal. E, pode-se agrupar os direitos fundamentais em quatro grandes grupos, sendo eles: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos. Esclarecendo ainda que os direitos difusos possuem a característica de pertencer a uma série indeterminada de sujeitos e por sua indivisibilidade, considerando que a satisfação de um titular a todos aproveita, e na mesma senda, a lesão de um implica a lesão da coletividade por inteira. (BARROSO, 2006, p. 295-298).

Importante assinalar que os direitos fundamentais nascem como direitos subjetivos públicos, ou seja, direitos do cidadão em face do Estado. Assim, todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão adstritos aos preceitos que os direitos e garantias fundamentais vinculam (MENDES, 2001, p. 365). Clarificando mais essa ideia, os direitos fundamentais são tomados como um direito de resistência, como meios de garantir a liberdade privada contra intervenções estatais (LEAL; MAAS, 2021, p. 36).

Logo, impende distinguir entre direitos de defesa e deveres de proteção (do Estado), pois, ainda, que sejam funções contrapostas do mesmo direito fundamental – o direito fundamental de liberdade – têm em comum a condição de garantir um idêntico bem jurídico-fundamental contra as intervenções indevidas. Assim, o direito de defesa é aquele exercido quando a ameaça é originária dos poderes públicos, e o dever de proteção é o exercido quando a origem da ameaça é oriunda de setores privados (DUQUE, 2009, p. 146).

Assim, o dever de proteção tem uma acepção de obrigação, porque é uma consequência primária, de caráter compensatório, em função da atribuição ao Estado do monopólio do emprego da força que possibilite a existência da sociedade em uma ordem de paz, na qual a autodefesa do

particular, *a priori*, é vedada; em contraparte, o Estado assume o monopólio por meio da função de garantidor da proteção dos seus indivíduos contra agressões ou ameaças de terceiros (LEAL; MAAS, 2021, p. 41).

Neste sentido discorre Alexy que “os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação”. (ALEXY, 2015, p. 450-451).

Esse dever de proteção deve ser compreendido como importante decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo visto como concepção central. Sob esta óptica, o Estado é responsável pela proteção e por assegurar medidas necessárias a efetivação dos direitos fundamentais, descaracterizando sua figura de violador ou destinatário das proibições desses direitos (LEAL; MAAS, 2021, p. 41).

No mesmo sentido, pondera Duque que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais passa, portanto, a ser compreendida não como uma limitação da dimensão subjetiva, mas sim como reforço dessa, na busca de uma maior proteção e eficácia dos direitos individuais subjetivos”. (DUQUE, 2011, p. 324).

Do mesmo modo é a lição de Sarlet:

A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p. 322).

Colaborando com essa ideia reforçam Leal e Mass que “[...] o caráter objetivo dos direitos fundamentais aparece como decorrência do seu todo, de seu conjunto como direitos fundamentais; [...] os direitos fundamentais

passam a ser interpretados também singularmente como normas objetivas de valor. (LEAL; MASS, 2021, p. 38).

Deste modo, os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetivos que tem vigência em todos os âmbitos do direito, provendo diretrizes e impulsos para os poderes públicos. Significa afirmar que a constituição tem uma decisão de valores vinculativa, gerando também efeitos no direito privado. Tal afirmação é baseada na negação de uma premissa liberal clássica, que uma igual liberdade jurídica, sem a ação do Estado, conduz automaticamente à prosperidade e à justiça. O Estado tem a obrigação de agir para a realização dos direitos fundamentais, o que enseja medidas à sua proteção também (DUQUE, 2009, p. 144).

Assim, esse dever de proteção ao Estado demanda função de zelo em caráter preventivo, independente da origem das eventuais agressões aos direitos fundamentais, que podem ser dos poderes públicos, particulares, e também de outros Estados. Essa atribuição aflui na obrigação de adotar medidas positivas preventivas das mais diversas naturezas pelo Estado, com objetivo de proteger e efetivar o exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 154-155).

2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assim, essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais compõe um sistema de valores, utilizado em todas as relações jurídicas e pessoais. Então, diante de tamanha dimensão institucional, os direitos fundamentais passam por processo de alargamento ou desdobramento de seus efeitos, alcançando todos os âmbitos do ordenamento jurídico. A esse fenômeno atribui-se a denominação de efeito de irradiação dos direitos fundamentais, que na doutrina alemã chama-se *Ausstrahlungswirkung* (SOROMENHO-PIRES, 2011, p. 165-166).

Destarte, o efeito de irradiação dos direitos fundamentais faz emergir a necessidade de estabelecimento das possibilidades de sua extensão e atuação nas relações entre privados. Ao que a doutrina alemã denominou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais – *Drittwirkung* (SOROMENHO-PIRES, 2011, p. 165).

Ademais, os direitos fundamentais demarcam e guiam o agir social, a interação entre as pessoas, a realização das ações e das políticas públicas, visando a harmonização da vida cotidiana da sociedade. Aquilo atinente ao Estado, os direitos fundamentais abalizam os atos públicos, impedindo-os de violarem o seu teor, ao mesmo tempo que impulsionam a concretização de propostas aptas a efetivá-los, quer por intermédio de leis que os realizem e não os contrariem, quer por medidas executivas, ou mesmo ações que garantam a sua existência no sistema normativo. Em suma é o que se atribui como eficácia horizontal dos direitos fundamentais (GOMES; MENDONÇA, 2018, p. 155).

A vinculação opera-se horizontalmente, na proporção em que ela distende espaço à possibilidade de confronto entre direitos concebidos paralelos e concorrentes, bem como sujeitos diferentes, resultando dessa forma, em uma “assimetria” (*Asymmetrie*), o que traduz uma eficácia em múltiplas direções e ramos do direito, inclusive em relações consumeristas (LEAL; MAAS, 2021, p. 39).

Neste sentido importante é a lição de Marques:

Segundo a doutrina alemã, *Drittwirkung* é a denominação do efeito ou eficácia (*Wirkung*) dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) sobre o direito privado e as relações jurídicas privadas, isto é, considerando-se que os direitos fundamentais vinculam e têm eficácias sempre frente ao Estado, estes terceiros (*Dritte*) são justamente os particulares, sujeitos do direito. (MARQUES, 2016, p. 257-258).

Deste modo, a *Drittwirkung* visa a identificação das situações fáticas, e por consequência, a forma que o Estado pode ser acionado para atuar no exercício da tutela protetiva ou reparatória dos Direitos Fundamentais violados em uma relação estabelecida pelo binômio de entes privados (REVERBEL, 2017, p.18).

Isto posto, necessários os esclarecimentos de Leal e Maas que:

[...] frente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, configura-se uma obrigação de obediência da legislação ordinária aos direitos fundamentais, sendo a autonomia privada e a liberdade do sujeito pré-determinadas às obrigações da dimensão objetiva de direitos, numa espécie de obrigatoriedade desnaturalização deles. (LEAL; MAAS, 2021, p. 39).

A doutrina alemã ensina que os direitos fundamentais como direitos subjetivos dos cidadãos têm reflexos nas relações privadas, na denominada eficácia entre particulares (*Drittwirkung*), sendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre dois sujeitos de direito privado, possível citar como exemplo a relação entre um consumidor e um banco (MARQUES, 2016, p. 258).

No âmbito pátrio, a vontade do Legislador Constituinte foi expressa para afirmar textualmente que as normas definidores de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º da Constituição. Previsão essa que, por si só, bastaria para manifestar o tratamento diferenciado e privilegiado que os direitos fundamentais possuem no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado (SARLET, 2011, p. 383).

No mesmo sentido são as considerações de Mendes “[...] a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais”. (MENDES, 2011, p. 365). O que nas relações privadas,

se traduz em uma necessária mediação do Poder Público, na sua face administrativa, legislativa e judicial (MENDES, 2011, p. 366).

Neste sentido, o Estado desempenha atividade interventiva nas relações privadas, tendo por objetivo disciplinar a liberdade contratual e os Direitos Fundamentais envolvidos (REVERBEL, 2017, p.21).

Assim, o Direito Fundamental é norma que deve ser respeitada pelo Estado, processo esse que implica numa eficácia vertical, mas também estabelece valores que devem ser seguidos nas relações entre dois iguais: entes privados; o que, sobremaneira, implica numa eficácia horizontal (MARQUES, 2016, p. 258).

Embora a relação entre pessoas privadas possua princípios informadores próprios, onde podemos exemplificar com o princípio da autonomia da vontade (art. 421 do Código Civil), princípio da livre iniciativa (art. 1º. IV e art. 170 da CF/88), deve-se nitidamente ter a ciência de que esses princípios não podem ser aplicados de modo isolado, devendo dar lugar a princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º. IV da CF/88) e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º. §1º. da CF/88).

É o entendimento do Supremo Tribunal Federal atualmente, na análise do RE 158.215, onde o mesmo decidiu com relação a observância do devido processo legal se tratando de instituição privada, seguindo então a ementa do julgado:

Defesa – Devido Processo Legal – Inciso LV do Rol das Garantias Constitucionais – Exame – Legislação comum. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frotal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer o crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se

necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

No mesmo sentido, traz-se para elucidação a Ementa do RE 201.819/RJ:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Gera então, uma grande relevância no momento em que se instigam com relação se a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares deva ser imediata ou não, e com relação a aplicabilidade dos direitos fundamentais, Wilson Steinmetz (2004, p. 166) invocando decisões do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, afirma que:

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública.

Resta nítido então, que a ordem básica e pública deve prevalecer, não apenas garantindo os direitos e liberdades individuais em face do poder

estatal, mas também a aplicabilidade dos direitos fundamentais perante as relações de particulares, regendo então também as relações privadas.

3 A PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy afirma que não há dúvidas quanto aos direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre os cidadãos, ou seja, os direitos fundamentais devem ser respeitados nas relações privadas, ensejando um efeito horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, ainda residem controvérsias quanto ao *como* e *qual a extensão* desses efeitos. (ALEXY, 2015, p. 528).

Deste modo, Alexy esclarece que a problemática do *como* os direitos fundamentais produzem efeitos na relação entre os cidadãos é uma temática que envolve um *problema de construção*. Por sua vez, a problemática de *qual a extensão* eles o fazem é um *problema de colisão*. Mas, independente da problemática envolvida, um ponto é fundamental: a relação entre cidadãos é uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 528).

Neste sentido, três teorias são possíveis quanto a questão da construção, e a primeira delas é uma de efeitos indiretos perante terceiros. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais, à medida que “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, atuam na interpretação e aplicação das normas de direito privado. Tal atuação deve ocorrer na concretização das cláusulas gerais do direito privado. Impende ainda considerar que essa atuação pode revelar-se em qualquer interpretação de norma de direito privado, em situações especiais é viável que fundamente decisões contrárias ao teor da lei (ALEXY, 2015, p. 529).

A segunda teoria é a de efeitos diretos perante terceiros, que mantém-se fiel ao conceito de que os direitos fundamentais, de modo clássico e

estrito, são direitos públicos subjetivos, com vetor exclusivo contra o Estado. Da mesma forma que ocorre com a teoria dos efeitos indiretos perante terceiros, a influência que os direitos fundamentais exercem no direito privado é oriundo da sua característica como direito constitucional objetivo e vinculante. Contudo, a diferença está que os efeitos na relação entre privados emana diretamente dos direitos subjetivos privados para os indivíduos (ALEXY, 2015, p. 529).

Segundo Nipperdey, citado textualmente por Alexy (2015, p. 530):

O efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direto, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos de cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.

A terceira teoria é aquela de efeitos mediados por direitos em face do Estado, afirmando que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorrem da vinculação do Estado a esses direitos como direitos de defesa. Assim, as eventuais violações de direitos fundamentais entre privados são imputadas ao Estado, pois cabe ao Estado estabelecer e impor normas de direito privado. Nesta concepção, os efeitos dos direitos fundamentais entre particulares se justificam e se processam pela dimensão defensiva dos direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado. (STEINMETZ; MARCO, 2014, p. 513).

As três teses possuem destinatários praticamente iguais, isso porque enquanto a tese dos efeitos indiretos perante terceiros o destinatário é o juiz, na tese dos efeitos mediados por direitos em face do Estado os destinatários são o juiz e o legislador. Ao passo que a tese dos efeitos diretos perante terceiros o juiz é destinatário primário (ALEXY, 2015, p. 531).

Outra afinidade entre as teses é que nenhuma delas entende as relações entre particular-particular e a relação entre particular-Estado como

equivalentes. E, mais elas não desconsideram que a relação entre particular-particular é uma relação diferente, porque em ambos polos tem-se titulares de direitos fundamentais (STEINMETZ; MARCO, 2014, p. 514). Neste sentido, nenhuma das teses sustenta uma singela transposição dos direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para a relação entre cidadãos através de uma mudança de destinatários (ALEXY, 2015, p. 532).

Dessas considerações provem que, para as três teses, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares devem ser modulados. Em outras palavras significa dizer que as três teorias o efeito dos direitos fundamentais na relação entre particular-particular é uma questão de sopesamento (ALEXY, 2015, p. 532).

Segundo Alexy o sopesamento “[...] em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida. [...] Se se analisam as coisas pelo resultado, o decisivo não é a construção, mas valoração que preenche”. (ALEXY, 2015, p. 532).

Ainda que se tenha três teses distintas não é possível avaliar que apenas uma delas esteja correta quando se fala em efeitos horizontais dos direitos fundamentais. O que se pode inferir é que cada uma delas coloca em destaque algum aspecto do problema. Assim, uma construção correta dos efeitos horizontais é relevante para a solução de cada caso concreto e, também, uma compreensão precisa dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direito fundamentais no ordenamento jurídico (STEINMETZ; MARCO, 2014, p. 514).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo, pode-se concluir que a eficácia dos direitos fundamentais, incluindo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, devem sim reger as relações privadas, para que o Estado, considerado muitas

vezes como o grande Leviatã, tenha também limitações, de modo que se atinja o bem comum, independente das relações jurídicas serem de cunho privado ou não.

Outro ponto a ser observado é a jurisprudência e o Supremo Tribunal Federal já estar introduzindo o mesmo em suas posições, dando observância e embasamento a eficácia dos direitos fundamentais com relação aos particulares, fazendo-se conceber que os direitos fundamentais devem ter sua aplicação seja no direito público ou no direito privado.

Do exposto conclui-se que os particulares também são destinatários dos mandamentos dos direitos fundamentais nas suas relações, os direitos fundamentais têm aplicabilidade horizontal, ou seja, devem incidir entre os particulares. E mais, tal aplicação deve ser imediata, direta sem necessidade de leis para prever que tais e tais direitos fundamentais devem ser observados pelos particulares.

Isto posto, destaca-se a importância do Estado estar tomando posturas positivas na promoção dos direitos fundamentais, no que tange a aplicação dos direitos fundamentais também na autonomia privada, concluindo-se que essa eficácia não ameaça a autonomia da vontade, bem pelo contrário, faz com que ambos os institutos caminhem lado a lado em prol de uma sociedade mais justa e proba.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAHINTEN, A. F.; DAHINTEN, B. F. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 135-165, jul./ago., 2016.

DUQUE, M. S. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 71, p. 142-167, jul./set., 2009.

DUQUE, M. S. Os direitos fundamentais sob a perspectiva de um contrato de garantia: breves considerações. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2, p. 329-362, jul./set., 2011.

GOMES, A. P. M. A.; MENDONÇA, M. L. C. A. O direito fundamental ao esquecimento nas relações de consumo: um breve olhar sobre a Apelação Cível 70054612916 do TJRS. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 116, p. 151 – 177, Mar – Abr. 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017d199c39ecaba4b6ac&docguid=I95ea1ce0439b11e8b731010000000000&hitguid=I95ea1ce0439b11e8b731010000000000&spos=14&epos=14&td=21&context=46&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 nov. 2021.

LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H. As implicações da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção estatal (Schutzpflicht) ao Direito Privado: uma leitura a partir de sua conformação pela doutrina e jurisprudência alemãs. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 26, p. 33-60, jan./mar., 2021.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, G. F. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 365-382, ago., 2011.

MIRAGEM, B. N. B. O direito do consumidor como direito fundamental – Consequências jurídicas de um conceito. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 2, p. 25-49, abr., 2011.

NOVELINO, M. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

REVERBEL, C. E. D. Drittwirkung e ADI dos bancos: a proteção fundamental do consumidor ao não superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 17-41, mar./abr., 2017.

RODRIGUES, G. de A. A proteção do consumidor como um direito fundamental. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, v. 2, p. 189-213, abr., 2011.

ROTHENBURG, W. C. Direitos fundamentais e suas características. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, p. 1033-1048, jul./ago., 2011.

SARLET, I. W. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de expresso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151599>. Acesso em: 18 nov. 2021.

SARLET, I. W. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculados dos particulares aos direitos fundamentais. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, p. 383-442, ago. 2011.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOROMENHO-PIRES, A. C. de S. Intimidade, personalidade e a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 75, p. 155-186, abr./jun., 2011.

STEINMETZ, V.; MARCO, C. M. de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 509-518, 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/212>. Acesso em: 18 nov. 2021.

STEUBNETZ, W. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, F. H., et al. *Urgência de tutelas: por uma teoria de efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático*, 2012. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/bruno_ferreira_bini_de_mattos.pdf. Acesso em: 2 dez. 2021.

PENSANDO A TECNOVIGILÂNCIA A PARTIR DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU

Bianca Kaini Lazzaretti
Raquel Von Hohendorff

INTRODUÇÃO

Quando se ouve falar em vigilância, é comum pensar em algumas figuras icônicas consolidadas após muitas décadas de debates sobre o assunto. É o caso do Grande Irmão, entidade ficcional criada por Orwell (2014) na obra 1984, que tudo vê para tudo controlar. Outra imagem que pode vir à mente é a do panóptico de Bentham, que representa a prisão ideal, na qual os guardas têm total visão dos apenados, que por sua vez não veem nada (FOUCAULT, 1987). Porém, todos esses modelos incorporados a um certo senso comum acerca da vigilância já não dão mais conta de representar o fenômeno na atualidade.

Vivemos a era da chamada Quarta Revolução Industrial, marcada por “uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornam mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)”, ou seja, pela “Indústria 4.0” (SCHWAB, 2019). Nesse contexto, marcado pela hipercomunicação e pelo massivo tratamento de dados pessoais, já se pode falar na existência de uma vigilância mediada e possibilitada pelas novas tecnologias: a tecnovigilância.

Também na atualidade é crescente a preocupação com o destino que a humanidade vem traçando para a vida na Terra. Isso não se dá apenas com relação à forma como se exploram os recursos naturais, mas também frente a uma ampla gama de ações que impactam diretamente a dignidade da pessoa

humana. A sustentabilidade, nesse sentido, é matéria de suma relevância para pensar as consequências do agir humano.

Diante desse cenário, verifica-se a importância de atualizar os estudos acerca da vigilância com um olhar transdisciplinar e voltado para a efetivação de direitos. Por isso, o presente artigo se propõe a discutir a vigilância no contexto da Quarta Revolução Industrial à luz dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) traçados pela Organização das Nações Unidas, questionando: em que medida os Objetivos da Agenda 2030 podem ser impactados pela tendência crescente de tecnovigilância?

Para tanto, este estudo está dividido em dois capítulos. O primeiro pretende explorar a noção de vigilância na Quarta Revolução Industrial, identificando algumas tendências de sua realização com uso da tecnologia na atualidade, bem como possíveis consequências. O segundo busca apresentar a Agenda 2030 e analisar quais dos seus Objetivos podem ser impactados por essa tendência de tecnovigilância.

Nesta pesquisa de natureza qualitativa, foi utilizado o método sistêmico-construtivista, que considera a realidade como uma construção de um observador. As principais técnicas utilizadas foram de análise documental e revisão bibliográfica.

1 VIGILÂNCIA NA ERA DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A história da humanidade pode ser contada de diversas maneiras. Uma das abordagens possíveis é a que considera as profundas alterações no modo de viver como revoluções. Assim, pode-se falar na Revolução Agrícola, na Industrial e na Digital, bem como na Quarta Revolução Industrial, sentida atualmente (SCHWAB, 2019).

Enquanto a Terceira Revolução Industrial foi marcada pelo surgimento dos computadores pessoais e da Internet, dentre outros avanços tecnológicos, a Quarta Revolução constitui a evolução e a interconexão de toda essa tecnologia com outros espaços. Nas palavras de Schwab:

Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos (SCHWAB, 2019).

Dessa maneira, criam-se novas possibilidades tecnológicas com velocidade e profundidade inéditas. Com a evolução de uma computação cada vez mais minúscula, surgiu e populariza-se um mercado de produtos inteligentes, vestíveis ou que possam ser incorporados a todos os espaços da vida humana – casa, trabalho, carro etc. Esses equipamentos são conectados à Internet (cada vez mais rápida e acessível), constantemente coletando, armazenando e compartilhando dados que formam o *Big Data*,¹ tornando-se informações geralmente por meio de análises mediadas por algoritmos e inteligência artificial.²

Os impactos dessa Revolução são sentidos aos poucos e dificilmente podem ser completamente antecipados. Isso porque a incerteza é elemento constitutivo importante do risco, do qual não é possível se desvencilhar mais na sociedade contemporânea, especialmente no cenário da inovação

¹ De acordo com Hoffmann-Riem (2021), o *Big Data* pode ser definido como o uso de uma grande quantidade e variedade de dados. Ele tem cinco principais características: enorme quantidade (*High Volume*); grande variedade de tipos de dados e formas de tratamento (*High Variety*); processamento muito rápido (*High Velocity*); por meio do uso de inteligência artificial, a possibilidade de verificação de qualidade (*Veracity*); e, por fim, a criação de novas possibilidades de negócios relacionados ao uso de dados (*Value*).

² Como aponta Bioni (2019, p. 36), dados e informações, apesar de serem muito utilizados como sinônimos, não o são. Nas palavras do pesquisador: “O dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo *per se* que acresce conhecimento. Dados são simplesmente *atos brutos* que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação”.

(AREOSA, 2016). Entretanto, para que o pleno potencial tecnológico seja desfrutado e os impactos negativos sejam mitigados, é necessário pensar esses impactos a partir da realidade já conhecida.

Nesse sentido, ao olhar para o mundo atual, cercado de aparelhos que gravam som e imagem constantemente, que têm acesso irrestrito e constante aos mais diversos dados pessoais (inclusive sensíveis), em que se incentiva uma hiperconectividade e no qual é normal expor os mais íntimos detalhes de corpo e mente,³ a vigilância é uma atividade que merece atenção renovada.

Atualmente, há uma grande preocupação com a proteção dos dados pessoais coletados, processados, armazenados e tratados pelas novas tecnologias. No âmbito privado, a regulação jurídica da questão já foi encaminhada por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que estabelece diversos princípios que precisam ser respeitados pelas empresas que realizam esses procedimentos e que confere especial proteção aos dados sensíveis – aqueles que contêm aspectos que possam gerar discriminação (BRASIL, Lei nº 13.709/2018). Ainda assim, há muita discussão acerca da efetividade das disposições da lei, que é bastante recente.

Quando se pensa no tratamento de dados pessoais pelo Estado, porém, não há legislação equivalente à LGPD.⁴ O que há, na verdade, são diversas tentativas de ampliar o acesso do Poder Público aos dados pessoais por meio de ferramentas tecnológicas.

É o caso, por exemplo, do uso de reconhecimento facial para a persecução penal sem a existência de autorização legal. A Rede de Observatórios da

³ Esses aspectos são trabalhados por Han, quando trata da sociedade da transparência. O autor, reconhecendo a espécie de prazer narcisista que se tem ao compartilhar mais e mais de si no mundo virtual, aponta que, nesse contexto, “Tudo deve tornar-se visível; o imperativo da transparência coloca em suspeita tudo o que não se submete à visibilidade. E é nisso que está seu poder e sua violência” (HAN, 2017, p. 35).

⁴ Fala-se na necessidade dessa regulação, tendo sido elaborado, inclusive, anteprojeto de lei com a finalidade de proteção de dados no âmbito da segurança pública. Não se tem notícias, entretanto, do andamento da proposta. (LGPD PENAL, 2020).

Segurança realizou o monitoramento do uso dessa tecnologia na Bahia, no Rio de Janeiro, em Santa Catarina e na Paraíba, de março a outubro de 2019. Dentre 42 pessoas abordadas, 90,5% eram negras – o que revela o grande potencial discriminatório da prática (REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA, 2019). Outro artifício tecnológico usado sem previsão em lei é o espelhamento de tela do *WhatsApp* sem a autorização do suspeito como forma de vigiar suas atividades de comunicação, atividade que vem sendo reprimida pelo STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 6ª Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 99.735 Santa Catarina)

Por outro lado, há tentativas de regulamentar a possibilidade de ampliação da coleta de dados sem a contraposta limitação necessária. É o caso do projeto de lei que ficou conhecido como “PL das *Fake News*”, que trazia dispositivos que previam identificação em massa e rastreabilidade de maneira considerada desproporcional às suas finalidades (NOVO RELATÓRIO..., 2020). Se aprovada uma lei nesses termos, tem-se uma perigosa ferramenta de vigilância tecnológica, potencializada pelo disposto no Decreto nº 10.046/2019, que permite o compartilhamento de dados entre órgãos públicos.⁵

Essas iniciativas colocam em risco diversos direitos dos titulares dos dados pessoais. Pode-se falar em violação à privacidade, à autodeterminação informativa, em um contexto de provável aumento de desigualdade, supressão da liberdade e enfraquecimento das instituições democráticas, verificando-se espaço para tendências autoritárias e totalitárias. Todo esse

⁵ Esse decreto já proporcionou polêmica em 2020, quando firmou-se acordo de compartilhamento de dados pessoais entre a ABIN (agência federal de inteligência) e a SERPRO (órgão federal de processamento de dados) com base na normativa, visando a disponibilização de informações de milhões de Carteiras Nacionais de Habilitação sem justificativa clara. O caso resultou na proposição da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 695. Posteriormente, também o decreto foi posto em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6649, que se originou da Medida Provisória 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Ambas as ações estão pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal. (VITAL, 2020; OAB QUESTIONA..., 2021).

cenário vai de encontro ao que se espera da humanidade, inclusive em um programa já estabelecido e com o qual o Brasil, como muitos outros países, se comprometeu.

2 A AGENDA 2030 E OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Para compreender os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a Agenda 2030, faz-se necessário contextualizar seu surgimento e estrutura. Antes, ainda, é necessário delinear o que se entende por sustentabilidade.

Frequentemente associado a questões de Direito Ambiental, eis que é nessa área que se concentram os maiores riscos à vida futura digna na Terra, o princípio da sustentabilidade é, na realidade, mais amplo e precisa ser aplicado também a outras áreas do Direito. Nas palavras de Freitas, a sustentabilidade, em nível constitucional:

[...] determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2016, p. 43).

Como se vê em sua definição, a sustentabilidade traduz-se em princípio que orienta o Direito para o futuro, com a finalidade de garantir o bem-estar do ser humano no planeta em diversas áreas. Assim, é possível afirmar que se pretende um desenvolvimento sustentável nas áreas ambiental, econômica, social e tantas outras.

Nesse espírito, desde o ano 2000 a Organização das Nações Unidas (ONU) vem traçando recomendações para que o desenvolvimento nesses diversos setores seja realizado de maneira sustentável em um

nível internacional. Naquele ano, foram lançados os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, com 21 metas a serem buscadas pelos 191 Estados membros da ONU na época (CAL, 2019).

Posteriormente, em setembro de 2015, os 193 países da ONU adotaram uma nova programação para os próximos 15 anos: a Agenda 2030, que conta com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificados em 169 metas (CAL, 2019). Os Objetivos da Agenda 2030 são os seguintes:

Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas robustas, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resistentes e sustentáveis; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; Objetivo 14. Conservar e usar sustentavelmente dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, p. 15).

Além das metas globais estabelecidas na Agenda 2030, espera-se que os países que a adotaram fixem metas nacionais e indicadores próprios para

avaliação de seu progresso (IBGE..., 2021). Assim, trata-se de verdadeiro compromisso voltado para a efetivação de mudanças necessárias para o alcance de um futuro sustentável.

Ao pensar os impactos da vigilância tecnológica no futuro da vida em sociedade, questiona-se em que medida essa prática pode contribuir ou atrapalhar um desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, verifica-se que pelo menos dois ODS da Agenda 2030 são alcançados por ações como as narradas no capítulo anterior deste artigo: o ODS 10 e o ODS 16.

O ODS 10, focado na redução das desigualdades dentro dos países e entre eles. Ele inclui metas globais que visam: aumento da renda da população; inclusão independente de idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica etc.; eliminação de normas e políticas discriminatórias; adoção de políticas sociais em busca da igualdade; regulamentação de mercados financeiros; aumento do protagonismo de países em desenvolvimento nas instituições econômicas globais; implementação de políticas migratórias adequadas.

Com relação a práticas de tecnovigilância, a meta que é mais potencialmente afetada é a 10.3, descrita no seguinte enunciado: “Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021b). Isso porque, como visto anteriormente, já é possível verificar usos da tecnologia que se tenta incorporar em leis e em políticas públicas que abrem margem para um aumento da discriminação, especialmente racial.

Além disso, o último Relatório Luz acerca da Agenda 2030 no Brasil indica – sem considerar os impactos de novas tecnologias expressamente – que essa meta está em retrocesso. Há uma grande dificuldade em obter dados sobre violência contra grupos vulneráveis (com relação à discriminação)

junto a órgãos públicos. Inclusive, uma das recomendações do Relatório acerca do ODS 10 diz respeito à necessidade de “qualificar as informações e produção de dados públicos em direitos humanos” (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2021. p. 27). Justamente a falta de informações e transparência sobre o uso de dados dos cidadãos para garantia da segurança pública é um dos problemas que já pôde ser verificado na prática, principalmente no tocante à população negra (REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA, 2019).

Outro Objetivo potencialmente afetado por práticas de tecnovigilância é o ODS 16, que busca a paz, a justiça e instituições eficazes. Dentre suas metas, estão: a redução da violência; proteção das crianças em face de abusos e violências de diversas naturezas; promoção do Estado de Direito e do acesso à justiça; combate ao crime organizado; redução da corrupção; desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes; aumento da representatividade na tomada de decisões; fortalecimento de países em desenvolvimento em instituições globais; identificação populacional integral; garantia de acesso à informação pública; fortalecimento de instituições para combate ao crime; promoção de políticas não discriminatórias (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021a). São diversas as metas impactadas pela tecnovigilância nesse ODS.

A primeira é a meta 16.3, que busca “Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”. A meta 16.b, que diz que se objetiva “Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável” é afetada de maneira semelhante (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021a). Como visto, o uso de tecnologias de vigilância pode aprofundar a desigualdade e a discriminação na justiça brasileira.

Ademais, com práticas como a coleta irrestrita de dados, cria-se um desequilíbrio informacional que aumenta o poder estatal e pode impactar

negativamente no que se espera do Estado de Direito. Como aponta o Relatório Luz de 2021:

[...] diminuiram a transparência e circulação de informações públicas, com o aparelho estatal sendo usado contra pessoas que criticam o governo. [...] As informações sobre ações de promoção do estado de direito e garantia de igualdade de acesso à justiça são escassas e não há previsão sobre a realização de pesquisas nacionais para superar essa lacuna. Os últimos dados sobre a proporção de vítimas de violência no país que reportaram às autoridades competentes ou a outros organismos de resolução de conflitos são de 2010 e a realização de novos levantamentos pelo IBGE está indefinida pelos cortes de orçamento. Também os dados do INFOPEN atual sofreram alterações significativas pelo atual governo (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2021, p. 94).

Também nesse sentido é o risco à meta 16.6, que prevê “Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021a). A coleta de dados muitas vezes é realizada sem a devida transparência acerca dos meios e finalidades, além de ser feita de maneira irresponsável, sem nenhuma prévia previsão legal – especialmente no tocante aos atores envolvidos, as técnicas utilizadas etc.

Além dessas, a meta 16.10 também está especialmente ameaçada. Ela diz que é necessário “Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais”. Retoma-se o problema de acesso à informação, já mencionado acima.

Por fim, a meta 16.a merece especial atenção. Ela fala em:

Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2021a).

A grande dificuldade está em como fortalecer as instituições para o combate à violência e ao crime sem permitir que sejam violados direitos fundamentais. As tecnologias que oferecem novas ferramentas a essas instituições muitas vezes são adotadas sem uma preocupação com esses direitos, focando tão somente nos possíveis benefícios. Para que essa meta seja alcançada sem prejuízo às demais, é necessário que se regule propriamente as inovações tecnológicas aplicadas à garantia da segurança pública, sem permitir que a esperança de um processo penal efetivo obscureça o potencial totalitário e discriminatório da vigilância.⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Quarta Revolução Industrial é marcada por um avanço amplo e intenso de novas tecnologias. Ao passo que elas introduzem na sociedade diversas possibilidades inovadoras com resultados benéficos, também oferecem riscos em certos aspectos. É o caso da realização de atividades de vigilância com o uso de ferramentas tecnológicas, que podem incluir a coleta dos mais distintos dados pessoais (inclusive sensíveis), muitas vezes sem observar direitos fundamentais.

Entretanto, se tem um projeto de desenvolvimento da vida em sociedade na Terra. Mais especificamente, para este trabalho, foi considerada a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável da ONU. Sustentabilidade, aqui, representa a criação de possibilidades de um futuro digno a todos os seres humanos no planeta – e isso pode ser feito por meio do estabelecimento de metas claras a serem perseguidas pelo maior número de Estados possível.

Assim, esse artigo buscou compreender em que medida a tendência de adoção de medidas de tecnovigilância pode impactar o andamento dos ODS

⁶ Como foi o caso de uma norma que permite a coleta de dados pessoais sensíveis e foi alvo de diversas críticas pela forma como se constitui: a Lei 12.654/2012, que autorizou a coleta de DNA para fins de investigação criminal.

fixados para 2030. Conclui-se que, apesar de representarem uma possibilidade de avanço na meta 16.a do ODS 16, as práticas de vigilância tecnológica têm um grande potencial de agravar o retrocesso nas metas 10.3, do ODS 10, e 16.3, 16.6, 16.10 e 16.b do ODS16. A grande questão que fica para trabalhos futuros é como conciliar os avanços tecnológicos na área da segurança pública sem prejudicar o exercício de direitos fundamentais reconhecidos.

REFERÊNCIAS

AREOSA, J. A globalização dos riscos sociais e os acidentes tecnológicos. *Pensamiento Americano*, Barranquilla, v. 9, n. 17, p. 151-176, jul./dic. 2016.

BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, p. 2, 10 out. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1 (texto original), 29 mai. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 59, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 99.735 Santa Catarina*. Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e processo penal. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Autorização judicial de espelhamento, via *whatsapp web*, das conversas realizadas pelo investigado com terceiros. [...]. Recorrentes: A C DA C, D C DA C. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/YcmT6m3>. Acesso em: 3 abr. 2021.

CAL, C. M. Histórico ODM. In: SECRETARIA DE GOVERNO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: ODS*. [S. l.], 16 dez. 2019. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/ods/assuntos/copy_of_historico-odm. Acesso em: 15 ago. 2021.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27. ed. [S. l.]: Petrópolis, 1987.

FREITAS, J. Sustentabilidade: conceito. In: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 25-57.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. *V Relatório Luz da Sociedade Civil: Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável Brasil*. [S. l.]: GTSC A2030, 2021.

HAN, B. C. *Sociedade da transparência*. Petrópolis: Vozes, 2017.

HOFFMANN-RIEM, W. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

IBGE. Indicadores brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Secretaria Especial De Articulação Social. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/home/agenda>. Acesso em: 13 ago. 2021.

LGPD PENAL: anteprojeto de lei disciplina proteção de dados em investigações criminais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-31/anteprojeto-disciplina-protecao-dados-investigacoes-criminais>. Acesso em: 28 fev. 2021.

NOVO RELATÓRIO do PL das Fake News mantém identificação e vigilância em massa. *In: Coalizão Direitos na Rede*, Brasília, DF, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://plfakenews.direitosnarede.org.br/novo-relatorio-do-pl-das-fake-news-mantem-identificacao-e-vigilancia-em-massa/>. Acesso em: 25 jun. 2021.

OAB QUESTIONA decreto presidencial sobre compartilhamento de dados dos cidadãos. *In: Supremo Tribunal Federal*, Brasília, DF, 25 jan. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459125>. Acesso em: 28 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Paz, Justiça e Instituições Eficazes. *In: Nações Unidas Brasil*. Brasília, DF, 2021a. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 23 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Redução das desigualdades. *In: Nações Unidas Brasil*. Brasília, DF, 2021b. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/10>. Acesso em: 23 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil, 2015. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desensust/Agenda2030-completo-site.pdf. Acesso em: 13 ago. 2021.

ORWELL, G. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. Retratos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. [S. l.]: CESEC, 2019. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2019/11/1relatoriorede.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2021.

SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: EDIPRO, 2019.
E-book (não paginado).

VITAL, D. Gilmar Mendes mantém ação sobre compartilhamento de dados da CNH. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/decreto-cai-gilmar-mantem-acao-troca-dados-cnh>. Acesso em: 25 jun. 2021.

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À PROTEÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS

Haide Maria Hupffer
Murilo Haupenthal

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias proporcionam o desenvolvimento de questões que até então eram inimagináveis. Dentre elas, destacam-se as inovações relacionadas à medicina e à pesquisa genômica. A coleta e análise de dados genéticos, o sequenciamento genético, os ensaios clínicos e científicos para o tratamento personalizado de doenças e os testes genéticos já são uma realidade em diversos países. Todas essas tecnologias aplicadas à saúde e ao bem-estar dos cidadãos possibilitam inúmeros benefícios.

No entanto, muitas vezes, as vantagens advindas destas novas tecnologias são utilizadas como argumento para o seu desenvolvimento desenfreado, sem a análise de premissas éticas, legais e científicas, o que requer precaução e a análise dos potenciais riscos. Também, a partir da utilização dessas novas tecnologias aplicadas à medicina e à pesquisa genômica, várias são as informações e dados genéticos coletados e tratados pelos mais diversos atores globais.

Relacionado a isso, diversos países e organizações internacionais buscam regular o tratamento e a utilização dos dados pessoais, por meio de regulamentos e legislações. No Brasil, a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) possibilitou diversos avanços na legislação ao proteger os direitos fundamentais dos cidadãos inseridos na sociedade da informação. Dentre os dados que estão protegidos pela LGPD, estão os dados sensíveis, os quais demandam maior atenção, na medida em que tocam em

características ou informações mais delicadas do ser humano, como convicção religiosa, política e ideológica, a origem étnica e racial, e, também, os dados genéticos. Se utilizados indevidamente, o vazamento de dados genéticos, uso ilícito ou para fins comerciais podem causar danos irreparáveis à dignidade, privacidade e igualdade do ser humano.

Frente a esse cenário, busca-se inicialmente analisar a perspectiva histórica da proteção de dados, desde os primórdios das noções do direito à privacidade, o nascimento da proteção de dados e sua independência como instituto, as várias gerações das legislações de tutela das informações pessoais até o atual estado da arte da proteção de dados, inclusive no ordenamento jurídico nacional. Após a análise histórica do direito à privacidade e proteção de dados, passa-se à análise da situação atual do direito à privacidade e sua fundamental relação com os direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana. Por fim, a intenção é observar o que são dados genéticos, quais os principais riscos e situações em que podem ocorrer violações das informações genéticas e se o cidadão pode exercer a autodeterminação sobre esses dados, bem como se a LGPD confere segurança jurídica ao uso dos dados genéticos.

A pesquisa é qualitativa, de caráter exploratório e com apoio no método dedutivo. As técnicas de pesquisa utilizadas neste estudo são as bibliográficas e a documental.

1 DO DIREITO DE SER DEIXADO SÓ À PROTEÇÃO MODERNA DOS DADOS PESSOAIS

Diante do aumento significativo do volume de tratamento de dados pessoais e de sua importância, sobretudo em razão do avanço das tecnologias, os instrumentos da proteção de dados também se tornaram mais concretos. Esta proteção desenvolveu-se em vários países e reproduziu certo grau de

semelhança entre as legislações. Em suma, essas legislações, em razão do grau de importância jurídica dos dados pessoais, buscam instituir direitos e garantias aos cidadãos relativos à proteção de seus dados e a possibilidade de conferir maior controle às pessoas sobre seus dados. Também, impõe limites às possibilidades de utilização dos dados e prevê a necessidade de seu tratamento lícito. Com bases relacionadas à proteção à privacidade e com o revigoramento dos direitos individuais, a estruturação da proteção de dados passou a ter maior robustez a partir do momento em que o processamento automatizado dos dados passou a representar riscos por si mesmo, independente de outros fatores. Atualmente, o ponto central das legislações continua sendo a proteção aos dados pessoais, “mas também à higidez do Estado democrático, à liberdade de informação e expressão, à segurança jurídica para os mercados, entre tantas outras” (DONEDA, 2021, p. 22).

A noção de privacidade no direito remonta ao ano de 1361, quando, na Inglaterra, foi prevista a pena de prisão para “espiões e bisbilhoteiros”. Esta noção de privacidade está relacionada ao comportamento e à mídia. Posteriormente, no Século XVIII, o aspecto da privacidade é moldado a partir de um ponto de vista territorial, a fim de garantir a proteção de intromissão ou invasão à propriedade. No entanto, é a partir do artigo *The Right to Privacy* que a privacidade passou a ser discutida de forma intensa, principalmente em razão do advento da fotografia moderna e da imprensa. Mais tarde, na década de 1930, em razão do início do desenvolvimento da telefonia, é intensificada a chamada privacidade da comunicação, em razão da realização de escutas telefônicas. Após, com os experimentos médicos e agressões realizadas durante a Segunda Guerra Mundial, a privacidade corporal é seriamente violada. A partir de 1960, com o crescente do uso de tecnologias e processamento de dados, é acentuado o desenvolvimento da proteção e da privacidade da informação (LANGHEINRICH, 2001, p. 274).

Embora tenha apresentado os mais diversos sentidos nas diferentes épocas, conforme panorama geral acima apresentado, a noção de privacidade começou a ser abordada de forma mais robusta no final do século XIX. A doutrina moderna teve como marco inicial o artigo de Brandeis e Warren, intitulado de *The right to privacy*, que inicialmente possuía um cunho individualista, com a noção do direito de ser deixado só. Esta noção individualista também teve, inicialmente, cunho elitista, considerando que a tutela destes direitos somente era conferida a pessoas das classes sociais mais altas, situação que começou a ser alterada com o passar do Estado Liberal ao *Welfare State*, com os movimentos sociais e diante das mais diversas reivindicações da população. Além disso, o desenvolvimento do *Welfare State* também resultou na necessidade de possuir um maior número de informações da população para a melhor eficiência da administração pública, o que era e ainda é feito por meio de sensores e pesquisas, por exemplo, além do Estado buscar os dados pessoais para o exercício do controle social. Assim, quem primeiro passou a utilizar os dados pessoais em larga escala foi o Estado. Após, com o avanço das tecnologias e a diminuição dos custos, a coleta e tratamento destes dados passa a ser utilizada também fora da esfera estatal, o que resulta no que hoje tem-se da relação entre privacidade e informação pessoal (DONEDA, 2020, p. 31-34).

Para Warren e Brandeis (1890, p. 193), a proteção da pessoa e sua propriedade é tão antiga quanto o direito comum, mas deve-se, corriqueiramente, observar-se e definir de forma precisa a extensão desta proteção, em razão das mudanças sociais, políticas e econômicas que acabam por originar novos direitos.

O direito à vida foi ampliado, passando a abarcar também o direito de ser deixado sozinho. O direito à propriedade passou a tutelar também todas as formas de posse, inclusive intangíveis. E o direito à liberdade passou a assegurar o exercício de todos os direitos civis. Assim, tem-se a tutela jurídica, inclusive,

das sensações. A legislação passou a proteger o indivíduo contra incômodos, como ruídos, fumaça, vibração, entre outros. O desenvolvimento legislativo era necessário pois a intensificação das sensações mostrou que apenas parte da dor ou prazer advém do estado físico. O alargamento do tema da privacidade deveria ser levado ao direito de ser deixado em paz, considerando que, já naquela época, fotos instantâneas e jornais já circulavam ocasionando na exposição dos indivíduos (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193-195).

A proteção de dados pessoais é intensificada após a Segunda Guerra Mundial, principalmente com a tentativa de criação dos projetos conhecidos como *National Data Center* e SAFARI. O *National Data Center* foi proposto por volta de 1965 nos Estados Unidos da América pelo Escritório do Orçamento para reunir todas as informações pessoais dos cidadãos norte-americanos em um único banco de dados, centralizando as informações disponíveis nos vários órgãos da administração. No entanto, seus precursores não levaram em consideração a necessária preocupação com a privacidade dos titulares dos dados. Já na época, a prática foi apontada como afrontosa à privacidade em razão de todas as informações estarem concentradas e à mercê de seus controladores, bem como em razão do aumento do poder do Estado. Após a realização de audiências públicas e da crítica da comunidade científica, o Congresso estadunidense não apoiou o projeto, sendo ele posteriormente encerrado (DONEDA, 2020, p. 154-165).

Já o *Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus* - SAFARI, foi uma iniciativa do governo francês no início da década de 1970 que pretendia facilitar o armazenamento dos dados dos cidadãos, criando um sistema automatizado e migrando os dados para o meio digital. Cada cidadão passaria a ser identificado por um número, já conferido no nascimento. Da mesma forma que o projeto norte-americano, seus idealizadores não analisaram de forma satisfatória os problemas envolvendo os direitos dos titulares. Como no caso do *National Data Center*,

após críticas ao projeto, este foi encerrado e, posteriormente, elaborada uma comissão cujo trabalho rendeu a lei francesa de proteção de dados, de 1978 (DONEDA, 2020, p. 157-158).

Na Suécia, em 1973, tem-se a criação do Estatuto para banco de dados, formado para extrair e controlar os dados da população. De igual modo, em 1974, no Estados Unidos da América, é criado um banco de controle de dados semelhante ao modelo sueco, mas que proibia as agências governamentais de tornar os dados públicos ou repassá-los sem o conhecimento do titular. Tratam-se, portanto, de normas de primeira dimensão, que buscavam a autorização do titular para uso, de forma quase única, dos entes governamentais (FLORES; SILVA, 2020, p. 6-7)

Entre as primeiras criações legislativas, estão a lei do Land Hesse da Alemanha, de 1970; o já citado Estatuto para bancos de dados da Suécia de 1973 (*Data Legen 289* ou *Datalag*); e o *Privacy Act* norte-americano de 1974. Embora seja a primeira geração de leis de dados pessoais, logo foram ultrapassadas pelo desenvolvimento tecnológico, surgindo a segunda geração, liderada pela já citada lei francesa de 1978, a *Informatique et Libertés*, considerando a proteção de dados como uma liberdade negativa, citando-se também a lei austríaca (DONEDA, 2020, p. 165-167).

Em que pese o Estado alemão de Hesse tenha aprovado a primeira lei de proteção de dados, a lei norte-americana de 1974 foi uma das mais influentes. Entre os princípios que esta lei estabeleceu, relacionados à noção de práticas justas, baseadas em trabalho do economista Alan Westin da Universidade de Columbia, podem-se citar os principais, tais como o de (i) transparência e abertura, visto que não podiam existir registros ocultos; (ii) participação, pois o indivíduo tem o direito de conhecer os dados e corrigi-los; (iii) limitação de coleta, considerando que deve haver proporcionalidade entre o objeto de coleta e os dados coletados; (iv) qualidade, já que os dados devem ser relevantes para o fim almejado; (v) limitação de uso, eis que os

dados só poderiam ser usados para finalidade específica; (vi) segurança, porque os dados, principalmente os mais sensíveis, devem ser revestidos de segurança adequada; e (vii) responsabilidade, já que os detentores dos dados devem atender ao cumprimento dos princípios. Não obstante, estes princípios tenham sido incorporados nas legislações ao redor do mundo, no seu país de origem não obteve grande êxito (LANGHEINRICH, 2001, p. 275).

Diante da já informada insuficiência das legislações de primeira dimensão, são criadas normas de segunda dimensão, ainda na década de 1970, inseridas, por exemplo, na Constituição Portuguesa e Espanhola, que buscavam identificar as ocasiões nas quais os dados pessoais estavam sendo mal utilizados, podendo o titular exercer maior controle sobre os dados, ao invés de somente autorizar ou não o seu uso (FLORES; SILVA, 2020, p. 7-8).

A terceira geração de normativas surge na década de 80, e além de conferir ao cidadão a possibilidade de fornecer ou não seus dados pessoais, buscou garantir efetividade a esta liberdade, o que teve como marco a decisão da Corte Constitucional Alemã. A sentença, de 1983, é do ano em que estava previsto o término dos trabalhos do censo da República Federal da Alemanha e que acabou gerando desconfiança entre os cidadãos em razão do modo de coleta dos dados, considerando que na lei que organizava o censo constavam 160 perguntas que deveriam ser respondidas, entre elas (i) a possibilidade de confrontar os dados com o registro civil para eventual retificação do registro, (ii) autorização de que os dados pudessem ser transmitidos às autoridades federais e a (iii) existência de multa elevada para quem não respondesse ao questionário, além (iv) de mecanismo para incentivar as pessoas a denunciarem tal ato, favorecendo-as. A lei de proteção de dados existente no país não ofereceu resolução a estes problemas. Assim, a Corte suspendeu provisoriamente o censo e declarou trechos inconstitucionais da referida lei. Um dos fundamentos foi de que os dados seriam usados tanto para fins

estatísticos, quanto para fins administrativos, o que afronta ao princípio da finalidade da coleta de dados (DONEDA, 2020, p. 158-168).

Com o avanço tecnológico, na década de 1980 são criadas as regras de terceira dimensão, que buscam, em síntese, valorizar a autodeterminação informativa do titular e os meios a efetivar essa liberdade. Após, passa-se a dimensão de leis atuais, cujo principal objetivo é suprir as lacunas existentes das dimensões anteriores e buscar o tratamento de forma coletiva ao invés da individual (FLORES; SILVA, 2020, p. 8-9).

No ano de 1995, foi aprovada a Diretiva 95/96/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que trata da proteção das pessoas singulares, em especial, no que diz respeito a proteção dos dados, das liberdades e dos direitos fundamentais, do direito à vida privada em relação ao tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados de um Estado-membro para outro. A Diretiva deixa claro que há limites para a livre circulação de dados, como o de assegurar que os princípios da proteção devem ser aplicados a todo e qualquer tratamento de dados pessoais. Cada Estado-membro, por força do art. 5º, deverá especificar as condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais. (COMUNIDADE EUROPEIA, 1995).

Foram dois grandes impactos gerados pela diretiva 95/46/EC. O primeiro é relativo à limitação de transferência de dados a países que possuíssem nível de segurança adequado à lei. Assim, vários foram os países a adequar-se às determinações. O segundo principal impacto é a previsão de consentimento explícito, ou seja, é necessário a expressão inequívoca de vontade do titular dos dados, salvo exceções relacionadas às disposições legais ou contratuais (LANGHEINRICH, 2001, p. 276).

Em 25 de maio de 2018 entrou em vigor o detalhado e robusto Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu, conhecido como *General Data Protection Regulation - GDPR*, ou Regulamento Geral para a Proteção de Dados (GPDR) na tradução livre. O regulamento busca conferir maior

empoderamento dos dados ao titular e, nos termos de Blum, “além de estabelecer os pilares para uma estrutura funcional de proteção a dados pessoais, o GDPR é um documento que supera o básico, ousando levantar detalhadamente as paredes de um refinado edifício de tutela de direitos”. Todo o arcabouço legal previsto pelo GDPR foi possível em razão do caminho aberto pela Diretiva 95/46/EC. Os princípios e objetivos do documento anterior permanecem válidos no novo regulamento, mas o desenvolvimento tecnológico acelerado e o aumento da circulação de dados expuseram a necessidade de ampliação da sua proteção (BLUM, 2018, p. 206-207).

A estruturação da proteção aos dados pessoais no Brasil é recente. Na Constituição Federal, há previsões relacionadas à inviolabilidade da vida privada e intimidade (art. 5º, X), inviolabilidade de interceptações telefônicas, telegráficas e de dados (art. 5º, XII), e de garantia ao acesso e retificação de dados pessoais, o *habeas data* (art. 5º, LXXII). Relacionados à privacidade, verifica-se a proibição de invasão de domicílio (art. 5º, XI) e violação de correspondência (art. 5º, XII). No entanto, parte da doutrina aduz que a proteção do art. 5º, XII, seria em relação à comunicação, e não aos dados. Infraconstitucionalmente, tem-se previsões esparsas na legislação civil, penal, processual, consumerista, dentre outros, que, de algum modo, buscam tutelar a privacidade. Um exemplo verifica-se no Código de Defesa do Consumidor, que prevê o limite de 5 (cinco) anos em registros de dados negativos dos consumidores (DONEDA, 2020, p. 266-272).

Ainda em relação aos termos utilizados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 5º, inciso X, em que consta que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988), tem-se que o termo “intimidade” mostra a busca pela tutela de eventos mais particulares e pessoais, com aspectos do direito à tranquilidade ou ao direito de ser deixado só. Já em “vida privada”,

o termo dá a impressão de pretender distinguir as ações da vida pública com a vida privada. No entanto, a Constituição não traz conceituação precisa dos termos (DONEDA, 2020, p. 80).

O fortalecimento da proteção de dados no Brasil ocorreu a partir de sua associação ao direito à privacidade. Inclusive, “uma parte dominante dos temas de proteção de dados no Brasil pode ser lida à luz dessa evolução do direito à privacidade e sua aplicação em situações específicas”. O reconhecimento do direito à privacidade como uma faceta dos direitos de personalidade teve progressão contínua, o que culminou na sua previsão constitucional, conforme já informado, no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Após, verifica-se, também, o reconhecimento do direito à privacidade no Código Civil, no art. 21 da legislação civilista. No entanto, as previsões não foram suficientes para enfrentar as novas possibilidades advindas da inovação tecnológica. Também, algumas situações foram tratadas em legislações específicas, como no Código de Defesa do Consumidor, o que diminuiu a exigência específica para a criação de proteção emancipada de proteção de dados. Após tentativas infrutíferas de criação de leis para a proteção de dados, uma das primeiras ferramentas disponíveis aos cidadãos de acesso e retificação de dados pessoais foi o habeas data, introduzido pela Constituição Cidadã. No entanto, a ação constitucional regulamentada por lei em 1997 também, não obteve êxito no enfrentamento aos desafios originados pelo tratamento de dados (DONEDA, 2021, p. 29-31).

Um dos importantes passos do ordenamento jurídico brasileiro em direção à autodeterminação informativa foi o Código de Defesa do Consumidor, com o estabelecimento da proteção à privacidade do consumidor, necessidade de transparência nas relações de consumo, ao encontro dos princípios da proteção de dados pessoais. Uma das previsões mais importantes da legislação está no art. 43, relacionado às informações existentes do consumidor em bancos de dados e cadastros, com o controle

do consumidor sobre seus dados, a instituição da necessidade de notificação do consumidor em caso de inserção no cadastro, bem como a garantia de acesso aos dados e o lapso temporal de possibilidade de armazenamento de cinco anos (CRAVO, 2020, p. 117-118). Aliás, muitas demandas relacionadas aos dados pessoais possuem como pano de fundo o CDC, já que também se apresentam como relação de consumo e a lei prevê sistema de proteção adaptável a diversa hipóteses. Também, o já citado art. 43 do diploma legal, que enfatiza o entendimento de que o consumidor possui direito sobre seus dados, promoveu novo debate que ocasionou na promulgação da lei conhecida como Lei do Cadastro Positivo (DONEDA, 2021, p. 33).

A Lei do Cadastro Positivo de 2011 versa sobre a autorização para criação de banco de dados, estabelecendo regras da proteção dos dados relacionados ao adimplemento dos cidadãos. A Lei prevê regras sobre consentimento, relacionado à autodeterminação informativa, e a proibição de armazenamento de informações sensíveis (CRAVO, 2020, p.118). Além destes conceitos, a lei também dispõe sobre os conceitos como o da transparência, finalidade, segurança, minimização, entre outras, utilizando-se da sistemática de proteção de dados já verificada em outros países (DONEDA, 2021, p. 33).

Do mesmo período é a chamada Lei de Acesso à Informação, que estabeleceu avanços importantes em relação aos dados pessoais dos dados não pessoais e introduziu importantes definições na legislação (CRAVO, 2020, p.118). A lei versa sobre o princípio da transparência previsto na Constituição, e prevê, conforme já informado, o que é dado pessoal, inclusive com posterior confirmação pela LGPD, versando especificamente sobre o tratamento das informações pessoais pelo poder público (DONEDA, 2021, p. 33).

De igual modo, o Marco Civil da Internet de 2014 estatuiu diversos direitos e determinações relacionadas ao uso dos dados pessoais, criando um arcabouço legal para usuários da internet, ainda que sua finalidade não seja a proteção das informações pessoais. Inclusive, a lei sinaliza no art. 3º,

III, que um de seus princípios é a proteção de dados pessoais na forma da lei, ou seja, mesmo que não de forma expressa, a lei já sinaliza sobre a legislação vindoura referente ao tema (DONEDA, 2021, p. 34). Além disso, a lei trouxe um indicativo da necessidade de ter-se uma lei voltada à proteção dos dados pessoais, quando então, em 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados, sob o prisma da inovação e da tecnologia, estabelecendo regras e princípios sobre o tema. Os princípios, neste aspecto, são importantes para conferir suporte às normas, valores de inspiração da lei e interpretação da legislação (CRAVO, 2020, p.118-119).

Os objetivos da LGPD podem ser apontados como a busca pela sistematização das questões relacionadas à proteção de dados pessoais, formando a base para a matéria organizar-se, criando novos institutos, conceitos, princípios e direitos dos titulares, em razão do risco relacionada à atividade de tratamento de dados, proporcionando equidade nos vários setores que busca regular, tanto privado quanto público, por tratar-se de regramento geral. Há impressão de que a lei não é capaz de tutelar de forma completa a matéria, diante dos vários conceitos exógenos à prática jurídica brasileira, no entanto, “acabou, em face da intensidade dos debates e iniciativas para obter o retorno da sociedade, por se amoldar ao perfil do nosso ordenamento jurídico” (DONEDA, 2021, p. 37).

Em seu art. 1º, a LGPD deixa claramente exposto seu objetivo fundante que é o de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade”. No art. 2º são elencados os fundamentos à proteção de dados, como: a dignidade; os direitos humanos; a privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o exercício da cidadania. A lei apresenta, no inciso II do art. 5º conceitua dado pessoal sensível como os dados “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a

organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Por sua vez, no art. 6º apresenta o rol exemplificativo dos princípios que fundamentam as atividades de tratamento de dados pessoais que deverão observar a boa-fé e estão assentados nos seguintes princípios: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso aos titulares dos dados, garantia de qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação; responsabilização e prestação de contas (BRASIL, 2018).

O Congresso Nacional promulgou em 10 de fevereiro de 2022 a Emenda Constitucional nº 115, que inseriu a proteção de dados pessoais como direito fundamental no inciso LXXIX do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, a proteção de dados pessoais passa a ser cláusula pétrea e fundamenta que os dados e as informações pessoais pertencem ao indivíduo. A promulgação da EC é fundamental no atual momento em que a vida foi virtualizada o que passa a exigir ainda mais proteção.

2 DIREITO À PRIVACIDADE, À DIGNIDADE E DIREITOS DE PERSONALIDADE APLICADOS À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Com o desenvolvimento da sociedade e, por consequência, do direito, os conflitos estabelecem-se e obrigam o Sistema Político e o Sistema Jurídico a regular as relações daí advindas. Da mesma forma que a revolução industrial obrigou a regular a propriedade industrial, o aumento significativo da tecnologia torna necessária a regulação da informação, mais precisamente dos dados pessoais. Este desenvolvimento acarreta na “evolução das relações sociais, econômicas e políticas, a sociedade torna-se cada vez mais complexa, despontando novos vínculos em razão do desenvolvimento tecnológico e científico”. Um destes exemplos foi a invenção do filme fotográfico, tornando possível sua utilização para os mais variados fins, possibilitando, por via

reflexa, o registro da privacidade de terceiros, fato posteriormente abordado no importante e já mencionado artigo de Warren e Brandeis antes mesmo da privacidade ser tutelada (MIHICH, 2021, p. 18-19).

Apoiada na teoria de Amitai Etzioni, Machado (2014, p. 59-60) defende a existência de três fases do direito à privacidade. Na primeira fase do direito à privacidade, ainda com conceituação pouco precisa, eram utilizados os conceitos de propriedade para abordar a privacidade, relacionando os dois institutos. A inauguração da segunda fase ocorre com a utilização do artigo de Warren e Brandeis para conferir autonomia à matéria, diferenciando-a do direito à liberdade e outras disciplinas. Neste cenário, a privacidade é identificada por um viés individualista e patrimonialista, com a ascensão da burguesia, atrelada às possibilidades originadas pelas mudanças socioeconômicas (MACHADO, 2014, p. 59-60).

Ao abordar sobre o entusiasmo da humanidade em relação as inovações tecnológicas, Thibes (2017, p. 319) alerta que as novas tecnologias da informação trazem a perda progressiva da privacidade. Entretanto, não deve ser lido como um fenômeno recente, visto que muitas dessas ameaças advêm de um processo social bem mais antigo e amplo que a internet e as NTICs. O que atualmente se observa é uma excessiva exposição da vida privada nas redes sociais e em outras formas de relacionamento online, tornando-se um fenômeno praticamente em todos os continentes e, em especial, entre as novas gerações. Resguardar a vida privada, tornou-se extremamente difícil no capitalismo conexcionista e nos processos de justificação da esfera econômica e política. Torna-se cada vez mais relevante refletir sobre a capitalização da exposição de dados pessoais e as consequências que assumem no presente e que caminham “na direção da expansão do capital em direção a espaços antes inabitados por sua lógica: o lar, a intimidade, a personalidade e a vida pessoal” (THIBES, 2017, p. 340-342)

Os avanços no tratamento e coleta de dados impactaram na análise do conceito de privacidade, que tradicionalmente estava voltado à defesa da esfera privada do indivíduo, com a noção do direito de ser deixado só, que perdeu importância à perspectiva do controle das informações relativas ao indivíduo. Este último aspecto estava presente na noção clássica, mas a noção individualista do conceito estava voltada, sobretudo, acerca do meio para chegar ao fim almejado, qual seja, ser deixado só. Aliás, conforme Stefano Rodotà (2008, p. 23-26), a privacidade está associada à ruptura do sistema feudal, já que os indivíduos possuíam fortes ligações entre si, sendo o isolamento uma vantagem de poucas pessoas, tais como monges ou pastores, posteriormente sendo um privilégio daqueles que detinham possibilidades e os meios necessários, sobretudo a classe burguesa.

A terceira fase é inaugurada a partir de julgados relacionados à matéria de reprodução humana, em especial o caso *Roe v. Wade* de 1973, no qual foi ampliado o direito à privacidade, ocasião na qual é eliminada a proibição ao aborto, dentro de determinados critérios, o que evidencia as possibilidades restritivas ou abrangentes do direito à privacidade, e que pode envolver desde o controle sobre dados pessoais, liberdade de pensamento e direito ao próprio corpo. Aliás, a própria conceituação do direito à privacidade mostra-se indeterminada, com uma conclusão por vezes insuficiente de sua concepção. De um lado, tem-se as conceituações unitárias, baseadas no impedimento de interferências alheias, a proteção das informações pessoais, o direito de ser deixado só e, de outro lado, a noção geral de privacidade, que abarca todas estas hipóteses (MACHADO, 2014, p. 60).

Embora também afirme sobre a dificuldade em apresentar conceito preciso sobre o instituto, Sarlet (2022, p. 203) indica que o direito à privacidade se refere ao controle das informações pelo indivíduo que digam respeito àquela pessoa e o direito de ser deixado em paz, para promover sua identidade “e especialmente no sentido da garantia de um espaço para

seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados”. Acerca da existência de níveis de distinção da proteção à privacidade, há como distinguir a existência, em razão da afinidade com a dignidade da pessoa humana, que há, ao menos, o âmbito que é insuscetível de intervenção, e outra esfera mais flexível, em que há possibilidade de intervenção com o atendimento de critérios proporcionais (SARLET, 2022, p. 203).

Sobre a privacidade, também, cabe referir e contextualizar acerca dos direitos de personalidade na qualidade de direito fundamental, dado que a propriedade da personalidade são seus fundamentos, “como a vida, a liberdade, a saúde, a identidade, a integridade física e moral, a honra, a privacidade, a liberdade, a intimidade, todos corolários da dignidade da pessoa humana”. Estes direitos, além de inerentes ao ser humano e que refletem em diversos outros deveres e direitos, são “absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, características ainda hoje repetidas na legislação pátria e estrangeira” (RUSSO, 2019, p. 19-20).

Não diferente é o entendimento de Sarlet (2022, p. 201) que, ao dispor sobre as características usualmente conferidas aos direitos de personalidade, indica que “podem ser elencadas quatro, que, em termos gerais, têm sido objeto de substancial consenso: (a) a universalidade; (b) o seu caráter absoluto; (c) o seu caráter extrapatrimonial; (d) a sua indisponibilidade”.

Acerca da mitigação do direito à privacidade e, inclusive, das possibilidades de sua extinção, Benevides (2021, p. 263) aduz que é direito à privacidade “acha-se atrelado à dignidade da pessoa, e se sua finalidade é a autonomia, a autodeterminação informativa e a liberdade de escolher e controlar seus próprios interesses e opções existenciais”, sendo impensável a possibilidade a partir do ordenamento jurídico. Para a proteção do direito à privacidade e, conseqüentemente, da personalidade da pessoa humana e das liberdades civis, e a fim de coibir o avanço da mitigação à privacidade,

algumas medidas são necessárias, tais como a observação ao ordenamento jurídico e o desenvolvimento de método educacional humanizado como medida a longo prazo (BENEVIDES, 2021, p. 263).

A privacidade desenvolveu-se no caminhar da evolução da sociedade inserida no meio digital, do controle social e seu conceito sofreu alterações. A livre realização do direito à privacidade

encontra-se intrinsecamente conexo à securidade dos mecanismos da proteção de dados, e esse liame corresponde a uma nova dimensão do mesmo direito da personalidade. Nessa dimensão, a dignidade da pessoa humana é como um farol para a privacidade, indicando o norte, a rota segura e a persistência em manter a segurança de um valioso patrimônio, consistente tanto na bagagem anterior de intimidade – inseparável da essência da pessoa humana, quanto à pretendida conquista do controle das informações ou dados pessoais, sob a tutela desse direito que ainda navega por mares revoltos, tentando não ir à deriva (BENEVIDES, 2021, p. 263).

Aliás, em relação à informada nova dimensão do direito à privacidade e sua evolução, de acordo com Joelsons (2021, p. 44), poucos institutos jurídicos passaram por tantas transformações desde a metade do século XX quanto o direito à privacidade. O que anteriormente era relativo somente a algumas hipóteses, como a revelação da intimidade de pessoas influentes por fotografias, hoje é percebida por grande parcela da população, ante a grande coleta de dados pessoais em tarefas cotidianas, tais como os cadastros para beneficiar-se de programas sociais, as relações de consumo e de trabalho, entre outras, o que motivou a mudança de foco aos riscos ao direito de personalidade e, por via reflexa, da privacidade. A grande exposição destes dados, inclusive sensíveis, acarreta na criação de perfis dos usuários mediante a coleta, o que afeta o poder de decisão dos cidadãos, verificando-se que a “proteção do direito à discricção, ao anonimato, à solidão, ou a ser deixado só, não mais atendem às demandas da sociedade tecnológica contemporânea”, já que os citados perfis acabam por intervir na livre evolução da personalidade das pessoas (JOELSONS, 2021, p. 45-46).

Acerca do livre desenvolvimento da personalidade, nem sempre a cláusula geral do direito de personalidade está prevista em outras constituições, já que na Lei Fundamental alemã, por exemplo, há previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que a partir da doutrina e da jurisprudência daquele país foi desenvolvido a partir deste dispositivo um direito geral de personalidade. É o caso, também, das constituições da Espanha e Portugal. Em que pese a menção expressa ao direito geral de personalidade, “tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm recorrido ao princípio da dignidade da pessoa humana como principal fundamento de um direito (implícito) geral de personalidade no ordenamento jurídico-constitucional”, no caso da Constituição Federal brasileira. Em resumo, ambas as disposições conferem, em resumo, “uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, estejam eles, ou não, expressa e diretamente reconhecidos ao nível da constituição”. Mais do que isso, esta cláusula geral de proteção à personalidade, fundada a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, implica na não taxatividade do rol de direitos (SARLET, 2022, p. 199).

Não sendo taxativo o rol, pode-se afirmar que o direito de personalidade confere proteção, também, ao “direito à identidade genética do ser humano, o direito ao nome, o direito ao conhecimento da paternidade, o assim chamado direito à identidade (e autodeterminação) sexual, entre outros” (SARLET, 2022, p. 200).

A esfera de proteção da privacidade se transmutou com a possibilidade de qualquer pessoa poder realizar um exame genético em empresas que comercializam abertamente essa possibilidade na internet e nas redes sociais. Ter a posse de dados genéticos pode reformular uma nova arquitetura de poder e criar uma economia movida a dados genéticos. A partir desse contexto, a intenção é na sequência contextualizar os avanços da medicina e pesquisa genômica e a possibilidade de manipulação de dados genéticos

com vieses de discriminação com poder de afrontar os direitos fundamentais dos cidadãos.

3 O AVANÇO DA MEDICINA E PESQUISA GENÔMICA: A EXPOSIÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS

Uma das mais impactantes revoluções científicas no campo da pesquisa genômica foi a descoberta da estrutura do DNA publicada pela Revista *Nature* no ano de 1953. Desde então, foram desenvolvidas intervenções genéticas com perspectivas ilimitadas que ameaçam com seus êxitos a essência do ser humano. Se de um lado os custos podem ser reduzidos no longo prazo, os riscos no longo prazo são incalculáveis. Como exemplo, estão os exames genéticos que foram se popularizando e gerando apreensões na sociedade a medida em que se tornavam mais acessíveis financeiramente. O potencial uso indevido foi acompanhado por apreensões no campo da ética, o que com o passar dos anos exigiu a criação de agências e comissões para regular a proteção de dados genéticos pessoais, o armazenamento e o uso das informações (DANTAS; KÖLLING; ANDRADE, 2022, p. 3-4).

Frente a enorme dimensão do que está em jogo e pelo que as gerações futuras presentes e poderão pagar um dia, Jonas (2013, p. 75-113) vai dizer que é preciso vigiar as novas tecnologias e proteger o ser humano de si mesmo. O pior prognóstico e não o melhor deve estar presente nas apostas de pesquisas e intervenções com DNA recombinante. O mundo se converteu em um laboratório vivo e as inúmeras possibilidades de intervenções no DNA e os dados genéticos já passaram “às mãos comerciais e industriais, menos sensíveis aos escrúpulos dos medrosos cientistas”. Dito de outro modo, Jonas (2013, p. 114-116) chama a atenção que alguns cientistas por serem menos sensíveis ao dever de cautela e precaução “se converteram em empresários para a distribuição lucrativa dos seus produtos de pesquisa. Com isso a

pesquisa se torna oficialmente assunto de mercado, se entrega inteiramente à carta branca da teoria”.

Razão pela qual, a comunidade internacional vem se preocupando com as questões éticas relacionadas a experimentos com humanos. Neste sentido, cita-se o Código de Nuremberg que resultou da indignação global relacionada aos experimentos abusivos realizados em seres humanos pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial. Outro exemplo é a Declaração de Helsinki de 1964 que foi elaborada com o “objetivo de proteger a vida, a saúde, a dignidade, a integridade, o direito à autodeterminação, a privacidade e a confidencialidade da informação pessoal dos participantes em estudos científicos”. Ainda, a UNESCO no ano de 2004 aprovou a “Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos” também ancorada no objetivo de “garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos” (DANTAS; KÖLLING; ANDRADE, 2022, p. 4-6).

Em termos práticos “o controle biológico do homem, especialmente o controle genético, levanta questões éticas de um tipo totalmente novo para as quais nem a práxis anterior nem o pensamento precedente se preparou”(JONAS, 2013, p. 117). O poder é essencialmente cego e na realização de uma cartografia genética completa é muito mais fácil identificar o indesejável do que o desejável, o que alerta para ações precaucionais de sempre “ir mais fundo e examinar o uso eventual dos poderes antes mesmo de eles estarem completamente prontos para o uso” (JONAS, 2013, p. 175).

Neste ínterim, embora importantes para mapear e sequenciar doenças para evitá-las e tratá-las, se os dados genéticos forem utilizados de maneira antiética e ilegal, o tratamento inadequado ou o vazamento podem ocasionar novas formas de discriminação. (LOMBARDI; SANTOS, 2018, p. 51). De igual forma, podem ocorrer problemas relacionados à privacidade das informações

obtidas relativas aos genes, o uso dessas informações e a segurança relacionada à medicina genética (ECHTERHOFF, 2010, p. 40-41).

Atualmente, empresas de genética utilizam modelos de negócios que oferecem diretamente ao consumidor, pela internet e pelas redes sociais, a realização de testes que podem ser pagos em suaves prestações para avaliar a ancestralidade genética global, realizar predições sobre o futuro da saúde, analisar o risco genético para desenvolver determinadas doenças, elencar dados gerais de saúde, dados sobre o desempenho físico, sobre o envelhecimento, buscar parentes. Não é necessário fazer o exame no laboratório, o cliente escolhe o pacote de dados genéticos que deseja e recebe um kit completo em sua residência para a coleta do DNA e depois envia a coleta para o endereço da empresa e em poucos dias recebe por e-mail ou Whatsz o seu mapeamento genético com a análise do laboratório. Os dados passam a integrar um banco de dados e de estudos genômicos.

A disponibilização na internet, laboratórios e farmácias de testes genéticos, sem encaminhamento médico, trazem questionamentos éticos e legais relevantes, visto que quem adquire os testes na maioria das vezes não têm a formação para interpretá-los e pode facilmente ser induzido “ao erro, o que pode levar o consumidor a ter uma incapacidade para fazer escolhas conscientes sobre estas análises”. Outro motivo de alerta está em que “esses testes podem apresentar um resultado falso positivo sobre a possibilidade de desenvolver ou não a doença genética” o que, além de provocar uma preocupação desnecessária, pode “acarretar problemas emocionais, ou até mesmo a adoção de medidas preventivas prejudiciais”. Da mesma forma, se o teste der um “resultado falso negativo, a pessoa pode deixar de procurar a orientação médica que poderia melhorar sua condição futura” (LOCH, 2014).

Em que pese a realização de exames de DNA tenham um enorme aspecto positivo, podem ser usados para fins discriminatórios a determinada pessoa e até em desfavor de seus familiares, afinal, estas informações

genéticas possuem relevante importância para terceiros. Como qualquer nova tecnologia, o desenvolvimento das ciências biotecnológicas também traz dúvidas, incertezas e a possibilidade de uso para fins que afrontam ao direito à privacidade e à dignidade do ser humano (MENEZES NETA; DUARTE JÚNIOR, FONSECA, 2020, p. 23).

A criação e autorização de bancos de dados genéticos devem ser acompanhadas de discussões sobre essa nova frente de ameaça ao genoma humano, que ocorre pelo risco do uso indevido dos dados genéticos tanto pelo próprio Estado, empresas, seguradoras, empregadores ou planos de saúde. Observe-se aqui que a marcha incessante da medicina genômica pode resultar no “cerceamento de direitos ou na obtenção de vantagens econômicas” como pontua Neves (2020).

Proteger os dados genéticos é proteger o patrimônio genético e a continuidade da existência do que hoje se entende como ser humano. É pelos dados genéticos que é possível definir “características relevantes e únicas não só dos indivíduos, como também de seus ascendentes e descendentes”. Neves (2020) relaciona quatro características importantes dos dados genéticos: i] expressões biológicas únicas, por apresentarem informações genéticas da pessoa enquanto pertencente a espécie humana; ii] estruturais, pois é pelos dados genéticos que se torna possível diferenciar um indivíduo do outro, o que torna singular; iii] probabilísticos, por ser possível revelar de forma aproximada as possibilidades de desenvolver determinada enfermidade; iv] geracionais, visto que informam a “herança genética do indivíduo e a sua interligação genética com seus parentes” (NEVES, 2020).

O inciso II do art. 5º da LGPD (BRASIL, 2018) considera os dados genéticos como dados pessoais e dados sensíveis. A Lei elencou vários requisitos a serem seguidos para o tratamento de dados, em especial, os arts. 7º, 8º, 9º que tratam das hipóteses para o tratamento de dados pessoais e o art. 11º que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis. Para que

os dados genéticos possam ser armazenados, compartilhados e comunicados só é permitido se o titular ou o responsável legal expressamente dê o consentimento. Contudo, o inciso II do art. 11º elenca algumas exceções em o tratamento de dados pode ser realizado sem a necessidade de consentimento do titular ou do responsável legal. Como já registrado, a proteção de dados pessoais, é um direito fundamental alicerçado no princípio da dignidade humana.

Por dados genéticos humanos, o artigo 2º da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos promulgada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura entende como sendo as “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas” (UNESCO, 2004). Como já referenciado, os avanços da medicina genômica e a possibilidade de uso indevido, uso discriminatório, “vazamento” ou “comercialização de dados genéticos” ameaçam o direito à intimidade e violam preceitos constitucionais, como os elencados no artigo 5º, X, o novíssimo direito fundamental à proteção de dados e o princípio da dignidade humana.

O direito à intimidade genética pode ser verificado em duas faces: a objetiva, pela qual deve respeitar-se a integralidade de qualquer parte do corpo que possua informação genética; e a subjetiva, relacionada à autodeterminação informativa, que é o direito do ser humano de controlar suas informações, seu armazenamento, e até determinar sua exclusão. O uso inadequado das informações genéticas acarreta no enfraquecimento da autodeterminação informativa, e o controle sobre as informações é primordial para a formação da identidade e personalidade do ser humano (LOMBARDI; SANTOS, 2018, p. 58-59).

A título exemplificativo, a legislação brasileira prevê a possibilidade de coleta de dados de DNA para fins de persecução penal como é o exemplo da Lei n. 12.654/2012 que prevê a coleta de perfil genético como forma de

identificação criminal e da Resolução n. 10, de 28 de fevereiro de 2019, que trata da padronização de procedimentos para a coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, dentre outras normativas. Não se pode desconsiderar que essa é uma possibilidade de limitação dos direitos fundamentais e que a autodeterminação informativa não está sendo observada na esfera penal. A LGPD, como já registrado, reconhece “expressamente a autodeterminação informativa como fundamento da proteção de dados pessoais” (CUNHA; SCHIOCCHET, 2021, p. 543-545).

Mesmo a LGPD indicar de forma expressa “que excepciona sua aplicação ao tratamento de dados pessoais realizado para fins de ‘atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III, “d”)’”, as exceções “são moldadas de forma a não comprometer a integridade da lei, visto que para diversas delas refere-se à existência de legislação específica sobre proteção de dados que compreenda os princípios da LGPD”. Deve-se ter presente que a autodeterminação informativa concede ao titular dos dados um espaço de atuação positiva, bem como é uma forma de limitar a atuação do Estado. No direito comparado, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha avançou ao determinar que “a proporcionalidade da medida deveria ser analisada no caso concreto, com fundamentação expressa baseada no prognóstico negativo do indivíduo e na efetiva possibilidade de esse perfil genético auxiliar investigações futuras de crimes relevantes” (CUNHA; SCHIOCCHET, 2021, p. 543-549).

De igual forma, deve-se estar atento que sob o manto da pesquisa científica, não se pode fechar os olhos para a possibilidade de empresas que fazem testes disponibilizá-los gratuitamente ou vendê-los, como também podem surgir bancos de dados genéticos controlados por essas mesmas empresas, que possuem o domínio das informações genéticas de seus clientes.

Sem dúvida, os perigos advindos da disponibilidade das informações genéticas são vários. As possibilidades práticas passam também pela contratação de empregados, quando empregadores de posse de dados genéticos poderão classificar aqueles que seriam “geneticamente inviáveis”. No mesmo sentido, operadoras de planos de saúde poderão aumentar abusivamente os valores para aqueles que apresentam pré-disposições a determinadas doenças, bem como para companhias seguradoras (LOMBARDI; SANTOS, 2018, p. 58-65).

Além disso, dispositivos desenvolvidos com alta tecnologia e que permitem a conectividade de vários aparelhos já são uma realidade, cujo conceito é internet das coisas (IoT – do termo inglês *Internet of Things*), e dentre os exemplos do potencial destas tecnologias estão sistemas de tráfego inteligentes, cidades inteligentes e fábricas inteligentes. A partir do conceito de internet das coisas, podem desenvolver-se dispositivos, por exemplo, para a análise de progressão de doenças como o Alzheimer ou Parkinson, além de HIV, câncer, esquizofrenia, entre outros, sendo que estes dados, após coletados, poderiam formar um perfil do usuário, útil para farmacêuticas e seguradoras de saúde, por exemplo. A partir desta possibilidade, há necessidade da formação de uma normativa ética digital para desenvolver padrões mínimos relacionados à confiabilidade destes dispositivos, rastreabilidade dos dados, consentimento, atendimento a requisitos legais, dentre outros aspectos (FORNASIER, 2019, p. 298-310).

Frente as possibilidades até então inimagináveis, Ulrich Beck (2018, p. 15) nomeou-as de “metamorfose”. Não se pode chamar apenas de mudanças, evolução ou revolução, já que “a metamorfose implica uma transformação muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge”, diferente de conceitos que já se conhecem, e que evoluem no tempo, mas que suas características permanecem inertes ao passar dos tempos. Inclusive, sobre a gênese da vida humana, e que tem conexão com o presente estudo, o autor

alerta que ela “está exposta à intervenção e à vontade criativa humana, mas, em consequência, torna-se também o playground dos mais diversos atores e interesses espalhados pelo mundo” (BECK, 2018, p. 40-41). A diferença entre a intenção inicial de realizar o mapeamento genético em benefício do ser humano e a comercialização de testes acabou por originar diversas outras possibilidades, sem terem sido cogitadas no início da utilização da técnica.

Por fim, reitera-se que o tratamento preditivo de dados genéticos, que são essencialmente sensíveis, pode ocasionar práticas discriminatórias e serem utilizados para os mais diversos fins, como para fins securitários, negação de um emprego, negação de acesso a plano de saúde, risco de limitação das liberdades civis e políticas, entre outros direitos que podem ser violados. Por isso, o direito à intimidade genética é um direito fundamental que está inserido no rol de dados pessoais sensíveis tutelados pela LGPD. A autodeterminação informativa é assegurada para que o indivíduo possa garantir que qualquer dado que contenha informações genéticas é relacionado a sua intimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O respeito à dignidade humana, à autodeterminação informativa, à proteção dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da privacidade fundamentam o novíssimo direito constitucional à proteção dos dados pessoais que foi instituído pela Emenda Constitucional 115 em fevereiro de 2022. Dados genéticos integram o rol de dados pessoais sensíveis e em conformidade com a UNESCO são as informações relacionadas as características hereditárias e a constituição genética de um indivíduo, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras metodologias de análises científicas.

O estudo mostrou que recolher dados genéticos, tratar esses dados e conservá-los deve ser realizado no estrito cumprimento da Constituição Federal, da LGPD e das legislações infraconstitucionais e diretivas internacionais. O cidadão, pela autodeterminação informativa, tem o direito de consentir que seus dados genéticos sejam recolhidos, utilizados, tratados e conservados.

O avanço expressivo da divulgação nas redes sociais e na internet de realização de testes genéticos e a disseminação dos benefícios para analisar o risco genético de determinadas doenças, levanta questões éticas de um tipo totalmente novo, pois a humanidade poderá estar criando um novo poder no mercado que tem nas mãos dados de genéticos em volume expressivo, que são do interesse de muitas áreas e com fins muitas vezes discriminatórios.

Cada ser humano tem uma constituição genética que o caracteriza e o define como ser individual e singular. Assim, vazamentos, tratamento não autorizado ou qualquer utilização de suas informações genéticas, para além das exceções previstas na legislação, podem ser passíveis de aplicação de sanções administrativas, civis ou penais.

REFERÊNCIAS

BECK, U. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Claudia Coelho. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BENEVIDES, E. M. de A. *Privacidade e dignidade humana: o percurso de um direito em risco na sociedade digital*. 2021. 278 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2021. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ElectraMariaDeAlmeidaBenevides_19046_Textocompleto.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

BLUM, R. M. S. O. GDPR – General Data Protection Regulation: destaques da regra europeia e seus reflexos no Brasil. *Revista do Tribunais*, v. 994, p. 205-221, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 59, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA. Parlamento Europeu do Conselho da Comunidade Europeia. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 21 set. 2022.

CRAVO, D. C. A importância do CDC no tratamento de dados pessoais de consumidores no contexto de pandemia e de *vacatio legis* da LGPD. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 131, p. 111-145, set./out. 2020.

CUNHA, A. S. da; SCHIOCCHET, T. A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 2, p.529-554, maio/ago. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i2.74420>. Acesso em: 25 set. 2022.

DANTAS, L. E. C.; KÖLLING, G. J.; ANDRADE, G. S. Proteção de dados genéticos: repercussões jurídicas e éticas na ausência de legislação não discriminatória no campo das seguradoras. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 26, p. 1-23, 2022. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/10127>. Acesso em: 23 set. 2022.

DONEDA, D. C. M. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DONEDA, D. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel et al. (Coord). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ECHTERHOFF, G. *Direito à privacidade dos dados genéticos*. Curitiba: Juruá, 2010.

FLÔRES, M. R. de; SILVA, R. L. da. Desafios e perspectivas da proteção de dados pessoais sensíveis em poder da administração pública: entre o dever público de informar e o direito do cidadão de ser tutelado. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-34, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10327>. Acesso em: 31 maio 2022.

FORNASIER, M. de O. The applicability of the Internet of Things (IoT) between fundamental rights to health and to privacy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 297- 321, maio/ago. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v6i2.67592>. Acesso em: 17 set. 2022.

JOELSONS, M. O íter histórico dos direitos da personalidade, o direito à privacidade e seus desafios na sociedade da informação. *Revista de Direito Privado*, v. 107, p. 33-60, jan./mar. 2021.

JONAS, Hans. *Técnica, Medicina e Ética: sobre a prática do Princípio Responsabilidade*. São Paulo: Paulus, 2013.

LANGHEINRICH, M. Privacy by Design - Principles of Privacy-Aware Ubiquitous Systems. In: ABOWD G.D., BRUMITT B., SHAFER S. (Ed.) *UbiComp 2001: Ubiquitous Computing*. UbiComp 2001, v. 2201, Berlim; Heidelberg: Springer, p. 274. (Lecture Notes in Computer Science). Disponível: https://doi.org/10.1007/3-540-45427-6_23. Acesso em: 30 jul. 2022.

LOCH, F. de A. Testes genéticos preditivos: uma reflexão bioético jurídica. *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 30, 2014. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000100007>. Acesso em: 25 set. 2022.

LOMBARDI, L. P. V.; SANTOS, M. C. C. L. dos. A proteção de dados genéticos e o direito à intimidade como direito fundamental da dignidade humana. In: SANTOS, M. C. C. L. dos; ARAUJO, M. (Coord.). *Declaração Universal dos Direitos Humanos: 70 anos depois*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 51-52.

MACHADO, J. de M. S. *Caminhos para a tutela da privacidade na sociedade da informação: a proteção da pessoa em face da coleta e tratamento de dados pessoais por agentes privados no Brasil*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza, Ceará, 2014. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=92825>. Acesso em: 12 set. 2022.

MENEZES NETA, I. B. de; DUARTE JÚNIOR, D. P.; FONSECA, G. dos S. A proteção dos dados genéticos e o direito constitucional à privacidade. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, n. 1, v. 6, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/6535/pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

MIHICH, A. M. *O consentimento e o direito à privacidade sob a ótica da lei geral de proteção de dados*. 2021. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2021. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2500/2/Alexandre%20Multini%20Mihich.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

NEVES, B. T. de O. Direitos Humanos, patrimônio genético e dados genéticos humanos: crítica à doutrina dos dados genéticos como interesse difuso. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 40, nov. 2020. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200006. Acesso em: 22 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). Divisão de Ética das Ciências e Tecnologias. *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*. Aprovada em: 16 de outubro de 2004. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf Acesso em: 26 out. 2022.

RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSSO, R. A. *A tutela da privacidade de dados na era do Big Data*. 2019. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23113>. Acesso em: 14 set. 2022.

SARLET, I. W. Direito fundamentais em espécie. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2022.

THIBES, M. Z. As formas de manifestação da privacidade nos três espíritos do capitalismo: da intimidade burguesa ao exibicionismo de si nas redes sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 19, n. 46, p. 316-343, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/15174522-019004613>. Acesso em: 25 set. 2022.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dez. 1890. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1321160>. Acesso em: 16 jul. 2022.

A BIOÉTICA NA ERA DA ENGENHARIA GENÉTICA (DE APERFEIÇOAMENTO): SOMOS QUEM PODEMOS SER?

Diego Henrique Schuster

INTRODUÇÃO

Na atual sociedade, a técnica moderna introduziu possibilidades de interferência do homem sobre a natureza, física e propriamente humana nunca antes pensadas, ou mesmo imaginadas, tornando imprevisíveis, em muitos casos, as consequências das suas ações em relação à humanidade do futuro. O ser humano, que nunca foi menos inacabado do que ele o é atualmente, agora é confrontado com a ideia de perfeição. No horizonte da engenharia genética de melhoramento os pais são lançados ao papel de projetistas dos próprios filhos, a partir da possibilidade de escolherem suas características genéticas como, por exemplo, musculatura, memória, altura e sexo.

À luz desse cenário, colocam-se novos desafios éticos, os quais devem levar em conta, em sua tematização, menos os problemas relacionados com a segurança de tais tecnologias ou a busca humana pela perfeição propriamente dita, mas, e isso sim, as objeções à disposição humana, a relação entre pais e filhos, tanto do ponto vista moral como do político jurídico, pois trata da responsabilidade em relação à humanidade do futuro, e por que não, da pessoa humana como detentora de direitos inalienáveis.

O estudo será dividido, em seu desenvolvimento, em três partes. Na primeira parte, são feitas breves considerações sobre a bioética, seus princípios, entre outras considerações preliminares úteis para o desenvolvimento deste trabalho. Na segunda parte, ganham destaque problemas morais suscitados pela engenharia genética de aperfeiçoamento, com especial atenção para

a relação entre pais e filhos. Na terceira e última parte, é apresentada a filosofia moral de Hans Jonas como um caminho para a fundamentação de uma responsabilidade orientada para o futuro.

1 A BIOÉTICA: ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

O início do estudo tem o objetivo de conceituar e situar a bioética diante da complexidade das relações sociais surgidas no seio da civilização tecnocientífica da contemporaneidade, com especial atenção para as técnicas de engenharia genética. Antes de qualquer análise, contudo, faz-se necessário destacar que nada se compara ao que o homem do presente é capaz de fazer, no exercício de um poder muitas vezes a serviço de interesses econômicos e sem nenhum controle da sociedade. A técnica de manipulação e o desenvolvimento das ciências experimentais não só sobre a natureza, mas sobre o próprio homem, hoje são capazes de transformar a natureza das coisas.

Outro aspecto de grande importância diz respeito à necessidade de se romper com o dualismo do “bom” e “mau”, no sentido de a ciência ou só trazer benefícios ou só prejuízos, sob pena de abrir-se, no meio, um imenso vazio, onde a palavra é ou desnecessária ou inútil. Para Barretto (2013, p. 313)¹, na sociedade tecnocientífica, “a ação humana se identifica com a ação técnica, produzindo efeitos que não podem ser determinados como “bons” ou “maus”, através de distinções qualitativas por si”. Até mesmo ações bem intencionadas escapam das mãos de seu iniciador, provocando efeitos maus que são inseparáveis dos efeitos bons.

Assim, como a ética tem a ver com o agir, a modificação do agir humano impõe uma modificação na ética (JONAS, 2011, p. 29). E isso porque que a ciência avançou mais depressa do que a compreensão moral que se

¹ Segundo Edgar Morin (2010, p. 16): “[...] há que, desde a partida, dispor de pensamento capaz de conceber e de compreender a ambivalência, isto é, a complexidade intrínseca que se encontra no cerne da ciência”.

tinha sobre a situação do homem no mundo, gerando diversos problemas e um mal-estar na civilização tecnocientífica, a qual acabou encontrando nas indagações suscitadas pela bioética um campo fértil para uma reflexão ético-filosófica. A bioética, portanto, surgiu da necessidade de se “estabelecer princípios racionais que explicassem e fundamentassem o comportamento do homem em face a novos conhecimentos e tecnologias”. Nesse sentido:

No contexto dessa civilização tecnocientífica é que se afirma ser a bioética o campo próprio para repensar a ética, pois o material de reflexão no novo ramo da filosofia moral trata com o nascimento de uma nova humanidade e de uma nova natureza. A interferência do homem no mundo que o cerca modifica não somente o mundo, mas o próprio homem que se vê diante de possibilidades até então desconhecidas, como são as advindas dos novos conhecimentos proporcionados pelas ciências biológicas; são conhecimentos que não se restringem à explicação do mundo natural, mas que apontam para mudanças no próprio ser humano (BARRETTO, 2013, p. 273).

É bem verdade que a bioética surgiu a partir de disputas restritas à corporação médica, na área da saúde, que diziam respeito às preocupações e interesses nas relações médico-paciente. Com efeito, a bioética, por ser mais global e interdisciplinar, veio para substituir a ética médica tradicional (JUNGES, 2005, p. 14). Atualmente, a bioética se apresenta e constitui um saber com objeto e método próprios, que engloba, basicamente, o exame moral interdisciplinar e ético das dimensões da conduta humana nas áreas das ciências da vida e da saúde (POST, 2004, v. 1, p. XII). Entre as múltiplas facetas da bioética vale, também, citar, – *por fornecerem o significado exato da sua interpretação no contexto desde trabalho* –, o fato dela buscar respostas às ameaças reais ou imaginadas à humanidade,² incorporando um novo tipo de responsabilidade em relação à humanidade do futuro, além de transformar-se numa verdadeira fonte de direitos humanos, “[...] com

² Segundo Barretto (2013, p. 282), tais respostas são debatidas dentro de um quadro teórico orientado por três perguntas, o qual deverá informar ou complementar o trabalho do legislador e do julgador: “a) o que é necessário evitar? b) o que é necessário promover e apoiar? c) qual o estatuto do corpo humano?”.

uma nítida vocação reguladora, mas não dogmática, do comportamento” (BARRETTO, 2013, p. 286).

Os princípios que se tornaram clássicos dentro da Bioética foram formulados em 1978, quando a “Comissão norte-americana para a proteção da pessoa humana na pesquisa biométrica e comportamental”, apresentou no final dos seus trabalhos o chamado *Relatório Belmont*, sendo eles: 1) *beneficência* (atenção aos riscos e benefícios); 2) *autonomia* (necessidade do consentimento informado); 3) *justiça* (equidade quanto aos sujeitos de experimentação). Não obstante a importância do seu estudo, o que mais perto interessa à problemática não é trabalhar com a aplicação dos princípios, mas, e isso sim, apontar algumas críticas ao paradigma principialista.

Para Junges, além dos princípios serem uma proposta eclética, partindo de diferentes tradições éticas, o que, por si só, cria problemas práticos e teóricos, a bioética procura aplicar os princípios aos casos particulares segundo uma lógica dedutiva, o que significa “constringir a complexidade e a imprevisibilidade das situações humanas à legislação de alguns princípios morais abstratos”, sem “levar em consideração a condição histórica e finita do ser humano” (JUNGES, 2005, p. 67-68). No mesmo sentido, Barretto (2013, p. 281) alerta:

O estabelecimento de princípios, expressando raízes da vida moral, como quer Engelhardt, significa que irão formular uma determinação que, em última análise, torna-se canônica – pois quem irá definir em cada caso qual o ‘verdadeiro’ significado de cada um deles –, e com isto terminar por negar o princípio racional básico de que as leis morais resultariam de uma ampla argumentação pública entre pessoas autônomas. A aplicação dos princípios, por sua vez, leva à situações conflitantes, entre si, a partir da constatação de que tomamos, separadamente, cada um deles pode ser considerado como superior ao outro. Logo, logicamente, a sua aplicação não pode ser feita de maneira conjunta e não diferenciada, pois implicaria num processo de paralisação mútua do processo decisório.

A par dessa problemática, o grande desafio é procurar critérios que expressem “argumentos morais, mais do que tentar a solução dessas questões através da aplicação mecânica dos princípios da bioética ou pura e simplesmente acatar os ditames contidos nos Códigos de Ética Médica” (BARRETTO, 2013, p. 305), ou, como sugere Junges (2005, p. 68), introduzir a perspectiva da moral da virtude, que, segundo ele, constitui a base da experiência ética, devendo ela ter preferência diante da moral de princípios e regras.

Ainda, o desligamento das ciências da natureza daquilo que se pode chamar de ciências do homem, reduziu o ser humano à sua realidade biológica, com a eliminação da realidade espiritual, da consciência, do sujeito, da liberdade em proveito de um determinismo e, conseqüentemente, da responsabilidade moral (JONAS, 2011, p. 18). Com efeito, a bioética “não pode ser reduzida a um papel passivo; ela precisa levantar perguntas fundamentais sobre a noção de bem e mal. Trata-se de elaborar uma Bioética saudavelmente cética em relação à ciência e que, ao mesmo tempo, vê seus benefícios potenciais” (JUNGES, 2005, p. 259-260).

Dois outros avisos iniciais são necessários, a fim de bem demarcar as fronteiras e proposições desse trabalho. O primeiro chama a atenção para o fato de que o objetivo do estudo não é examinar o dilema moral que envolve as intervenções genéticas visando eliminar ou evitar doenças (para fins terapêuticos), mas sim para projetar as características físicas e cognitivas dos nossos filhos, mesmo sendo difícil determinar o limite entre um e outro, já que os poderes de melhoramento surgiram como subprodutos da evolução da biomedicina, onde a revolução genética apareceu para curar doenças (SANDEL, 2013, p. 109). O segundo busca uma delimitação ainda mais específica e explícita, no sentido de alertar que somente serão consideradas as intervenções genéticas no nível da linha germinal, que afetam as gerações subsequentes, mesmo do ponto de vista meramente especulativo.

Diante dos casos provocados pela engenharia genética de aperfeiçoamento, pode-se lançar a seguinte questão: que tipo de pessoa podemos ser? Este tipo de reflexão tem relação direta com a projeção da vida e o destino humano, ou seja, ela recai sobre as consequências das nossas escolhas frente às gerações futuras, com ênfase para a construção de uma teoria da responsabilidade jurídica, que obrigue a autopreservação e, ao mesmo tempo, considere que melhorias no bem-estar dos humanos são possíveis.

2 FILHOS PROJETADOS: HAVERIA ALGO DE ERRADO NA IDEIA DE OS PAIS ESCOLHEREM O TIPO DE FILHO QUE DESEJAM TER?

Os transumanistas³ defendem que a dignidade, no sentido moderno do termo, consiste naquilo que somos e naquilo que temos o potencial de nos tornar, e não na nossa genealogia ou em nossas origens causais. Em outras palavras, o que “somos não é uma função somente do nosso DNA, mas também do nosso contexto social e tecnológico. A natureza humana, nesse sentido mais amplo, é dinâmica, parcialmente feita pelo homem, e aprimorável” (BROSTOM, 2005, p. 213). Por esta razão, os pais deveriam ter ampla liberdade para decidir sobre a implementação de melhoramentos genéticos em seus filhos, sendo “[...] irresponsável arriscar dar início à vida de alguém com o infortúnio de capacidades básicas congenitamente diminuídas [...]” (BROSTOM, 2005, p. 212), se alternativas seguras e efetivas estivessem disponíveis.

³ O transumanismo é um movimento não acabado, que vem se desenvolvendo gradualmente nas duas últimas décadas, e que tem suas raízes no humanismo racionalista. Apresenta como referência de base ou justificação a premissa de que a espécie humana em sua forma atual não representa o fim do nosso desenvolvimento. Seus defensores afirmam não apenas a possibilidade, mas a necessidade de melhorar a condição humana através da ciência e da tecnologia, eliminando o envelhecimento e aprimorando nossas capacidades físicas, intelectuais e psicológicas (BOSTROM, 2003).

Entre os principais argumentos de quem defende o direito dos pais de escolherem melhoramentos para os seus futuros filhos estão: (a) não faltariam meios para reverter o procedimento genético realizado antes de seu nascimento, constituindo sempre um *minus* com respeito àqueles que não tiveram igual sorte, pois ser mais saudável, mais inteligente, ter uma ampla gama de talentos, ou ter poderes de autocontrole maiores são bens que tendem a abrir um leque maior de caminhos de vida; (b) a sociedade poderia controlar os casos de negligência e abuso, impondo regulações para proteger a criança-que-virá-a-ser de intervenções genéticas verdadeiramente prejudiciais; e (c) as extensões radicais das capacidades humanas ao longo da história – algumas delas biológicas, outras externas – “não fizeram com que perdêssemos nosso status moral nem causou a nossa desumanização, no sentido de nos tornar geralmente sem valor e vis” (BROSTOM, 2005).

O filósofo Dworkin faz coro com o discurso dos transumanistas. Defendendo uma versão liberal de eugenia, ele alega não haver nada de errado na ambição “de tornar a vida das futuras gerações de seres humanos mais longa e repleta de talentos e, portanto, de conquistas”. Pelo contrário:

[...] se brincar de Deus significa lutar para melhorar a nossa espécie, e trazer para nosso projeto consciente a resolução de melhorar o que Deus deliberadamente ou a natureza cegamente fizeram evoluir bi decorrer dos tempos, então o primeiro princípio do individualismo ético comanda essa luta, e seu segundo princípio proíbe, na ausência de provas concretas de perigo, que impeçam os cientistas e os médicos (DWORKIN, 2005, p. 644).

Em síntese, Dworkin desenvolveu suas objeções em torno de três argumentos essenciais, quais sejam, a segurança, a justiça e a estética (DWORKIN, 2005, p. 623-630), com o claro propósito de demonstrar que nenhum deles seria suficientemente forte para justificar a proibição de introdução das técnicas de engenharia genética e, por consequência, de eugenia liberal. Em poucas palavras, ele sustenta que não se pode prejudicar o melhoramento das características humanas sob o argumento de “mero

perigo” ou de especulações (DWORKIN, 2005, p. 627). No particular, o autor lança mão de perguntas retóricas (por mais que ele negue isso), além de apelar ao senso comum, tentando justificar um erro com outro e, até mesmo, procurando induzir o leitor em erro, quando alega que a sociedade já possui clones fruto da chamada *loteria genética* de nascimentos múltiplos geneticamente idênticos – tratamento de infertilidade (DWORKIN, 2005, p. 628), quando pergunta: “Qual a diferença entre obrigar seu filho a fazer exercícios extenuantes para ganhar ou perder peso e alterar os genes, ainda em embrião, com a mesma finalidade?” (DWORKIN, 2005, p. 631), ou quando aduz que: “Mas é isso que nós, os mortais, temos feito desde os tempos de Prometeu, o deus padroeiro da perigosa descoberta. Brincamos com fogo e assumimos as consequências, pois a alternativa é a covardia perante o desconhecido” (DWORKIN, 2005, p. 636). Ao final, pode-se afirmar que ele foi vítima do problema que pretendia criticar, já que frente ao desconhecimento dos riscos e dos valores humanos em jogo, precaução é a palavra de ordem, como se verá no último capítulo.

É bem verdade que uma discussão pormenorizada dos argumentos de Ronald Dworkin e sua comparação com a concepção de outros autores, a fim de justificar essa impressão negativa, iria muito além do fim que nos propusemos nestas poucas páginas. No entanto, vale aqui citar Sandel (2013, p. 73), quando adverte:

Os que argumentam que a bioengenharia é semelhante em espírito a outras formas por meio das quais os pais ambiciosos moldam seus filhos têm certa razão, porém essa semelhança não é motivo para abraçarmos a manipulação genética das crianças. É, ao contrário, motivo para questionar as práticas de educação dos filhos de baixa tecnologia e alta pressão que aceitamos comumente. O hiperempenho dos pais, tão familiar em nossos tempos, representa um excesso ansioso de maestria e dominação que deixa de lado o sentido de dádiva da vida. Isso o aproxima de modo perturbador da eugenia.

No centro de toda e qualquer discussão sobre bioengenharia que permita a escolha de características genéticas aparece sempre a questão da autonomia e o direito da criança de escolher seu próprio projeto de vida, pois ao escolher de antemão as características do filho, essas crianças não seriam inteiramente livres, por serem conduzidas a essa ou àquela escolha de vida. Nesse sentido, Jonas (1997, p. 113) argumenta:

Ahora la naturaleza incluye de pronto en la condición de dominado por la técnica al hombre, que se había enfrentando a ella como señor. Pero, ¿de quién es el poder y sobre quién y qué? A todas luces el poder de los actuales sobre los venideros, objetos indefensos de las precedentes decisiones de los planificadores de hoy. El reverso del actual poder será la posterior servidumbre de los vivos frente a los muertos. El poder que actúa aquí es totalmente unilateral, sin la respuesta de una fuerza que contrapesa en los sujetos expuestos a él, porque éstos son (presuntamente) sus criaturas, y hagan lo que hagan (o incluso deseen) no hacen más que ejecutar la ley que les ha impuesto el poder que mandaba sobre su origen.

Sandel (2013, p. 60), por outro lado, vai mais fundo:

O problema não é que os pais usurpem a autonomia do filho que projetam (pois a criança não poderia mesmo escolher suas características genéticas). O problema reside na *hybris* dos pais projetistas, no seu impulso de controlar o mistério do nascimento. Ainda que tal disposição não transforme os pais em tiranos em relação aos filhos, ela desfigura a relação entre ambos e priva os pais da humildade e do aumento de empatia humana que a abertura ao inesperado é capaz de promover.

Entretanto, Habermas, para quem as manipulações genéticas representam uma verdadeira ameaça à autocompreensão ética da espécie “[...] de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos” (HABERMAS, 2004, p. 57), apresentou um argumento superlativo na defesa da ética da autonomia e da igualdade, consistente na ideia de que “vivenciamos nossa própria liberdade tendo como referência algo que, pela própria natureza, não está à nossa disposição”. Para pensar que somos livres,

precisamos ser capazes de imputar nossas origens “a um início que escapa ao controle humano”, um início que surge de “algo – como Deus ou a natureza – que escapa ao controle de *outro* indivíduo” (HABERMAS, 2004, p. 23).

Sandel (2013, p. 93) completa:

[...] a noção de que nossa liberdade está inseparavelmente associada a um ‘início que não podemos controlar’ também carrega uma significação mais ampla: seja qual for seu efeito sobre a autonomia da criança, o impulso de banir a contingência e dominar o mistério do nascimento apequena os pais projetistas e corrompe a experiência da paternidade enquanto prática social governada por preceitos de amor incondicional.

Noutro passo, Junges (2005, p. 111) assevera que o itinerário de uma pessoa é “expressar-se a si mesmo, apropriando-se ao seu dado natural”. O que isso significa? Significa que todo “o ser humano tem o direito de autoconstituir-se a partir do seu dado natural, realizando o seu itinerário histórico de expressar-se como pessoa”. Dessa forma, “o ser humano é fim em si mesmo e nisso consiste justamente a sua dignidade. Ninguém tem o direito de privá-lo ou impedi-lo de realizar esse itinerário de autorrealização como fim da sua existência, tornando-se o meio para alcançar outros fins”. E pontifica:

Todo ser humano tem direito a ser único e original, diferente de todos os outros. Significa não vir ao mundo programado na sua intimidade genética por desejos e expectativas alheias. Implica direito à ‘roleta genética’ ou à diversidade genética; o direito a ser produto da casualidade. Em outras palavras, tem o direito de ser gerado de uma maneira humana, fruto da combinação entrecruzada de dois patrimônios genéticos materno e paterno num genótipo original. A tendência atual à homogeneização procura negar a marca pessoal e esta tendência chega agora à reprodução. A criação e a evolução da natureza prima pela biodiversidade (JUNGES, 2005, p. 263).

Como se vê, o que está em jogo é o fato de os seres humanos nascerem, e não serem fabricados, pois como colocou Junges (2005, p. 155): “Esta tecnificação tem o perigo de transformar a procriação numa fabricação do filho.

Produzir um filho sob encomenda é reduzi-lo a um objeto de autossatisfação e seria um desrespeito à sua futura individualidade e autonomia”. É por isso que Habermas (2004, p. 87) argumenta que tais ingerências das técnicas genéticas “[...] prejudicam a liberdade ética na medida em que submetem a pessoa em questão a intenções fixadas por terceiros, que ela rejeita, mas que são irreversíveis, impedindo-a de se compreender livremente como autor de sua própria vida”. Seja o exposto o bastante, não se pode olvidar que as crianças geneticamente melhoradas estariam sempre em dívida com seus pais projetistas, e não em relação à natureza, ao acaso ou a Deus, retirando-lhes o mérito pelos talentos e dons antes concebidos como naturais, e só da pessoa que os possui (SANDEL, 2013, p. 98).

Essa preocupação com os destinos dos valores humanos encarnados em importantes e corriqueiras práticas sociais, bem assim com relação ao mundo que habitamos e ao tipo de liberdade ao qual aspiramos é compartilhada por Jonas. É sobre a suposta aparência de liberdade presente na técnica moderna, que dá ao homem o poder de escolher a si mesmo (JONAS, 2011, p. 57), que o autor insiste no fato de que o homem não deve se ser um súdito passivo da tecnologia, tendo em vista os riscos decorrentes da coisificação de seus próprios atos, bem como de ser manipulado pela máquina e para ela:

[...] el elemento tiránico como tal em la técnica actual, que hace de nuestras obras nuestros dueños y nos obliga incluso a reproducirlas, representa un desafío ético en sí mismo... más allá de la autonomía humana, de la dignidad que exige, de que nos poseamos a nosotros mismo u no nos dejemos poseer por nuestra máquina, tenemos que poner el galope tecnológico bajo control extratecnológico (JONAS, 1997, p. 39).

A possibilidade dos pais escolherem as características genéticas dos filhos, impondo seus gostos pessoais carrega consigo a não aceitação (renúncia) do filho (do como é dado pela natureza) antes mesmo de concebido. Trata-se de algo que vai contra a ideia “enfrentar o desconhecido, confrontar-se com a surpresa de o filho revelar-se diverso do que era programado”, de

“desculpar e perdoar o filho pelas desilusões que poderá provocar ao nascer e acolhê-lo na sua individualidade e identidade próprias” (JUNGES, 2005, p. 154), ou seja, “valorizar os filhos como dádivas é aceita-los como são, e não vê-los como objetos projetados por nós, ou produtos de nossa vontade, ou instrumentos de nossa ambição. O amor de um pai ou de uma mãe não depende dos talentos e atributos que o filho porventura tenha” (SANDEL, 2013, p. 59). Afinal, os pais não amam os filhos e ponto? Não questionamos muito, como isso se dá, simplesmente acontece. Não devemos apenas aprender a ver o outro, e seguir em frente, tentando enxergá-lo tal qual o ser que ele é, de fato, e não como aquele outro ser por nós fantasiado?

A busca pela perfeição está intimamente ligada a parâmetros de beleza ou necessidades de mercado impostas por uma sociedade competitiva, sendo, por isso, tentador pensar que projetar nossos filhos e nós mesmos para o sucesso por meio da bioengenharia é um exercício de liberdade.

No entanto, Sandel alerta: “[...] modificar nossa natureza para nos encaixar no mundo, e não o contrário, é, na verdade, a forma mais profunda de enfraquecimento da autonomia”. Ainda, e não menos grave, corre-se o risco de criar uma categoria de anormalidade para justificar uma intervenção genética ou simplesmente ficar na moda, o que não gera apenas preconceito e discriminação, mas retira o nosso direito de conviver com o diferente ou pessoas especiais.

Segundo Junges, com os novos métodos de intervenção para gerar um ser humano sempre mais perfeito e eliminar os que não correspondem ao ideal, começam a aparecer na medicina termos como *incapacidade*, *imperfeição*, *incompletude* (JUNGES, 2005, p. 238). Nesse sentido:

Toda preocupação pelo futuro é abusiva quando procuramos impor nossa concepção sobre como as coisas devem ser, nossa visão do desejável e do não desejável nossas distinções entre o bem e o mal ou entre aquilo que é normal e o que é monstruoso. A preocupação pelo futuro deve ser a de não negar

para as próximas gerações um mundo com menos liberdade, não fechando definitivamente os caminhos que não seguimos por razões e sentimentos que são apenas nossos (BARRETTO, 2013, p. 325-326).

Quais as consequências da idealização dos filhos, salientando que esta idealização ocorre em função do próprio narcisismo de cada um dos pais? O papel dos pais não seria apenas direcionar e orientar, e não determinar a características genéticas dos filhos? Isso não colaboraria, como refere Junges (2005, p. 264), com a “tendência narcisista atual de apagar a dimensão da alteridade, início de toda existência humana e base de qualquer reciprocidade? A nivelção e uniformização presentes na sociedade atual fragilizaram o respeito e a reverência à dignidade humana em sua singularidade irrepetível”? De efeito, há muitas perguntas que se pode fazer, e todas sinalizam para um comprometimento do sentido humano e psicológico das relações familiares de maternidade e paternidade da forma como conhecemos hoje.

3 A DÚVIDA É O PREÇO DA HUMANIDADE: UMA NOVA TEORIA DA RESPONSABILIDADE

Uma rememoração história demonstra que a corrida pela possibilidade de criar um ser humano perfeito é uma tendência que, embora sob outras formas, guarda um traço comum com a velha eugenia e, portanto, com a experiência nazista. Como escreveu Junges (2005, p. 237) “A pseudociência nazista desapareceu, mas a ideologia da superioridade do homem permanece”. Dessa forma, “a sombra da eugenia paira sobre todos os debates da atualidade acerca da engenharia e do melhoramento genéticos” (SANDEL, 2013, p. 81). Por contraste, os defensores da eugenia liberal não se deixam abater pelas experiências de dor e sofrimento do passado, e retrucam que as escolhas genéticas feitas livremente não são eugenia, no sentido repugnante do termo. Dworkin (2005, p. 632) sublinha que o “limite fundamental entre

acaso e escolha é a espinha dorsal de nossa ética e da nossa moralidade, e qualquer alteração profunda nessa fronteira é um deslocamento grave”. Não é esse o entendimento de Sandel (2013, p. 83):

Mas a eugenia também é censurável em outros âmbitos: mesmo quando não há coerção envolvida, existe algo errado com a ambição, seja ela individual ou coletiva, de determinar as características genéticas de nossos filhos de modo deliberado. Hoje, é mais provável encontrar essa ambição em práticas reprodutivas que permitem que os pais escolham o tipo de filhos que terão do que em políticas eugênicas bancadas pelo governo.

Habermas formulou severas críticas às políticas de eugenia liberal: “Nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos, por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos de fregueses e cliente [...]” (HABERMAS, 2004, p. 65-66). A verdade é que a busca por crianças “sob encomenda” vai sempre sugerir sua transformação em produtos da vontade de alguém ou do mercado, assim, pouco importa se as escolhas genéticas foram feitas de forma não coercitiva. No entanto, para que se possa estabelecer a ligação entre a Bioética, o biodireito e as teorias relativas às práticas eugênicas de melhoramento, com vistas a preservar a existência e/ou os direitos dos homens futuros, há que se considerar que a responsabilidade moral e jurídica, constituem-se em “[...] categoria central do sistema social e jurídico e serve como parâmetro de imputação dos atos individuais” (BARRETTO, 2009, p. 1).

O que se fez até o presente momento foi levantar alguns problemas e formular contradições, restando agora apresentar uma proposta de responsabilidade moral, mesmo que provisória, considerando as dificuldades de uma ética orientada para o futuro, sobretudo, quando a projeção da vida e do destino humano não atingem diretamente as pessoas no presente, além do forte individualismo moderno, sentimento que leva o homem a criar uma sociedade para uso próprio, isolando-se da massa dos seus semelhantes.

Nesse caso, tomamos como ponto de partida as considerações de Barretto (2013, p. 325):

[...] o desenvolvimento tecnológico pode restringir a liberdade de escolha das gerações futuras, pois estas já não terão as mesmas condições que nós temos hoje. A possibilidade de uma alteração da natureza humana e extra-humana pelo desenvolvimento tecnológico pode resultar no fim da herança da evolução passada. Este vínculo com o passado deve ser preservado, pois é ele que nos oferece a capacidade de julgar o que é o bem e o mal. Esta tradição é que nos constitui como pessoas e agentes morais.

Num mundo em constante movimento, onde somente a mudança é permanente, a dificuldade de se determinar quais ações realizadas no presente poderão comprometer a existência do futuro pode ser enfrentada a partir de alguns imperativos ou princípios, como aqueles propostos por Hans Jonas, – *que chega a comparar a responsabilidade orientada para o futuro com a responsabilidade dos pais, em face da característica particular de serem genitores, permitindo o surgimento de uma nova vida, símbolo de uma nova humanidade em face da mortalidade*. Nessa senda, importante pensar, primeiro, no que Hans Jonas denomina de *heurística do temor*, como um exercício para revelar a real possibilidade de perigo e servir de convocação:

[...] com a antevisão da desfiguração do homem, chegamos ao conceito de homem a ser preservado. Só sabemos *o que* está em jogo quando sabemos *que* está em jogo. Como se trata não apenas do destino do homem, mas também da imagem do homem, não apenas de sobrevivência física, mas também da integridade de sua essência, a ética que deve preservar ambas precisa ir além da sagacidade e tornar-se uma ética do respeito (JONAS, 2011, p. 21).

Em relação a isso tudo, Hans Jonas formulou o genérico imperativo ético: “Age de tal maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica”, ou, negativamente, “não ponhas em perigo a continuidade indefinida da humanidade na Terra” (JONAS, 2011,

p. 18). De efeito, trata-se da própria existência da humanidade (JONAS, 2011, p. 93). Aqui toma relevo a máxima de nunca existir uma razão para se apostar entre ganhar ou perder tudo, sobretudo quando essa aposta inclui a totalidade dos interesses de outros envolvidos (que são aqui interesses das gerações futuras). No entanto, essa máxima não é incondicionalmente válida, pois, dadas as circunstâncias, “[...] pode ser moralmente justificado, ou até mesmo imperativo, tentar salvar o inalienável, correndo o perigo de perder tudo na tentativa” (JONAS, 2011, p. 84). No caso do melhorismo, Jonas (2011, p. 85) explica que não se admite qualquer relativização, uma vez que os riscos “não são assumidos com a finalidade de salvar o que existe ou abolir o insuportável, mas para melhorar permanentemente o já alcançado”, isto é, “para o progresso, cuja versão mais pretensiosa pretende construir um paraíso terrestre. Assim, o progresso e suas obras situam-se antes sob o signo da soberba que da necessidade”.

Conduzindo assim o pensamento, Hans Jonas encontrou um princípio ético que proíbe certos experimentos de que a tecnologia é capaz, qual seja: “a existência ou a essência do homem, em sua totalidade, nunca podem ser transformadas em apostas do agir”. Esse princípio extrai sua validade do seguinte preceito: “no processo decisório deve-se conceder preferência aos prognósticos de desastre em face dos prognósticos de felicidade”. Assim, ao contrário de Dworkin, Jonas sugere que, para tomarmos uma decisão, deveríamos “tratar como certo aquilo que é duvidoso”. Nem mesmo as certezas relativas do presente podem compensar a incerteza absoluta, pois o referido princípio proíbe a aposta no tudo ou nada nos assuntos da humanidade, confrontando apenas o que “é inteiramente inaceitável com o que mais ou menos aceitável dentro da finitude”⁴. Em síntese:

⁴ Segundo Jonas (2011, p. 92-93): “[...] nós não consultamos os desejos antecipados dos que vêm depois (que podem ser o produto de nós mesmos), e sim o seu dever ser, que não foi negado por nós e que transcende a nós e a eles. [...] Isso significa que temos de estar vigilantes não tanto em relação ao direito dos homens futuros – o seu direito à felicidade, um critério precário, dada a incerteza inerente ao conceito de felicidade -, mas em relação ao dever desses homens futuros, ou seja, o dever de ser uma humanidade verdadeira: com a alquimia da nossa tecnologia ‘utópica’,

[...] a rigor não somos responsáveis pelos homens futuros, mas sim pela ideia do homem, cujo modo de ser exige a presença da sua corporificação no mundo. [...] deve haver uma tal presença; portanto, ela deve ser preservada, fazendo com que nós, que podemos ameaçá-la, nos tornemos responsáveis por ela. Esse imperativo ontológico da ideia do homem está por trás da proibição da aposta no tudo-ou-nada, uma afirmação que não havia sido justificada antes. Assim, a ideia do homem, na medida em que nos diz por que devem existir homens, no diz também como eles devem ser (JONAS, 2011, p. 94).

De derradeiramente significativo, do ponto de vista da responsabilidade, ocorre que a responsabilidade dos pais em face dos filhos, cuja opinião não foi consultada, é uma dívida partilhada por todos, pois o ato dos progenitores de escolherem suas características genéticas não foi inventado por eles. Por isso é que Hans Jonas sustenta que “[...] a acusação feita por crianças e pelos filhos dessas crianças de que se faltou com a responsabilidade é a mais abrangente e a mais inútil das críticas, pois pode dirigir-se a todos os seres vivos humanos vivos. Da mesma forma que os agradecimentos” (JONAS, 2011, p. 225).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando alguns temas até então abordados, podem ser apontadas algumas considerações finais:

1. A ciência avançou tão depressa que ultrapassou os limites que desafiam a nossa capacidade de compreender, tanto do ponto de vista moral, como do político jurídico, quais os valores humanos (in)disponíveis, gerando diversos problemas e um grande mal-estar, como se percebe na questão da engenharia genética de aperfeiçoamento. A Bioética, ramo mais novo da filosofia moral, se afirma como o campo para se repensar a ética das

podemos lhes subtrair a capacidade de cumprir esse dever e até mesmo a capacidade de se atribuir esse dever. Zelar por isso, tal é o nosso dever básico para com o futuro da humanidade, a partir do qual podemos deduzir todos os demais deveres para com os homens futuros”.

dimensões da conduta humana, por ser um saber mais global e interdisciplinar. O maior desafio da bioética é certamente não cair em dogmatismos, que tendem a ofuscar os fundamentos morais e o raciocínio ético, devendo para tanto incorporar critérios hermenêuticos na busca de uma resposta para os problemas morais levantados pela ciência e a tecnologia.

2. A crítica à engenharia genética de melhoramento não se apoia em um quadro meramente religioso ou metafísico, – *lembrando que para Hans Jonas a metafísica é também uma questão da razão*. O mandato moral leva em consideração valores intrínsecos à natureza das coisas e do homem, uma herança da evolução passada que não pode ser negada. A busca humana pela perfeição pode nos distanciar daquilo que nos constitui como pessoas e agentes morais, além de comprometer o sentido humano e psicológico das relações familiares.

3. A possibilidade de se estabelecer uma responsabilidade moral e jurídica que vise resguardar a pessoa humana e os seus descendentes parece encontrar guarida na proposta filosófica de Hans Jonas, orientada mais por nossos temores do que por nossos desejos, caprichos ou leviandades. Seja como for, no debate dos destinos das gerações futuras nada deve começar ou terminar em razão de sentimentos que são apenas nossos. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano a valores humanos, nossos filhos não poderão ser transformados no preço da aposta, muito menos em objetos, um meio para os fins dos outros.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, V. de P. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. *In: MARTINS-COSTA, J. Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARRETTO, V. de P. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOSTROM, N. *In: defence of posthuman dignity*. *Bioethics*, Oxford, v. 19, n. 3, p. 213, 2005. Disponível em: http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman_dignity_Bostrom.pdf. Acesso em: 2 jun. 2014.

BOSTROM, N. *The transhumanist FAQ: a general introduction: version 2.1*. Oxford: World Transhumanist Association, oct., 2003. Disponível em: <http://www.transhumanism.org/resources/FAQv21.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2014.

DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

JONAS, H. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

JONAS, H. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidade*. Barcelona: Paidós, 1997.

JUNGES, J. R. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005.

MORIN, E. *Ciência com consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

POST, S. G. Introduction. *In: POST, S.G. (Ed.). Encyclopedia of bioethics*. 3. ed. New York: Prentice Hall; 2004. v. 1.

SANDEL, M. J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO

Karyn Cristine Bottega Bolsi
Keila Fernanda Marangoni
Paulo Junior Trindade dos Santos

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19, além de todas as consequências na saúde mundial, também trouxe à tona discussões a respeito de modalidades de contrato de trabalho, que embora existentes, não possuíam tanta visibilidade, como é o caso da contratação pelo regime de teletrabalho.

O isolamento social, como medida de evitar o risco de contaminação da COVID-19 fez com que as pessoas trabalhassem nas suas residências, modificando a organização do trabalho, sem que houvesse horários de trabalho e fronteiras entre a sua vida pessoal e profissional.

A tecnologia, por sua vez, foi fundamental para que isso pudesse ocorrer e a revolução digital tornou-se mais evidente.

Destaca-se que a revolução digital não se limita apenas aos aspectos tecnológicos. Muito pelo contrário. É através da tecnologia que as inúmeras mudanças no modo de vida da sociedade vêm acontecendo, inclusive na seara trabalhista.

E dentre essas mudanças, inclusive tendo maior impacto no período de pandemia, o regime de contratação da modalidade de teletrabalho ficou ainda mais evidente ante a necessidade do isolamento social.

Assim, o presente estudo tem como objetivo avaliar como essas transformações impactam na vida do trabalhador e em especial nessa

modalidade de contratação, interligando-o com o direito à desconexão, considerando que o direito ao descanso é previsto constitucionalmente e consiste no período em que o empregado pode fazer qualquer atividade sem ingerência do empregador.

Questiona-se, portanto, como esta modalidade de contratação poderá ser compatibilizada, considerando que a legislação trabalhista retira este empregado da jornada de trabalho controlada ao mesmo tempo em que a Constituição Federal garante ao empregado o direito à desconexão.

Para a realização da pesquisa e elaboração do presente artigo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão doutrinária, buscando em artigos científicos, bem como, a análise sobre a legislação brasileira.

Destaca-se que será impossível esgotar o tema, mas pretende-se apresentar algumas reflexões importantes para induzir o debate, ante a possibilidade de desrespeito aos direitos mínimos do trabalhador, podendo, inclusive, levar à precarização do trabalho.

1 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O MERCADO DE TRABALHO

No decorrer do tempo, a sociedade precisou se adaptar às diversas formas de organização em consonância com o desenvolvimento da humanidade.

Evidência dessa transformação pode ser verificada no mercado de trabalho, conforme se demonstrará no decorrer da presente pesquisa, em especial na forma de contratação na modalidade de teletrabalho.

Para compreender as consequências dessas modificações é imprescindível que se entenda qual o conceito de sociedade da informação através da sua evolução histórica.

O modo de produção humana há cerca de 10 mil anos caracterizava-se basicamente pela retirada dos insumos necessários para as necessidades básicas das pessoas, que advinham da própria natureza (BASAN, 2021).

A mudança nesse modo de agir começa a ocorrer com a “revolução agrícola”, cujas concepções passam a ser concretizadas através do cultivo da terra pela agricultura, surgindo, neste contexto, alterações profundas no modo de produção como meio de satisfazer as necessidades humanas (BASAN, 2021).

Posteriormente, abre-se caminho para a Revolução Industrial com o surgimento das máquinas a vapor e a eletricidade (BIONI, 2021), alterando sobremaneira o trabalho humano, fazendo alavancar novas técnicas e mecanismos de produção (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019).

Como consequência, a exploração industrial e a tecnologia impuseram ao homem a divisão social do trabalho com o emprego de novas tarefas e funções. Com o surgimento da classe trabalhadora, se sujeita o trabalhador a disciplinas externas e submissão a horários de trabalho arbitrários e desgastantes, seja com jornada excessivas, a exploração do trabalho do menor e da mulher, as péssimas condições de trabalho, etc. (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019).

Para Schwab (2016) houve três revoluções industriais: A primeira ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840, com construção das ferrovias e invenção da máquina a vapor; a segunda iniciada no final do século XIX, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem; a terceira na década de 1960, a qual costuma ser chamada de revolução digital, tendo em vista que impulsionou o desenvolvimento, sejam “dos semicondutores, da computação

em *mainframe*¹ (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990)” (SCHWAB, 2016, p. 19).

Tais fatos, portanto, foram relevantes para o surgimento do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, para as novas formas de trabalho vivenciadas atualmente.

Desde a criação do telefone, considerada como a primeira ferramenta de comunicação simultânea que revolucionou os comportamentos sociais, até a criação da internet, possibilitou-se não apenas o encurtamento das distâncias, mas as inúmeras formas de comunicação, seja através de transmissão de texto, voz e imagem. Com respostas cada vez mais rápidas, foi a internet que veio transformar o modo como nos relacionamos (PINHEIRO, 2021).

E é através dela que atualmente se fala na Quarta Revolução Industrial, em virtude das novas tecnologias de informação e comunicação (TICs).

Muito embora os termos “Quarta Revolução Industrial” passem a ideia de limitação às fábricas, as TICs vão muito além, alcançando o comércio, os serviços, as finanças (privadas e públicas), afetando também as relações sociais (AFONSO, 2020).

Marengo (2005), alertava que seria através da Sociedade de Informação que novas ocupações estariam sendo criadas, exigindo novas habilidades com o surgimento de diversas carreiras relacionadas com a informação.

Por isso, “a informação é o (novo) elemento estruturante que (re) organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.” (BIONI, 2021, p. 3).

¹ *Mainframe* é um computador de grande porte que pode hospedar e executar diferentes aplicações em um único equipamento. Exemplo: posso executar bancos de dados e servidores de aplicações no mesmo ambiente, garantindo a segurança e integridade, além de possibilitar cenários de integração possíveis somente com esta arquitetura. O mainframe tem características únicas de segurança, escalabilidade e resiliência (SERPRO, 2019)

Vê-se, portanto, que enquanto na Era Industrial, o instrumento de poder era o capital, na Era Digital, o instrumento de poder é a informação, cuja mudança constante dos avanços tecnológicos afeta diretamente as relações sociais (PINHEIRO, 2021) e conseqüentemente as relações trabalhistas.

Para se ter uma ideia, conforme Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2019, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 82,7% dos domicílios nacionais possuem acesso à internet (BRASIL, 2021).

Portanto, certamente se está diante de uma das maiores revoluções, que muito embora traga benefícios na facilitação da comunicação, surgem conseqüências jurídicas relevantes.

Na esteira dessas transformações, a “Reforma Trabalhista”, criada através da Lei nº 13.467/2017, estabeleceu, entre outras medidas, a prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho (BRASIL, 2017), com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, conforme será mais bem esclarecido nos tópicos posteriores.

1.1 TELETRABALHO: CONCEITO E LEGISLAÇÃO

O teletrabalho surgiu muito antes da reforma trabalhista. Já em 1857 um proprietário de uma estrada de ferro chamado J. Edgar Thompson gerenciava divisões remotas, delegando-as um controle substancial no uso de equipamento e mão de obra (FERNANDEZ, 1999).

Contudo, somente com o avanço das tecnologias e com as transformações trazidas ao mercado de trabalho é que o teletrabalho ganhou diretrizes e foi regulamentado. O teletrabalho foi evoluindo, a partir da ideia de telecomunicações, que possui como objetivo a redução dos deslocamentos de casa até o trabalho, reduzindo assim os custos. O computador, por

exemplo, se tornou instrumento imprescindível de trabalho, sendo que em muitos casos a prestação de trabalho passa a ser executada apenas por instrumentos telemáticos, consideradas poderosas ferramentas capazes de influenciar o mundo todo.

O teletrabalho pode ser considerado como a prestação de serviços a distância e fora da sede da empresa, que seja executado por meio dos instrumentos de informática ou telemática, sendo necessário que haja flexibilidade e ausência de fiscalização direta, possibilitando certa autonomia ao teletrabalhador em relação a gestão de seu tempo e suas atividades (OLIVEIRA NETO, 2018). Necessário destacar que tanto a doutrina como a jurisprudência não conceituam o teletrabalho de forma incisiva e fechada, tendo em vista que essa modalidade abrange qualquer tipo de trabalho realizado fora da empresa, por meio dos instrumentos de informática ou telemáticos.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) conceitua o teletrabalho como o trabalho que é executado com o uso de novas tecnologias de informação e comunicação em um local distante do escritório central ou instalação de produção onde o trabalhador não tem nenhum contato pessoal com os colegas de trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998).

Para Barros, o teletrabalho é uma modalidade especial de trabalho a distância. Descreve a autora que constitui novo tipo de trabalho descentralizado, realizado no domicílio do trabalhador ou fora do estabelecimento patronal, mas em contato com ele. Complementa destacando que “essa nova forma de trabalhar poderá ser também transregional, transnacional e transcontinental” (BARROS, 2011, p. 327). Ela destaca ainda que o teletrabalho permite a execução de atividades em movimento, podendo ser executado por pessoas com média ou alta qualificação, que tenham conhecimento para utilizar da

informática ou da telecomunicação no exercício das atividades (BARROS, 2011).

Já Rodrigues Pinto (2007) descreve que o melhor conceito para o teletrabalho é quando se refere a uma atividade de produção ou serviço que mesmo a distância permita o contato entre empregado e empregador. E para o controle, execução e entrega do resultado utiliza-se a tecnologia da informação que substitui a relação humana direta.

De acordo com Biesdorf (2011), o teletrabalho possui três espécies quando classificados em relação ao local da realização das tarefas do empregado: teletrabalho em domicílio, teletrabalho em telecentros e o teletrabalho móvel: a) teletrabalho em domicílio: quando realizado no próprio domicílio do trabalhador; b) teletrabalho em telecentros: quando os trabalhadores compartilham estruturas físicas tecnicamente preparadas para a realização do teletrabalho; c) teletrabalho móvel: caracteriza-se pela indeterminação do posto de trabalho, podendo ser realizado em qualquer lugar, mediante a disponibilidade de equipamento de mídia eletrônica, como os telefones celulares, que permitem a transmissão de dados e de imagens em alta velocidade.

Contudo a Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017) regulamentou o teletrabalho, introduzindo esta nova modalidade de contrato de trabalho. A CLT conceitua o teletrabalho no artigo 75-B como sendo “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 1943).

Ainda, o artigo 62, III da CLT, prevê que os empregados em regime de teletrabalho não estão sujeitos a controle de jornada, não tendo direito, desta forma, ao pagamento de horas extraordinárias (BRASIL, 1943).

A lei evidencia, neste sentido, que teletrabalho não pode ser confundido com trabalho externo. De forma objetiva podemos descrever que no trabalho externo, a atividade do trabalhador é realizada fora da empresa, como vendedores externos por exemplo. Já no teletrabalho, a atividade que é exercida dentro da empresa, poderá ser exercida também na casa do empregado.

Na alteração do artigo 6º da CLT, a intenção do legislador foi incluir, de forma expressa, o trabalho realizado à distância (teletrabalho, trabalho remoto e *home office*), em situações equiparáveis ao do trabalho tradicional, onde menciona que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego” (BRASIL, 1943).

Ainda, no parágrafo único do mesmo artigo descreve que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio” (BRASIL, 1943).

Diante de tantos conceitos podemos afirmar que o trabalho a distância é o gênero. Entre suas espécies há o trabalho em domicílio e o teletrabalho. O trabalho em domicílio pode ser feito por meio de teletrabalho, conforme descrito acima. Porém, todo trabalho pode ser considerado trabalho a distância, mas nem todo trabalho a distância pode ser considerado teletrabalho.

Contudo, o acima exposto pode gerar uma série de pensamentos equivocados com outras modalidades de labor que, embora compartilhem com a noção de “trabalho realizado em local diverso da sede do estabelecimento empresarial”, merecem tratamento jurídico diferente do que chamamos de teletrabalho.

A CLT ainda expressa no artigo 75-C, a obrigatoriedade da prestação de serviços na modalidade de teletrabalho constar expressamente no contrato individual de trabalho especificando as atividades que serão realizadas pelo empregado, devendo também, na previsão do artigo 75-D incluir disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto (BRASIL, 1943).

Dispõe igualmente que havendo mútuo consentimento entre as partes poderá a alteração entre regime presencial e de teletrabalho, a ser registrado em aditivo contratual e o inverso, por determinação do empregador, desde que se garanta prazo de transição mínimo de quinze dias (BRASIL, 1943).

Além dos conceitos, entendimentos e lei que regulamenta o teletrabalho é necessário observar as vantagens e desvantagens do teletrabalho, que são visíveis tanto para empregado, quanto para empregador o qual será abordado a seguir.

1.1.1 Vantagens e desvantagens do teletrabalho

Diante desta abordagem do teletrabalho, é necessário entender que nas atuais e modernas empresas, a estrutura organizacional, a estratégia, a cultura, os papéis e os processos estão interligados, exigindo um novo alinhamento e equilíbrio organizacional. Portanto, as empresas estão adotando outros padrões para o sucesso do teletrabalho.

Neste prisma, é necessário que cada empresa entenda quando decidir adotar o teletrabalho é tão importante quanto saber onde não adotar, pois já existe uma tecnologia de informação consistente e versátil para apoiar o trabalho fora do escritório, mas ainda não existe a visão administrativa necessária para gerenciá-lo.

O novo modelo de trabalho caracterizado pelo teletrabalho traz diversos benefícios, tanto para o empregador quanto para o empregado, em contrapartida há alguns pontos negativos para ambas as partes.

As vantagens desta modalidade de trabalho são tanto aos empregados, quanto aos empregadores. Além da evidente diminuição de tráfego e da poluição, elimina-se a perda de tempo e gastos com deslocamento, aumenta o tempo em que empregado se dedique a atividades sociais e familiares, permitindo maior flexibilidade e adequação da jornada de trabalho de acordo com o ritmo e horário que o empregado possa produzir mais (FRANÇA, 2014).

Para os empregadores, as vantagens podem ser observadas devido a flexibilidade de organização logística e gestão da empresa, redução de custos e aumento da produtividade e dos trabalhadores. Além disso, existe a possibilidade de contratar trabalhadores em países distintos sem que haja a necessidade de deslocar fisicamente a empresa, viabiliza uma mão-de-obra mais barata e possibilita o trabalho com pessoas em qualquer lugar do mundo (JARDIM, 2003).

O teletrabalho também apresenta alguns aspectos negativos para ambas as partes. Dentre vários, podemos abordar desvantagens, como a dificuldade de integração do empregado com os demais colegas de trabalho, a dificuldade em inserir o teletrabalhador nas atividades sindicais, bem como na possibilidade de prejuízo à vida particular do empregado ou esgotamento resultantes de trabalho excessivo. O empregador, igualmente, pode enfrentar desvantagens, principalmente no tocante à fiscalização do trabalho desempenhado (GARCIA, 2012).

Além das vantagens e desvantagens é necessário observar, principalmente, os direitos dos trabalhadores que muitas vezes são violados ou sequer são observados, como por exemplo, no teletrabalho o direito à desconexão. Entender que o trabalhador em regime de teletrabalho precisa

ter horários e não deve estar o tempo todo a disposição do empregador é essencial, conforme será discorrido no tópico a seguir.

1.2 A VIOLAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO

Conforme acima exposto, a prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho exige um procedimento rígido, especialmente no que tange a formalidade de contratação, não podendo, desta forma, ser confundido com trabalho externo ou mesmo à domicílio.

Assim, sem a necessidade de controle de jornada, discute-se no teletrabalho o direito à desconexão.

Villatore e Dutra (2014, p. 144), definem:

Tem-se por desconexão, o direito que todo e qualquer trabalhador possui de usufruir descansos de seu trabalho diário, seja ele dentro da jornada laboral ou ao término, de estar totalmente desvinculado do cargo ou função que exerce, servindo a restabelecer as energias, a suprir suas necessidades biológicas e fisiológicas, ao sono, restando, disposto para o próximo período laboral.

O direito à desconexão, nada mais é do que o período em que o trabalhador possui de fazer qualquer atividade sem ingerência do empregador.

Entendido como direito fundamental, em caso de sua não observância, ferem-se às garantias asseguradas ao trabalhador nas normas nacionais e internacionais. Assim, do direito à desconexão decorrem diversos outros direitos do trabalhador, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade, à privacidade e ao lazer (BEDIN, 2018).

O primeiro país a conceder o direito à desconexão ao trabalhador aprovando uma legislação específica foi a França. Ficou previsto uma proteção aos empregados para que não respondam sejam mensagens eletrônicas,

e-mails ou telefonemas de seus superiores depois do horário de expediente. A lei destina-se a empresas com 50 ou mais funcionários e está em vigor desde 01 de janeiro de 2017. No Brasil não há legislação específica sobre o tema (SCALZILLI, 2020).

Todavia, a Constituição Federal (1988) estabelece, no seu artigo 1º, como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Ainda, como direito social, e no rol de direitos mínimos do artigo 7º, prevê a necessidade de repouso semanal remunerado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, também define no seu artigo 24, que “Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) aborda os assuntos nas Convenções 14 e 106, ratificadas pelo Brasil. A primeira trata sobre repouso semanal nas indústrias e a segunda regula o trabalho nos comércios e nos escritórios (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1921a, 1957b).

Portanto, o trabalho por ser um direito fundamental, deve observar a dignidade da pessoa humana do trabalhador atrelada ao respeito ao descanso e por serem direitos intrinsecamente ligados ao contrato de trabalho.

Destaca-se que o artigo 6º da CLT, já mencionado e alterado em 2011, pela Lei nº 12.551 (BRASIL, 2011) não tem o escopo de autorizar que a empresa viole o direito ao lazer e ao descanso.

É notório, que nenhum ser vivente pode se sujeitar a uma atividade contínua, sem que isso o leve à exaustão. O direito ao descanso é um direito natural do ser humano a fim de que possa recompor as suas energias, para que consiga se sujeitar às mesmas atividades novamente (CARDOSO, 2015).

Neste contexto, “o direito que cada indivíduo tem de viver, de desenvolver-se, residir, trabalhar, descansar, informar-se, conviver com outras pessoas, casar-se e educar seus filhos, como todos os outros, no lugar em que se encontra”, é o mais elementar direito humano (FLEINER, 2003, p. 20).

O teletrabalho, por sua vez desafia esta proteção na medida em que desvincula a necessidade de controle de jornada, ou seja, passa-se a confundir o tempo de trabalho com tempo livre do trabalhador, cuja doutrina tem definido como “escravidão digital”.

Tal situação prospera na sociedade contemporânea sem encontrar barreiras e “incentivada por discursos mercadológicos que estimulam o trabalhador a “vestir a camisa da empresa” [...] Com isso, o trabalhador que se submete a esse tipo de jornada de trabalho deixa de gozar direitos fundamentais como o lazer e o convívio social.” (ARRUDA; D’ANGELO, 2020, p. 22).

Sendo assim, a possibilidade de sobrejornada do trabalhador, ante a inexistência de limitação de horas a serem trabalhadas é alvo de diversas críticas e dentre elas, vincula-se o direito à desconexão, ou seja, o direito de não trabalhar.

Embora impere na nossa cultura a ideia do trabalho como fator dignificante da pessoa humana é um grande desafio falar em direito ao não-trabalho; não no sentido de não trabalhar completamente e sim em trabalhar menos, a ponto de desligar, concretamente, do trabalho (MAIOR, 2003).

Sobre este tema, aparentemente surrealista, conforme afirma Maior (2003) e de grande pertinência com o tempo que vivemos, revela as contradições do “mundo do trabalho”. Uma delas, como reconhece a filosofia moderna e vários ordenamentos jurídicos, está no fato de que o trabalho dignifica o homem, porém, é esse mesmo trabalho que lhe retira a dignidade, ao ponto de avançar na sua intimidade e vida privada (MAIOR,

2003). A urgência da vida contemporânea que invade o ambiente de trabalho (ALMEIDA; SEVERO, 2016).

Embora não se possa retroceder à tecnologia, o futuro não precisa, necessariamente, desrespeitar os direitos trabalhistas. As inovações precisam ser utilizadas a favor das empresas e também dos trabalhadores, desde que preservem os direitos fundamentais, tais como, o direito à desconexão (SCALZILLI, 2020).

Assim, no direito a desconexão trata-se de uma questão de equilíbrio. Empregador e empregado devem compreender “que a capacidade de trabalhar não é infinita e que nem o trabalhador, nem o trabalho são uma mercadoria” (GAURIAU, 2020, p. 162-163).

Importante, neste sentido, citar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento dos autos AIRR 10007490720165020471. Do inteiro teor destaca-se:

É certo também que o uso das novas tecnologias não afasta a possibilidade de vínculo de emprego na relação. A subordinação no teletrabalho, embora atue de forma mais amena que na subordinação pessoal, ocorre através de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações através de celulares e rádios, entre outras.

Diante deste contexto social e legal acima citado, os Ministros do TST acompanharam esta tendência e a força indutiva dos fatos e alterações legais, e reformaram a Súmula 428 do C. TST, conforme se observa da inserção do item II no padrão sumular:

SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, DA CLT [...] II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. Deste modo, ficou garantido, no caso de ofensa à desconexão ao trabalho e ao direito fundamental ao lazer (art. 6º da CF/88), o pagamento de sobreaviso, nos termos do item II da Súmula acima. (grifos do original) (BRASIL, 2019)

Assim, para o caso de ofensa à desconexão ao trabalho, e sendo este fato um ato ilícito, lesando o direito fundamental ao lazer, caberá deste modo, indenização por dano existencial.

Denota-se que o dano existencial pressupõe o ato ilícito do empregador e a comprovação do prejuízo pessoal, social ou familiar por parte do trabalhador, de forma concomitante. E, embora existam algumas dificuldades na sua identificação, não se pode negar que reconhecê-lo é um avanço para a personalidade humana (SCALZILLI, 2020) e para as relações trabalhistas precarizantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento das tecnologias digitais surgiu uma nova forma de trabalho: o teletrabalho. Neste contexto de mundo digital, a sociedade brasileira buscou ajustar-se a esta nova realidade. A alteração na legislação trabalhista com o objetivo de regulamentar o teletrabalho demonstrou a busca por esse ajuste.

Houve uma necessidade de adequar as leis trabalhistas brasileiras às transformações oriundas da revolução tecnológica no mundo do trabalho. Deve-se atentar que o teletrabalho há muitos anos é uma realidade para muitos trabalhadores, no Brasil e no exterior, e que mesmo sendo à distância, esta modalidade de trabalho possui hierarquia da mesma forma que o trabalho presencial.

O teletrabalho permite ao trabalhador flexibilidade quanto a definição de horário de trabalho. Para empregadores, o teletrabalho permite flexibilidade de organização logística, redução de custos, e aumento da produtividade. Por outro lado, o teletrabalho dificulta a integração do empregado no grupo dos demais colegas de trabalho e apresenta riscos devido ao trabalho excessivo. O empregador, também, pode enfrentar desvantagens pela adoção do teletrabalho no que se refere à fiscalização do trabalho desempenhado.

O teletrabalho apresenta vantagens e desvantagens para o trabalhador, para o empregador e para a sociedade. De modo geral, observou-se que,

se implantado com a devida cautela e mínima observância dos padrões aconselhados, essa modalidade de trabalho tende a mostrar-se benéfica para as partes integrantes da relação laboral e a impactar positivamente a sociedade.

De tal forma, concluiu-se que o direito à desconexão possui relação com vários direitos e garantias constitucionais, como direitos ao lazer, à saúde e segurança do trabalho, à limitação de jornada, períodos de repouso, dentre outros. Ademais, relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana, porque só com o direito à desconexão do trabalho é que o trabalhador poderá dispor de tempo para usufruir dos seus demais direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R. *Trabalho 4.0*. Grupo Almedina (Portugal), 2020.

ALMEIDA, A. E. de; SEVERO, V. S. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

ARRUDA, M. J. C. de V.; D'ANGELO, I. B. de M. Admirável escravo novo? A escravidão digital x o direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro e suas consequências para a sociedade do capitalismo cognitivo. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 4, p. e38942786, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.33448/rsd-v9i4.2786>. Acesso em: 9 dez. 2021.

BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade digital e proteção de dados pessoais - o direito ao sossego*. 1ª ed. São Paulo:Foco Jurídico, 2021.

BEDIN, B. Direito à desconexão do trabalho frente a uma sociedade hiperconectada. *Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 18-39, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9857/2018.v4i2.4680>. Acesso em: 9 dez. 2021.

BIESDORF, S. I.; SANTIAGO, S. *Reflexões contemporâneas de direito do trabalho*. Curitiba: Rosea Nigra, 2011.

BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do Consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, p. 11937, 8 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 16 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 14 set. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. GOV.BR. Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet. Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CARDOSO, J. A. O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 207, p. 7-26, jul./set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/52/207/riL_v52_n207_p7. Acesso em: 9 dez. 2021.

CAVALCANTE, J. de Q. P.; JORGE NETO, F. F. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DUTRA, S. R. B.; VILLATORE, M. A. C. Teletrabalho e o direito à desconexão. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 3, n. 33, p. 142-149, set. 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/93957>. Acesso em: 7 dez. 2021.

FERNANDEZ, A. B. *Teletrabalho*. Lisboa: Editorial Estampa, 1999.

FLEINER, T. *O que são direitos humanos*. Tradução Andressa Cunha Cury. São Paulo: M. Limonad, 2003.

FRANÇA, G. M. A influência das novas tecnologias de comunicação e informação nas novas formas de trabalho: o teletrabalho. In: *Simpósio Internacional de Ciberjornalismo*, 5., 2014, Campo Grande. Anais. Campo Grande: UFMS, 2014. p. 1- 18. Disponível em: <http://www.ciberjor.ufms.br/ciberjor5/files/2014/07/greicy.ciberjor3.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

GARCIA, G. F. B. Teletrabalho e trabalho a distância: considerações sobre a Lei nº 12.551/2011. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 273, n. 23, p.28-34, mar. 2012. Disponível em: <https://trt1.jus.br/documents/21843/3588153/14+-+Revista+S%C3%ADntese+Trabalhista+e+Previdenci%C3%A1ria.pdf>. Disponível em: 26 dez. 2021.

GAURIAU, R. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 24, n. 2, p. 152-164, 14 jan. 2021. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/420>. Acesso em: 10 dez. 2021.

JARDIM, C. C. da S. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo: LTr, 2003.

MAIOR, J. L. *Do direito à desconexão do Trabalho*. 2015. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf. Acesso em: 9 dez. 2021.

MARENGO, L. A sociedade informacional e seu mercado de trabalho p.19-31. *Revista ACB*, v. 1, n. 1, p. 19-31, ago. 2005. Disponível em: <https://revista.acbsc.org.br/racb/article/view/308>. Acesso em: 12 dez. 2021.

OLIVEIRA NETO, C. P. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: LTr, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 11 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 106. Ratificada pelo Brasil em 18/06/1965*. Dispõe sobre o Repouso Semanal no Comércio e nos Escritórios. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235196/lang--pt/index.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 14. Ratificada pelo Brasil em 25/04/1957*. Dispõe sobre o Repouso Semanal Remunerado. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235015/lang--pt/index.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho em domicílio: novas formas de contratação*. Genebra, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_123612.pdf. Acesso em: 13 dez. 2021.

PINHEIRO, P. P. *Direito digital*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RODRIGUES PINTO, J. A. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SCALZILLI, R. O direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 643-664, jul. 2020. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/56362>. Acesso em: 13 dez. 2021.

SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SERPRO. Mainframe: o que é e qual o futuro desta tecnologia? Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2019/mainframe-o-que-e-e-qual-o-futuro-desta-tecnologia>. Acesso em: 9 dez. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DO TRABALHO. *AIRR: 10007490720165020471*, Brasília, Superior Tribunal do Trabalho, 2019. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0161500-29.2009.5.02.0471/2#6cadb44>. Acesso em: 13 dez. 2021.

POLICONTEXTURALIDADE, RELAÇÕES CONTRATUAIS E SOCIEDADE FRAGMENTADA NA PERSPECTIVA DE GUNTHER TEUBNER^{1*}

Carlos Alexandre Michaello Marques
Liège Paim Lansoni

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente é analisar a proposta de Gunther Teubner, suportada na sua obra “Direito, Sistema e Policontexturalidade”, especificamente, no tocante à análise de questões fundamentais para uma teorização das categorias dogmáticas do direito privado. Para tanto, é indispensável o estudo da temática da Policontexturalidade e Sociedade fragmentada, com análise das pressuposições de que há um movimento quase irresistível de transferências de importantes tarefas, antes entregues à intervenção estatal, ao domínio privado, bem como, as assertivas, dizendo-as indevidamente reduzidas em sua complexidade pela dicotomia público-privado, permitindo-se, ainda, uma análise de: policontexturalidade e direito; fragmentação e contratualização.

Na policontexturalidade, verificam-se novas opções, tais como, da divisão adequada de subvenções cruzadas para atividades não lucrativas entre concorrentes, administrações não orientadas para o lucro, imposição de padrões sócio-culturais a empresas, etc. (TEUBNER, 2005a) A compreensão dessas fronteiras combina com o direito privado: criar muralhas entre esferas

¹ * O presente texto está reproduzido, no todo ou em parte, na Revista Derecho y Cambio Social, Año 11, nº. 36, 2014.

de ação, coibir combinações incompatíveis de papéis, abrir espaços decisórios autônomos são soluções que podem ter êxito nessa modalidade estrutural.

Nesse contexto, aborda-se o direito contratual e a construção do projeto discursivo, com a reificação do contrato relacional e o projeto discursivo e a produção dos mal-entendidos produtivos. O direito privado tem de repensar suas estruturas dogmáticas para essa realidade sob a perspectiva da justiça discursiva e policontextual. Assim, o direito privado, e por consequência os contratos, devem passar de acordo com Gunther Teubner (2005), por um projeto de reconstrução, onde o ponto de partida poderia ser desenvolvido nas palavras de Jacques Derrida (2010), que preconiza a substituição da premissa de uma relação entre pessoas para uma relação entre dois textos, produtos ou criações, conduzindo dessa feita, a uma nova visão da teoria do contrato relacional.

Nesse diapasão, ao final trata-se da superação do paradigma individualista sob a perspectiva sistêmica no direito privado, abordando os sistemas sociais e as tendências totalitárias e direitos de discurso e a teoria sistêmica no direito privado. O contrato enquanto projeto discursivo, como uma tradução de jogos linguísticos, abre um campo de questionamentos, em especial sobre sua autenticidade, quando os discursos dentro da liberdade de tradução podem exigir autonomia. Todavia, os referidos totalitarismos, controladores das meta-regras de tradução, monopolizam-no como referido e o impõe o direito de reconstrução. (TEUBNER, 2005a)

Com isso, a par das formações clássicas como os contratos de troca, com efeitos instantâneos (contrato/contrato) e as sociedades (organização/organização), há todo um espectro de relações que parecem mesclar elementos contratuais e organizacionais, como as alianças estratégicas contratuais (contrato/organização), os sistemas de franquia e os grupos de sociedade (organização/contrato). Na perspectiva de Gunther Teubner as diferenças podem, em razão das circunstâncias fáticas, apresentar contornos difusos

que permitem, por exemplo, conceber um conceito gradual de autonomia do sistema jurídico. Assim, torna-se possível tematizar como jurídicas, situações difusas decorrentes do que se chama de policontextualidade e direito privado e as relações contratuais complexas em uma sociedade fragmentada.

1 POLICONTEXTUALIDADE E SOCIEDADE FRAGMENTADA

As circunstâncias praticamente obrigam que todos se adequem ao cenário mundial, sob pena de obstar a própria inclusão na nova economia com graves consequências sociais. Diante dessa situação, é comum se exortar a necessidade de os mecanismos de mercado atuar sobre aspectos do bem comum, substituindo o setor público (antes tutelados pelo Estado de Direito, Direitos Fundamentais, Princípios de Direito Público e pela Legitimidade Democrática), ou incorporando seus princípios e elementos (TEUBNER, 2005b).

Gunther Teubner (2005a) parte de uma pressuposição que merece ser aceita: há um movimento quase irresistível de transferências de importantes tarefas, antes entregues à intervenção estatal, ao domínio privado. E questiona também essas assertivas, dizendo-as indevidamente reduzidas em sua complexidade pela dicotomia público-privado. Daí propõe alternativas a essa compreensão, como a análise deve escapar à dicotomia do direito público versus direito privado, apresentando a esse último o desafio de considerar pluralidade de autonomias privadas distintas.

1.1 POLICONTEXTUALIDADE E DIREITO

Diante do novo quadro social, não se deve impor ao direito privado os padrões do direito público, mas transformá-lo num direito constitucional

dos subsistemas caracterizados por regimes autônomos. Tanto as ciências sociais quanto o direito vislumbram como indevida as relações entre Estado e Sociedade sendo reduzidas à dicotomia público-privado. Entretanto, não tem substituído tal mecanismo de análise, subsistindo ainda como um instrumento de compreensão (TEUBNER, 2005a).

A dicotomia não é recente e tem o mérito de sobreviver a diversos tipos de estruturação social. Atualmente, adotam conteúdo específico, opondo de um lado a racionalidade política e sua organização hierárquica (público) versus racionalidade econômica, sua coordenação de mercado flexível e eficiente (privado) O autor sugere o abandono dessa distinção por ser simplificação grosseira da estrutura social e da ideia de fusão das características de cada lado da dicotomia. Ao invés disso, a partir da teoria dos sistemas, propõe a compreensão da sociedade pela noção de policontextualidade (TEUBNER, 2005a).

Essa proposta parte da grande complexidade que a sociedade assume, exigindo multiplicidade de perspectivas para sua descrição (TEUBNER, 2005a). Entre o Estado e a sociedade há uma pluralidade de setores sociais que tem de ser considerados, refletindo na compreensão e estruturação do direito. Há diversos setores da atual diferenciação social que não encontram explicação nem na racionalidade política, nem na racionalidade econômica, há relações que não podem ser explicadas exclusivamente pela dicotomia.

Emerge do paradigma proposto que o direito privado deve ser entendido principalmente por sua afinidade com a atual pluralidade de discursos, diante de sua proximidade com os mais diversos setores autônomos da sociedade civil (relações privadas, sistema de saúde, educação, ciência, meios de comunicação, arte, religião, etc). Nesse contexto, o direito privado teria a tarefa de refletir a lógica interna desses setores e acoplá-la com o regulamento dos demais subsistemas. Assim teria distanciamento da lógica

econômica e da política, passando a refletir a importância da racionalidade específica para cada subsistema social (TEUBNER, 2005a).

Há uma tentativa de desvincular o direito privado da noção de juridificação da esfera econômica. Historicamente, essa tendência se confirmou na medida em que o direito contratual se tornou referente, quase que exclusivamente, das transações de mercado, e a regulamentação das associações se restringia às corporações empresariais, bem como a propriedade destinava-se a fundamentar disposição econômica. Isso, dificilmente, poderia ter sido impedido ante a colonização dos sistemas sociais pela economia ou pela política no século XX, tendo o direito privado seguido as tendências de alargamento e encolhimento conforme a expansão dos campos econômico ou político (respectivamente sociedade de direito privado, orientado pela eficiência econômica; ou direito privado como direito econômico, orientado pela política econômica do Estado) (TEUBNER, 2005a).

No novo paradigma, o direito privado é identificado em muitos âmbitos sociais onde há criações normativas espontâneas atuando como fonte de imposições normativas jurídicas, como faz prova a crescente quantidade de contratos privados. A dogmática tradicional realçou corretamente a autonomia privada como cerne do direito privado, mas, em seu ímpeto, a unidade dogmática não atentou para o pluralismo atual expresso na multiplicação discursiva das autonomias privadas de uma sociedade complexa e diferenciada (TEUBNER, 2005a).

A tarefa central de um direito privado socialmente orientado seria repensar a única dimensão da autonomia privada, expressa no indivíduo livre, para conceber autonomia de diversos mundos sociais, servindo de instrumento para disponibilizar formas de ação adequadas entre cada uma das esferas autônomas (relações privadas, sistema de saúde, educação, ciência, meios de comunicação, arte, religião, etc). Assim, seu cerne é a juridificação de processos de construção normativa espontâneos e plurais

na sociedade, distintos do processo de regulamentação política do Estado (TEUBNER, 2005a).

Ocorre que as características que o direito privado deve assumir, são fonte de controvérsia, tais como: a identificação com quais fragmentos sociais, a forma de delimitação dos seguimentos, a definição de suas racionalidades específicas, a espécie de normatividade interna desenvolvida por cada uma, o relacionamento possível com instituições político-jurídicas e a definição e concepção relacionada à essa pluralidade. Considerando esse debate e a ligação do direito privado com a produção normativa espontânea, uma de suas tarefas é reformular a autonomia privada clássica levando em conta a auto-regulamentação específica de setores sociais (TEUBNER, 2005a).

A principal consequência da pluralidade das autonomias privadas é de caráter normativo, cujo desafio é institucionalizar o equilíbrio entre autonomia e intervenção. Talvez o regime de autonomia do sistema econômico seja um bom exemplo de coordenação desses fatores para os outros âmbitos de autonomia da sociedade civil. Outro desafio é a garantia de respeito a essas esferas de regulamentação privada, a qual deve ser buscada não somente na organização interna, mas também nos apoios externos de outros sistemas (TEUBNER, 2005a).

Analisando as privatizações da policontexturalidade (não da dicotomia) é importante considerar as diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas e seu funcionamento. Setores sociais autônomos estavam submetidos ao regime público. Isso não significa que suas lógicas e padrões racionais estavam encobertos pela política (talvez tenha ocorrido em regimes fascistas). No sistema liberal-capitalista, houve tentativa do Estado Social de ampliar o setor público em face da sociedade civil, mas sem destruir as autonomias sociais, manobrando-a através de estreito acoplamento dessas ao sistema político-administrativo (TEUBNER, 2005a).

Assim, a política era fonte principal das irritações internas a cada setor. No seio do próprio Estado Social já se notou que para alguns setores periféricos à análise política, a emancipação era possível com repercussões claras na própria dogmática administrativa. O problema perene dessa organização era o desequilíbrio estrutural entre atividades sociais e seus regimes político-administrativos. A maioria das formas de Estado Regulador (atua por regulamentação – e não intervenção – econômica e social) não aborda a policontexturalidade, mas a dicotomia, na medida em que presumem centralização política. Tampouco as políticas alocativas e distributivas abordam o paradigma proposto. Constituem meras reformulações da dicotomia sob novos instrumentos (TEUBNER, 2005a).

Dessa forma, Gunther Teubner (2005a) propõe que em lugar disso, os critérios de regulamentação devem se desenvolver espontaneamente nas diversas esferas de legalidade. As controvérsias internas e os conflitos externos devem se distribuir entre a pluralidade de sistemas sociais em reflexão descentralizada em oposição à reflexão exclusiva do político. É nisso que o direito privado pode contribuir, no nível material e processual, em viabilizar a consideração da racionalidade específica e possibilitar o processo de reflexão onde se formulam novos critérios para o conflito entre atividades sociais e regime econômico.

Apesar dessas colisões entre racionalidades e novas tentativas de colonização, é encorajador o fato da moral pública respaldar o fortalecimento das autonomias sociais que pode ser feita pelo direito privado. A ética da economia ensina que se deve respeitar a integridade dos sistemas autônomos. A teoria dos sistemas e a policontexturalidade não recomendam a colonização desses sistemas autônomos (TEUBNER, 2005a).

A compreensão dessas fronteiras combina com o direito privado: criar muralhas entre esferas de ação, coibir combinações incompatíveis de papéis, abrir espaços decisórios autônomos são soluções que podem ter êxito nessa

modalidade estrutural. Na policontextualidade, verificam-se novas opções, tais como, a divisão adequada de subvenções cruzadas para atividades não lucrativas entre concorrentes, administrações não orientadas para o lucro, imposição de padrões sócio-culturais a empresas, etc (TEUBNER, 2005a).

1.2 FRAGMENTAÇÃO E CONTRATUALIZAÇÃO

Operações complexas, formadas por diversos vínculos contratuais, seriam tomadas isoladamente conforme o tradicional direito das obrigações identificado com a *rationale econômica*. (TEUBNER, 2005a) Pela compreensão da policontextualidade, isso seria uma distorção das relações sociais pela consideração econômica. Cria-se problema de difícil resolução porque além das partes do contrato podem estar envolvidos interesses de terceiros.

Daí porque essa consideração deve introduzir princípio de relatividade nas obrigações multilaterais, o que deve ser intensificado, enquanto o dogmatismo entende acontecimentos sociais em partes independentes, não relacionadas. Assim, aumenta a pressão sobre a dogmática do direito privado para que aceite a complexidade (TEUBNER, 2005a).

Instituições reconhecidas por suas qualidades na arte, cultura, comunicação e educação perdem espaço para concorrência em níveis estritos de mercado por estarem diretamente expostas a sua lógica. A policontextualidade entende que devem ser erigidos critérios que reflitam a racionalidade interna do setor através do direito privado, instituindo direito à diversidade (TEUBNER, 2005a).

De um lado, pode se fragmentar, como resposta a frouxidão dos acoplamentos entre sociedade e economia (com maior autonomia à sociedade); de outro, pode se hibridizar, respondendo a um acoplamento firme de tudo à economia. Em ambos os casos, se frustra a esperança de

unificação do direito privado em torno do regime de mercado (TEUBNER, 2005a).

A fragmentação depende diretamente da força que os setores sociais independentes da economia e da política serão capazes de exercer daqui para frente. A autonomia privada depende diretamente de um sistema social que se revela na existência de um maquinário de produção normativa (mecanismos de consenso, organizações formais, padronização) desempenhando um papel de fonte independente do direito (TEUBNER, 2005a).

O autor é otimista quanto à possibilidade dos setores sociais atingirem bom grau dessa autonomia, como ocorre, por exemplo, com o direito de família: a sociedade encurrala o Estado sobre as possibilidades de auto-organização, ganhando espaço para sua própria racionalidade no seu interior, fazendo com que o direito de família reaja quase exclusivamente à racionalidade da vida privada e sua criação normativa espontânea.

É possível conceber direito dos Regimes Privados que considere a poliarquia deliberativa, instituindo sistemas de resolução de problemas. Assim se vislumbra, por exemplo, que as instituições universitárias privadas sejam submetidas ao escrutínio da racionalidade do sistema do qual faz parte, de maneira a acabar com a política de proteção e se regerem pelos princípios pedagógicos (TEUBNER, 2005a).

Por fim, não é só do acoplamento frouxo que depende uma realidade fragmentada, mas também da capacidade do direito como tecnologia suportar as oportunidades estruturais de emancipação na contemporaneidade. É assim que direito contratual, societário, direito real, todos tem de apresentar formas jurídicas suficientemente elaboradas para oferecer a oportunidade de institucionalizar suas racionalidades autônomas.

O direito privado teria nesse cenário a função de reorganizar o acoplamento estrutural dos setores sociais à sua racionalidade não econômica,

ao compreendê-los por sua natureza híbrida. Tal natureza híbrida não reflete o sentido tradicional de público-privado (restrição às racionalidades política e econômica), mas no sentido policontextural de que integram ao mesmo tempo sistema econômico e social no qual desempenham funções (TEUBNER, 2005a).

O direito privado deve funcionar de modo a quebrar o acoplamento de cada setor com a economia e fortalecer os aspectos sociais relacionados, buscando normatização para além das regras de mercado noutros processos paralelos e contraditórios a ela. Gunther Teubner (2005a) tem uma tese em relação ao direito contratual, ao sustentar que passa a se fundar em dois mecanismos de regulação: transação econômica e acordo produtivo no setor social.

A reconstrução do contrato seria mais que uma transação econômica que cria expectativas nas partes, mas passaria a ser considerado projeto produtivo num dos mundos sociais. Aqui, não se fala mais de conteúdo jurídico dispositivo, porque não basta a compensação de interesses das partes. Interessa a justiça discursiva, em que as formas contratuais são feitas para satisfazer a normatividade interna do sistema social (TEUBNER, 2005a).

Com isso, há alteração dos processos de criação normativa do direito privado (irritação por acontecimentos externos; simulação de processos sociais). As irritações não serão exclusivamente captadas no mercado, mas pelas necessidades da reconstrução jurídica quando do restabelecimento do padrão social. A simulação não poderia mais ser apenas teste de mercado, mas um teste discursivo com objetivo de identificar padrão concreto da realização de processo micropolítico numa das muitas esferas de justiça (TEUBNER, 2005a).

Assim o papel do direito privado seria defender as esferas de autonomia social da influência totalizante da economia. Nem mesmo as teorias de *mixed economies* poderiam satisfazer os requisitos aqui colocados ao direito

privado. Nessas teorias, o objetivo é corrigir falhas de mercado por meio da intervenção política consubstanciada em normas de contenção (como o Direito do Consumidor) (TEUBNER, 2005a).

Isso é muito diferente do proposto: não há correção posterior de transações econômicas, mas sim um contrato constituído de duas dinâmicas sociais equivalentes mais o objetivo de conciliação de colisões discursivas; e aspectos não econômicos não serão mais filtrados pelo processo político para se transformarem em direito, mas reagindo diretamente a produção normativa espontânea. Além das novas tensões, antigas também são identificadas (TEUBNER, 2005a).

2 DIREITO CONTRATUAL E A CONSTRUÇÃO DO PROJETO DISCURSIVO

O direito privado tem de repensar suas estruturas dogmáticas para essa realidade sob a perspectiva da justiça discursiva e policontextural. Tendo em vista, o ambiente policontextural estruturado a partir da teoria de Gunther Teubner (2005a), deflagra esse processo de fragmentação do Direito, originando diversas racionalidades jurídicas que se chocam entre si. Isso provoca a reordenação do sistema jurídico como mais uma racionalidade a ser levada em conta e reinventa a sistemática jurídico-social.

2.1 REIFICAÇÃO DO CONTRATO RELACIONAL

O contrato sempre foi um instrumento de transformação, afinal parte da sociedade em grande medida se valeu deste instituto para alcançar seus objetivos ao longo do séculos. A noção de contrato é um confluência construída, desconstruída e reconstruída, década a década, passando pela influência canônica, do direito natural e do direito romano, onde erroneamente

se busca sua origem nas vias manualísticas do direito louvado na dogmática jurídica. (GOMES, 2008)

Dessa forma, o aporte da concepção do contrato moderno, enquanto um acordo de vontades, consenso, recebeu influências econômico-político-sociais, notadamente de matriz individualista, com forte participação do processo econômico de natureza capitalista. Nascendo com isso uma relação evidente entre economia e direito, pois o contrato passou a ser considerado um instrumento jurídico da vida econômica da sociedade, pois atende as necessidades de todos os participantes da sociedade, independente da condição que se encontrem nela (GOMES, 2008).

O contrato desde então continuou passando por adaptações, tendo em vista que a igualdade formal estabelecida por sua concepção moderna fragilizou as relações sociais na contemporaneidade. Nesse sentido, o Estado passa a intervir nas relações privadas como o grande regulador, estabelecendo assim diversos freios espelhados nos institutos de direito público. O acordo de vontades passa a não ser o grande foco nesta concepção de contrato.

Nesta esteira, e com o advento dos Estados Sociais, a teoria geral dos contratos vem a ser substancialmente modificada, erigiu-se então um novo paradigma, a teoria do contrato relacional. Todavia, tem aportado em terras brasileiras de forma bastante tímida e tardia, pois é perceptível a aceitação irrestrita das teorias germano-romanas neste ínterim, mas não há de se negar que o contrato é fruto da sociedade e sem ela para lhe dar suporte não há como conceber o mesmo.

Assim, o direito privado, e por consequência os contratos devem passar de acordo com Gunther Teubner (2005a), por um projeto de reconstrução, onde o ponto de partida poderia ser desenvolvido nas palavras de Jacques Derrida (2010), que preconiza a substituição da premissa de uma relação entre pessoas para entre dois textos, produtos ou criações, conduzindo dessa feita, a uma nova visão da teoria do contrato relacional.

No entanto, ele diverge, de maneira substancial quanto a fundamentação, pois entende que não deve ser dado o sentido predominante da palavra comunitário nesta reconstrução, mas sim uma relação fria e impessoal de textualidade, desenvolvida a partir de um argumento estritamente anti-individualista, antieconômico para algumas autonomias do direito privado, se traduzindo como um espaço de compatibilidade entre vários projetos discursivos (TEUBNER, 2005a).

Dessa forma, resta abrir a altercação para transformação do direito privado contemporâneo em um direito constitucional de sistemas de regulação global, e a reificação do contrato relacional, mas ao largo das teorias tradicionalmente predominantes no direito privado, que não são de grande utilidade nessa visão, tendo em vista que são amplamente excludentes na análise da relação contratual, reduzindo inclusive os acordos a transações monetárias e, ignorando sistematicamente as tradições alternativas do pensamento contratual (TEUBNER, 2005a).

É necessário reificar e não reconstruir somente a teoria relacional dos contratos, pois esta acena para Gunther Teubner (2005a, p. 280) como “[...] uma falsa oposição entre interpretação sociológica e econômica do contrato [...]”, a oposição se localiza onde “[...] a economia representa egoísmo, decisões racionais e transações de mercado, enquanto a sociologia, ao contrário é entendida como solidariedade, cooperação, comunidade.” Afinal, ressalta-se que “[...] a tarefa legítima da sociologia não é de promover o nobre ideal da solidariedade por métodos acadêmicos, mas sim de reconstruir sistematicamente as muitas lógicas contraditórias.” (TEUBNER, 2005a, p. 281).

O entendimento equivocado trazido pelo contrato relacional, da realidade atual, baseado sobretudo na solidariedade, com uma relação humanizada, permeada de boa-fé e cooperação, com viés comunitarista, que de toda sorte supera o individualismo econômico. Superada esta interpretação ingênua, há de se compreender que se está diante de “[...] uma relação cheia

de conflitos entre discursos, jogos linguísticos, sistemas, textualidades e projetos colidentes.” (TEUBNER, 2005a, p. 281).

Para Gunther Teubner (2005a) o contrato é um secção tripartite e parcialmente contraditória, por operarem essas partículas em lógicas diversas, que ao fim e ao cabo se manifestam como uma migração da intersubjetividade à intertextualidade. Neste sentido, a intertextualidade contratual passa a se desenvolver também em três dimensões, através de relações: de artefatos semânticos; de duas fases do discurso especializados; e entre vários discursos especializados.

Dessa forma, não são os sujeitos vinculados na relação contratual, mas sim os nomes, as máscaras sociais. O contrato é uma obrigação não-individual, pois “[...] nenhuma dessas colagens de expectativas subsistêmicas é idêntica à consciência viva de homens concretos.” (TEUBNER, 2005a, p. 282) É dessa forma que os indivíduos se relacionam, não é a subjetividade, mas sim a textualidade que marca essa relação é o seu interesse socialmente construído pelos jogos linguísticos, pelos artefatos semânticos que produzem o discurso.

2.2 O PROJETO DISCURSIVO E A PRODUÇÃO DOS MAL-ENTENDIDOS PRODUTIVOS

O projeto reconstrutivo do direito privado na sociedade atual implica o desafio da repolitização do contrato em contexto social recalcitrante, marcado, de um lado, pela crise do Estado e, de outro, pela alta fragmentação social. No âmbito de uma fértil tradição teórica que remonta, entre outros, a Émile Durkheim e Otto von Gierke, trata-se nada mais nada menos de repensar as condições de possibilidade para o reconhecimento e a extensão da lógica não contratual dos contratos contemporâneos no bojo dos processos de disseminação de sistemas regulatórios particulares, de aceleração da política

privatizante e de recorrência dos riscos de mercantilização das relações sociais (TEUBNER, 2005a).

O diagnóstico de época assenta-se no reconhecimento de um deslocamento secular entre o político e o econômico que, por assim dizer, informa a emergência de um direito global sem Estado e repõe o problema da unidade da categoria jurídica do contrato na hora histórica da privatização:

[...] o maior desafio para o direito privado [...] é a extrema fragmentação de vários sistemas particulares de regulação que existem na arena global [...] *lex mercatoria*, *lex laboris* e até *lex sportiva internationalis* [...]. Eles são o produto de uma série de *private governance* regimes altamente especializados, de ordens sociais e jurídicas autônomas que existem a relativa distância do direito nacional e do Direito Internacional Público (TEUBNER, 2005a, p. 276).

O recuo da regulação político-estatal em termos nacionais e globais, assim como a guinada econômica que lhe subjaz, deslocando o campo das decisões políticas e das responsabilidades públicas para o domínio dos regimes privados, entreabrem a “[...] necessidade de repensar a normatização de governos transnacionais privados e a criação normativa privada [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 277).

A assunção privada de tarefas públicas implica a necessidade de regulação privada de conflitos sociais para além da adoção de mecanismos estritos de mercado. Segundo o autor, aí estaria a brecha para a repolitização das atividades de atores privados, uma politização que não se restringe à instituição de estruturas de direito público no plano internacional, porém, antes, “[...] traz consigo, ao mesmo tempo, uma politização dos sistemas de domínios privados em si [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 277).

Claro está que não se trata aqui de apregoar o simples retorno à lógica politizadora e publicizadora de um para lá de combalido Welfare State, aliás, nos termos de Gunther Teubner (2005a), redutora das possibilidades

de efetivação das diversas racionalidades sociais (as dinâmicas internas da pesquisa, da educação, da saúde e da arte etc.), aprisionadas pelo “[...] íntimo acoplamento estrutural à política de partidos e às burocracias administrativas [...]”, e, de resto, profundamente ineficiente, como nos ensinam os teóricos da economia dos custos de transação (TEUBNER, 2005a, p. 245).

O conflito entre jogos de linguagens embasa a observação da policontexturalidade e possibilita a detecção de mecanismos de co-evolução entre distintos subsistemas; a superação da suposta rigidez do conceito luhmanniano de acoplamento estrutural abre o caminho para a identificação de acoplamentos estruturais *urbi et orbi*, bem como para a crítica dos acoplamentos bilaterais próprios da modernidade e para o reconhecimento dos acoplamentos plurilaterais da pós modernidade, além de possibilitar a distinção entre acoplamentos fracos e fortes (TEUBNER, 2005a).

Na Babel pós-moderna, em que a antiga unidade contratual se perdeu, o contrato se redefine como uma relação entre os vários discursos: o contrato é assim uma intertextualidade, nos termos do novo campo de forças sociais, a eventual unidade do contrato estaria dada pela “[...] compatibilidade precária e provisória de projetos discursivos fragmentados [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 280).

Por sua vez, o entendimento intertextual do contrato assenta-se em três dimensões: a superação dos arranjos intersubjetivos pelos arranjos intertextuais, em que o antigo sujeito cede o passo às “[...] colagens de expectativas subsistêmicas [...]”; a substituição da lógica da permuta pela lógica dos projetos discursivos, na confluência das linguagens jurídica, econômica e do objeto da relação contratual (projeto produtivo); e a reconceptualização da execução do contrato em termos de “[...] tradução mútua e bem-sucedida de projetos discursivos [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 284).

O problema está, por óbvio, no deslinde da natureza dos termos de tradução em cenário social fragmentado, marcado pela incomensurabilidade entre os discursos dos diversos subsistemas sociais, ou seja, nas eventuais

virtualidades inconscientes inscritas nas práticas de diversos traduttori, traditori que parece recair na reformulação da liberdade contratual em termos de liberdade de reconstrução discursiva, levando em conta a autonomia dos jogos discursivos. Se o contrato conecta esses jogos em arranjos processuais provisórios, e se, por definição, a autonomia de cada um impede uma tradução e uma reversibilidade diretas dos termos que os compõem, a tradução intertextual só pode se efetivar sob a forma de um paradoxo: “[...] uma tradução necessária e, ao mesmo tempo, impossível entre diversas línguas do mundo social [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 289).

Assim, tal proeza só pode se realizar por meio de mal-entendidos produtivos: “[...] um discurso só pode reconstruir o sentido de um outro com seus próprios termos [...]” e, no “[...] entanto, ele pode, simplesmente, tornar proveitoso o material de sentido de outros discursos, como irritação externa, para criar internamente algo novo [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 285). Não só não existem critérios que de antemão assegurem o eventual caráter produtivo dos mal-entendidos, como, a reboque o risco de crescente mercantilização das relações sociais.

Nesse sentido, as raras oportunidades que se abrem para os mal-entendidos produtivos intersistêmicos dependeriam de um mínimo de simetria (ainda que precária) de oportunidades de tradução. Segundo o Gunther Teubner (2005a), foi precisamente essa simetria que acabou rifada pelos totalitarismos do século XX, que teriam ceifado as bases para a afirmação da autonomia dos discursos sociais. O direito da sociedade policontextual deve ser o direito capaz de reconhecer, instituir e garantir condições mínimas de simetria de oportunidades de tradução intertextual.

Em linha com esse projeto, e diante das ameaças à policontextualidade, os direitos fundamentais também devem ser reconceptualizados como “direitos de discurso”, um correlato normativo para o contrato como tradução de jogos linguísticos: “[...] a sociedade de hoje conhece outros espaços de

liberdade além dos pessoais, cuja proteção por direitos fundamentais não é menos importante perante as ameaças do setor privado [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 291). Assim, no âmbito dessa dinâmica de modernidade negativa se generalizam relações de subintegração e sobreintegração nos sistemas sociais e o sistema jurídico se produz e reproduz com base em critérios, programas e códigos de seu ambiente.

3 SUPERAÇÃO DO PARADIGMA INDIVIDUALISTA SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA NO DIREITO PRIVADO

Diante deste cenário a liberdade de reconstrução discursiva supera a liberdade individual do contrato, passando assim para primeiro plano, mas não dentro do discurso econômico. Nesse sentido, entende-se que a “[...] liberdade contratual seria então, sob as condições da pluralidade de discursos, a liberdade de os discursos procederem à reconstrução e à ressignificação das operações dos outros discursos em seu próprio contexto.” (TEUBNER, 2005a, p. 288) A liberdade se traduziria em uma liberdade para o mal-entendido produtivo.

3.1 OS SISTEMAS SOCIAIS E AS TENDÊNCIAS TOTALITÁRIAS

A liberdade de tradução nos termos referidos dentro do direito privado, especialmente no âmbito contratual, é colocada em xeque, quando tendências totalitárias de um sistema social tentam impor sua versão da tradução a outros mundos de sentido. Nesse sentido a liberdade, antes em sua versão meramente contratual se mostra restrita à proteção da decisão individual no mercado, mas deveria sim ser estendida à proteção da dinâmica da tradução contratual contra o próprio mercado (TEUBNER, 2005a).

É desta forma que o discurso econômico tenta consagrar sua monopolização, através do mercado, e em nome de uma racionalidade econômica, fazendo com que a própria liberdade de reconstrução discursiva seja oposta a nova construção plural. Todavia para evitar tal situação, há necessidade da edificação de um grande projeto de infra-estrutura conjugando a cooperação de múltiplas capacidades (técnicas, científicas, financeiras e políticas).

Este concerto segundo Gunther Teubner (2005a) se não for suficientemente aplicado, a lógica de mercado estará consagrada, uma vez que o conflito seja resolvido na seara do Poder Judiciário. Isto se dá pois este aplicará a cisão da complexidade do projeto produtivo, se concentrando apenas conflitos individuais, fazendo assim prevalecer a perspectiva econômica, abarrotada em critérios de eficiência alocativa e redução de custos de transação, que por sua vez ampliam a dependência do direito em relação a essa tradução (TEUBNER, 2005a).

Neste caso é evidente a existência de um contato entre o sistema social da economia e o sistema do direito, especialmente no tocante ao direito privado, o qual trabalha com a lógica do mercado quando analisado pelo Poder Judiciário como visto. Assim, Luhmann explica o funcionamento desta relação entre os sistemas, ao afirmar que:

En la relación de derecho y economía, el acoplamiento estructural se logra a través de la propiedad y el contrato. Estos dispositivos en su calidad jurídica brindan las razones más importantes de los derechos y los deberes (en el sentido de: obligaciones) de tal forma que en los tiempos de cambio del siglo XVIII se piensa que son congruentes con las bases en absoluto del derecho y de la sociedad. (LUHMANN, 2006, p. 621).

Contrariando essa lógica, o direito privado, deveria ser guindado na direção da policontextualidade, pois atualmente opera neste quase que exclusivo acoplamento monocontextual com sistema da economia. Dessa

feita, passa a receber “[...] suas informações sobre o resto da sociedade quase automática e quase exclusivamente por meio do cálculo custo-benefício do discurso econômico [...]” (TEUBNER, 2005a, p. 289). Especialmente danoso ao subsistema do direito privado que receberá os discursos da sociedade já filtrados com a linguagem da economia, prevalecendo com isso a tendência totalitária daquele sistema social da economia e seu monopólio da tradução.

Nesta senda, Gunther Teubner (2005a) afirma ser importante o direito privado estabelecer contato com outros subsistemas sociais que seguem critérios racionais, o que de forma restrita já vem acontecendo com as conhecidas cláusulas gerais. Todavia, são apenas correções marginais da racionalidade dominante do sistema social da economia, devendo sim ser substituídas pela simetria no projeto discursivo do contrato.

3.2 DIREITOS DE DISCURSO E A TEORIA SISTÊMICA NO DIREITO PRIVADO

O contrato enquanto este projeto discursivo, como uma tradução de jogos linguísticos, abre um campo de questionamentos, em especial sobre sua autenticidade, logo quando os discursos dentro da liberdade de tradução podem exigir autonomia. Todavia, os referidos totalitarismos, controladores das meta-regras de tradução, monopolizam-no como referido e o impõe o direito de reconstrução (TEUBNER, 2005). Nesse sentido Teubner (2005a, p. 290-291) afirma que:

Esses “direitos” são, antes de tudo, apenas fenômenos sociais difusos, construtos rudimentares normativos com contornos pouco claros que se apresentam em comportamentos sociais como pretensões vagas de autonomia que, entretanto, são tão importantes para a preservação de uma estrutura social diferenciada que sua institucionalização jurídica deve ter preferência na política jurídica.

Neste contexto emerge a proposta de interdiscursividade e ao passo de que se questiona sobre sua possível compreensão no próprio projeto produtivo do contrato. Afinal, a reconstrução do contrato como projeto produtivo deve ser realizada a partir das mais diversas esferas (Tecnologia, Ciência, Medicina, Educação, dentre outras), tendo em vista que se trata de uma relação que apresenta alta complexidade, bem como sua proteção através dos direitos fundamentais também merece destaque (TEUBNER, 2005a).

Os institutos de direitos fundamentais, não mais se apresentam como viáveis em suas formas originais, pois o projeto produtivo do contrato, exige que seja “[...] alterado, passando de uma proteção meramente relacionada ao indivíduo para a proteção de instituições, redes, sistemas e discursos impessoais diante das ameaças no setor privado.” (TEUBNER, 2005a, p. 291). Passando estes a ser identificados e considerados como direitos de discurso, deve ser edificada uma ampliação dos direitos fundamentais e naturalmente uma reformulação das estruturas clássicas de suporte deles, para que com isso se garanta a pluralidade de discursos. Nesta senda, Gunther Teubner destaca que:

Essa ampliação do indivíduo ao discurso foi a mensagem da teoria de sistemas para o direito público, que alterou fundamentalmente seu entendimento sobre os direitos fundamentais, cujas consequências sobre o direito privado, porém, ainda devem ser extraídas. (TEUBNER, 2005a, p. 291)

Desta forma, os direitos fundamentais devem ser apreciados como proteção à diversidade de discursos, repelindo as tendências monopolizantes de discursos dominantes, pois estes já não mais são originários da política, mas sim de áreas no limiar do século XXI. Asseverando, Gunther Teubner (2005a) destaca que hoje estão presentes na tecnologia, na ciência e na economia e, para estas ou quaisquer outras de tendências totalitárias deve estar voltado o conceito discursivo de direitos fundamentais, pois o direito

privado deve estar voltado para proteção de muitas autonomias e não apenas diante do Estado repressivo.

Assim, além disto, refuta-se também institutos como a dogmática do reflexo a terceiros, que se concentra na função de proteção do Estado, pois sua discussão atual está concentrada no poder econômico. Tal situação, se apresenta equivocada, tendo em vista que o meio de comunicação não é o poder, como outrora se pensava, mas sim o dinheiro. É o dinheiro que ameaça às liberdades discursivas, por meio de sua sutil, mas extremamente eficaz sedução que promove uma corrupção estrutural, fazendo exortar a necessidade de uma “[...] institucionalização estável de direitos fundamentais.” (TEUBNER, 2005a, p. 293).

Para evitar esse cenário uma procedimentalização dos direitos fundamentais poderia levar a uma garantia efetiva de autonomia discursiva, pois por trás dos discursos acerca dos direitos fundamentais está a necessidade de uma constitucionalização do direito privado e uma reconstrução sob este prisma dos contratos. Todavia, há de se observar que não é uma constitucionalização política, mas sim uma constitucionalização dos conhecidos regimes privados de regulamentação que podem com isso garantir as autonomias da Sociedade Civil. Dessa feita, outro ponto importante de destaque para tanto, é a substituição do acoplamento monocontextual entre economia e direito privado, para que esse mantenha contato com mais sistemas sociais de bases racionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações contratuais complexas na modernidade têm como ponto de partida uma reconstrução do direito privado, que tem como fundamento, a reconceptualização dos direitos fundamentais, enquanto direitos de discurso, e uma transposição da consolidada lógica jurídica protetiva contra ingerências

do poder político. Para tanto, é necessário enfrentar e compreender os desafios de uma sociedade fragmentada, sem cair no reducionismo unidimensionalista de sentido econômico ou jurídico.

Neste contexto, rememora-se a Teoria do Contrato Relacional, com vistas a revigorar esta nova perspectiva que se abre no direito privado. Todavia, é mister a reificação da referida, pois ela acaba por colocar em constante oposição interpretações discursivas de sistemas sociais distintos, o que faz de maneira equivocada. De certo é indispensável, uma (re)evolução na própria teoria, em que se transpassa de uma relação intersubjetiva à relação interdiscursiva é que se alcança o norteamento ao contrato na atual policontexturalidade.

Um campo de questionamentos se abre com essa perspectiva interdiscursiva, e a liberdade de tradução é um dos principais, pois evidencia-se que as tendências totalitárias de sistemas sociais em expansão, que aspiram controlar a tradução dos discursos, o fazem por meio do controle de meta-regras de linguagem. O poder não é central nesta discussão, mas sim o dinheiro e, para obstaculizar essas tentativas monopolizantes se faz imperativo a construção de uma nova infra-estrutura de cooperação.

A economia se apresenta como o sistema social que atualmente domina as traduções no direito privado por intermédio de acoplamento monocontextual e de seus significantes, através do preceito propriedade e contrato. Nesse viés que é evidente que o contrato enquanto fruto do direito privado está permanentemente recebendo suas informações pelo cálculo de custo-benefício e que o Poder Judiciário também quando avalia estas demandas tende a refutar a complexidade das relações e segmentar o contrato, dando surgimento a contratos individuais, o que prejudica entendimento do contrato enquanto projeto.

A teoria dos sistemas como assevera Gunther Teubner (2005, p. 294) é que dá uma mensagem adequada ao direito privado, com vistas ao

rompimento do individualismo marcante na sociedade fragmentada. Com efeito, esse rompimento passa pela ampliação do indivíduo ao discurso e, não menos importante da multilateralização do direito privado, que deve manter contato com outros sistemas sociais racionais, assim evitando o totalitarismo do sistema da economia. Regimes de regulamentação privada são alternativas apontadas para uma constitucionalização do direito privado, sem caráter político da mesma, mas com possibilidade de refrear “[...]” tendências autodestrutivas de sistemas sociais em expansão [...]” como o sistema da economia, além de outros como da ciência e da tecnologia.

REFERÊNCIAS

DERRIDA, J. *Força da lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GOMES, O. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2006.

TEUBNER, G. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2005a.

TEUBNER, G. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2005b.

A COLISÃO DE DIREITO HUMANOS FRENTE A SINDEMIA CAUSADA PELO COVID-19: O DIREITO HUMANO À SAÚDE VERSUS O DIREITO À PROPRIEDADE DECORRENTE DE PATENTES FARMACÊUTICAS

Aleteia Hummes Thaines
Éder Machado de Oliveira
Leonardo Vargas

1 INTRODUÇÃO

Considerando o amplo debate que vem ocorrendo no meio científico e político a respeito do desenvolvimento, produção e distribuição das vacinas contra a COVID-19, especialmente no que tange ao acesso à essas vacinas por países periféricos, busca-se equacionar o conflito entre dois princípios norteadores de Direitos Humanos. O primeiro diz respeito ao Direito Humano à Saúde e o segundo ao Direito Humano sobre a Propriedade Intelectual, em particular, às patentes farmacêuticas.

Partindo da perspectiva de colisão de princípios, em Ronald Dworkin, para revelar a preponderância de um princípio em detrimento de outro, faz-se o seguinte questionamento: a mitigação do direito de exploração exclusiva sobre uma patente farmacêutica, considerada como um Direito Humano Fundamental, se justificaria frente a sindemia causada pelo novo Coronavírus, uma vez que, diante desse cenário, pode ocorrer um comprometimento à saúde coletiva, também considerado um Direito Humano Fundamental?

A partir deste problema, a presente pesquisa tem como objetivo geral, analisar, com base na teoria da colisão de princípios, proposta por Ronald

Dworkin, se a relativização do direito de exploração exclusiva sobre uma patente farmacêutica se justificaria frente a sindemia causada pelo COVID-19, uma vez que, diante desse cenário pode ocorrer um comprometimento à saúde coletiva, considerada, também, um Direito Humano Fundamental.

Como objetivos específicos se estabeleceu: a) conceituar a sindemia causada pelo vírus SARS-CoV-2; b) analisar o conflito entre o direito humano à saúde e o direito humano de propriedade intelectual, no que tange ao instituto das patentes farmacêuticas; c) estudar a teoria da resposta adequada, em Ronald Dworkin, para enfrentar o conflito entre o direito humano à saúde e o direito humano sobre a propriedade de patentes farmacêuticas; d) debater a possibilidade de flexibilização dos direitos sobre as patentes farmacêuticas para o combate a sindemia causada pela COVID-19.

O presente trabalho se justifica, por ser uma pesquisa atual e relevante, uma vez que a COVID-19 assolou a comunidade internacional, de tal modo, que expôs a fragilização dos seus sistemas de saúde, muito mais vulneráveis em países subdesenvolvidos. Para além dos reflexos nos sistemas de saúde, se verifica um crescente desmantelamento das relações sociais e econômicas, o que implica reconhecer, muito além da pandemia, a instalação de uma verdadeira sindemia.

Tal cenário expõe a necessidade de se repensar os fundamentos e garantias, originados do direito de exploração exclusiva das patentes farmacêuticas, provocando a discussão sobre a viabilização de ações inovadoras por parte dos organismos mundiais (OMPI; OMS; OMC) e das indústrias farmacêuticas sobre a possibilidade de flexibilização daquele direito.

Por esse motivo, a pesquisa estabeleceu como procedimentos metodológicos a realização de levantamento bibliográfico, baseado em livros e artigos publicados em periódicos relevantes sobre a temática, materiais

esses em formato físico ou eletrônico, além da pesquisa de cunho documental. Elegeu-se também, o método dialético.

Com vistas a contemplar a temática abordada, este estudo divide-se em quatro partes. Na primeira parte, contextualizar-se-á a diferença entre pandemia e sindemia. Num segundo momento, discorrer-se-á sobre o conflito estabelecido entre o direito humano à saúde e o direito humano sobre a propriedade das patentes. Num terceiro momento, analisar-se-á a teoria da resposta adequada, proposta por Ronald Dworkin, para responder ao conflito entre o direito à saúde e o direito sobre as patentes farmacêuticas. Por fim, discutir-se-á sobre a possibilidade de flexibilização, por parte dos organismos internacionais, dos direitos relativos a exploração exclusiva das patentes farmacêuticas para combater o vírus SARS-CoV-2.

2 A SINDEMIA CAUSADA PELA SARS-COV-2

O termo sindemia foi cunhado por Merrill Singer, antropólogo médico americano e professor da Universidade de Connecticut, na década de 90. Seus estudos foram desenvolvidos na comunidade de Hartford, em Porto Rico, e se baseavam em relacionar a violência urbana, o abuso de drogas e a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), em comunidades vulneráveis, fatores estes que eram epidemias simultâneas entre a população americana vulnerável. (SINGER, 1996).

Nesse sentido, considera-se que existe uma interação sinérgica entre os fatores biológicos e socioeconômicos, ocasionando resultados adverso à saúde, uma vez que a saúde é influenciada por situações como pobreza, nutrição abaixo do padrão, desemprego, falta de saneamento básico, além de outros fatores. (SINGER, 1996). Por isso, Singer (1996) conceitua a sindemia como um conjunto de fatores ligados à saúde e as condições sociais que

estão diretamente relacionados e que afetam, de forma geral, a saúde de uma população.

O agravamento das condições de saúde tende a ser mais devastadoras quando se fala em comunidades ou populações em situação de vulnerabilidade, especialmente, a vulnerabilidade social. Por esse motivo, as teorias sindêmicas buscam compreender e identificar as interações biológicas e sociais para a definição de indicadores que levam a elaboração de políticas públicas de saúde eficiente, a fim de combater e tratar as doenças. (THE LANCET, 2020).

No caso da sindemia pela COVID-19, tem-se presente uma epidemia sinérgica, uma vez que o vírus SARS-CoV-2 não age de forma isolada. Já se confirmou que pessoas com doenças crônicas possuem mais propensão para ter quadros mais severos da doença. Essas doenças crônicas, muitas vezes, estão ligadas a nutrição fora do padrão ideal e as condições econômicas da população. Contudo, não se pode considerar somente o quadro de saúde das pessoas infectadas com o vírus, mas também, a dificuldade de controle deste em pessoas com maior vulnerabilidade, pois elas possuem maior dificuldade de se manterem isoladas, residem em habitações precárias e, na maioria das vezes, não tem acesso à saneamento básico. (AHUJA, 2020).

Com relação ao saneamento, a Organização das Nações Unidas, estima que mais de 2 bilhões de pessoas no mundo não tem acesso a serviços básico de saneamento e 40% da população mundial não possuem água e sabão para higienizar as mãos e minimizar os riscos de contaminação pelo COVID-19. (ONU, 2020).

Observa-se que, os fatores biológicos do indivíduo e da coletividade estão associados ao aumento da desigualdade social, acirrando o quadro sindêmico. (COSTA, *et. al.*, 2020). Por esse motivo, faz-se necessário abordar e enfrentar o vírus da SARS-CoV-2, não mais como uma pandemia, apesar do termo pandemia remeter para uma disseminação mundial de uma

nova doença (OMS, 2021), mas sim, considerá-la como uma sindemia, em virtude dos reflexos gerados, não somente na saúde pública, mas nas áreas econômica, social e política. (THE LANCET, 2020).

Diante dessas razões, é imprescindível realizar um debate, não só direcionado à área sanitária, mas também, as áreas econômicas, sociais e políticas, no enfrentamento dessa doença. Dessa forma, esta pesquisa traz à baila a discussão sobre a necessidade de se relativizar os direitos sobre as patentes farmacêuticas de insumos, medicamento e vacinas utilizadas no enfrentamento dessa doença, pois a demora na produção e/ou fornecimentos, especialmente, de vacinas, poderá agravar os impactos da sindemia, a nível mundial.

3 DIREITO HUMANO À SAÚDE VERSUS DIREITO HUMANO SOBRE A PROPRIEDADE DAS PATENTES: UM CONFLITO ENTRE DOIS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Direitos humanos são todos aqueles direitos inerentes ao ser humano. Este conceito fornece guarida à ideia de que deve, à toda e qualquer pessoa, ser garantido o direito de usufruir destes sem distinção de qualquer natureza. Ainda, eles são garantidos legalmente no direito internacional, por meio de tratados e convenções, visando proteger os indivíduos ou seus grupos sociais contra investidas que impeçam o livre exercício de suas liberdades fundamentais e/ou violem a dignidade humana (ONU, 1948).

Por serem fundados na dignidade da pessoa humana, os direitos humanos são inalienáveis, pois não podem ser restringidos ou retirados, salvo em situações específicas; são também indivisíveis, uma vez que coexistem em um sistema que visa garantir a observação de todos eles, baseado no entendimento de que não basta observar apenas um direito em detrimento

de outro, sob pena de impactar nos demais direitos, pois, se considera a sua relação de interdependência (PIOVESAN, 2019).

Os documentos internacionais conferem aos direitos humanos um arcabouço legal que engloba direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais e surgem a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem. Esses documentos relembram a importância em promover e proteger esses direitos, servindo como requisito para a saúde e o bem-estar dos indivíduos de cada país. Dentre os diversos direitos tutelados à nível internacional, estão os direitos entendidos como de primeira dimensão, relativos a um ideal de igualdade e liberdade, merecendo destaque aqui o direito à vida e o direito à propriedade intelectual. (SARLET, 2007).

A partir do direito à vida, extrai-se o direito humano à saúde, que é entendido, desde a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, como “[...] um completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Essa tutela, no entanto, foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, passando a ser tratada como um direito humano fundamental, como se depreende de seu art. 25, I. (ONU, 1948).

Com relação ao direito à propriedade intelectual, este surge da necessidade de se proteger as novas tecnologias, de modo a instrumentalizar o desenvolvimento da economia, servindo de incentivo para a competitividade no campo dos avanços tecnológicos. Esse direito é reconhecido desde a antiguidade e, hoje, se divide em Direito do Autor e Propriedade Industrial. Por esse motivo, ele é considerado um bem fundamental para a economia, uma vez que está diretamente relacionado com a informação, conhecimento e direitos humanos. (BARBOSA, 2020).

O direito a propriedade industrial começa a carecer de proteção a partir da Revolução Industrial¹, uma vez que se começa a empregar novas tecnologias para criação de máquinas e equipamentos, visando aumentar e facilitar o processo produtivo, gerando riqueza.

Com a expansão do capitalismo e o desenvolvimento das tecnologias, se promulgam legislações de proteção à propriedade industrial, a mais importante delas é a Convenção da União de Paris, de 1883² que deu origem ao que se chama hoje de sistema internacional de proteção à propriedade industrial.

No entanto, mesmo antes da Convenção da União de Paris, vários países já tutelavam o direito da propriedade industrial. Pontes de Miranda (1963, p. 152) destaca que “[...] os Estados Unidos da América meteram-no na Constituição; e a França regulou-o, com minúcias, no ano de 1791”. Tal regulamentação, possibilitou a geração de riqueza das grandes potências, uma vez que elas detinham o poder econômico para investimento em tecnologia.

Assim, dentro do campo da propriedade industrial, tem-se as patentes, que se constituem como um direito exclusivo concedido sobre uma invenção, facultando ao titular desta decidir se esta invenção pode ser utilizada por terceiros, bem como definir a forma desta utilização. Com a concessão da patente, seu titular tem o direito de colocá-la ou não à disposição da sociedade, pois a ele é garantido o direito de exploração exclusiva sobre produto. (OMPI, 2021b).

¹ No entanto, a primeira legislação sobre patentes é datada em 1474. (NARD; MORRIS, 2006).

² A Convenção de Paris se aplica a propriedade industrial em sua concepção mais ampla, incluindo as patentes, as marcas de produtos e serviços, os desenhos e modelos industriais, os modelos de utilidade (uma espécie de “pequena patente” estabelecida na legislação de alguns países), as marcas de serviços, os nomes comerciais (a denominação que se emprega para a atividade industrial ou comercial), as indicações geográficas (indicações de procedência e denominações de origem) e a repressão a concorrência desleal. (OMPI, 2021a).

Por esse motivo, muito se discute sobre as questões econômicas que envolvem as patentes, em especial as farmacêuticas, uma vez que, ao serem concedidas, elas outorgam aos seus titulares um verdadeiro monopólio sobre o produto, pois garante que o detentor explore, de forma exclusiva e por determinado período, o produto oriundo de sua invenção. Porém, tal garantia serve para conceder ao inventor uma compensação pelos recursos e tempo investido no desenvolvimento daquela pesquisa que, por sua vez, beneficiará, especialmente quando se trata de patentes farmacêuticas, toda a humanidade.

Ainda, ao contrário do que muitos sustentam, as patentes, seja ela de qual modalidade for, não estão somente tuteladas pela Convenção da União de Paris, mas também pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 27, 2, que disciplina “[...] 2. Todos têm direito à proteção *[sic]* dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.” (ONU, 1948). Sendo assim, elas se constituem em um direito humano fundamental revestido pelo princípio básico de proteção da esfera jurídica da pessoa humana.

É nesse momento que, analisando o campo das patentes farmacêuticas, verifica-se a existência de um conflito entre princípios fundamentais de direitos humanos. De um lado, tem-se o direito à saúde, englobando a garantia de bem-estar e contemplando a erradicação de doenças; e de outro, tem-se a proteção às patentes farmacêuticas que, por sua vez, visam preservar a propriedade industrial das invenções na área da saúde, destinando-se especialmente à criação de tratamentos para novas doenças.

Assim, havendo colisão entre o direito à saúde e o direito à propriedade intelectual, mais especificamente, no que concerne as patentes farmacêuticas, surge a necessidade de que se estabeleça certos padrões para se verificar qual terá, ao ser aplicado no caso concreto, preponderância sobre o outro,

haja vista que, ambos são considerados direitos humanos fundamentais. Para dar uma resposta adequada a esta colisão, tal pesquisa encontra fundamento na Teoria de Ronald Dworkin.

4 A TEORIA DA RESPOSTA ADEQUADA, EM RONALD DWORKIN, PARA ENFRENTAR A COLISÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS

Ronald Dworkin revela-se um de seus mais severos críticos do positivismo jurídico de tradição anglo-americana, estendendo suas críticas também ao modelo positivista de tradição romano-germânica (CHUEIRI, 2006). Entre as principais teses defendidas por Dworkin, estão a tese dos direitos e a tese da resposta correta.

Foi na discordância e no célebre debate com Hart, que Dworkin elabora o seu conceito de direito, iniciando por atacar o sistema de regras defendido por aquele que confere uma preponderante importância do direito regrado ou positivado, sobre a essencialidade da compreensão principiológica do Direito. Herbert Hart é um neopositivista, para o qual ou as regras se aplicam ao caso ou não se aplicam, consistindo, portanto, em uma visão dualista criticada, principalmente diante dos chamados “*hard cases*”, por Ronald Dworkin.

Dworkin, sustenta sua teoria, na observância e defesa da preponderância dos princípios sobre as regras positivadas, considerando que foi “[...] através da eliminação daquelas questões relacionadas com os princípios morais que formam o seu núcleo [...]” que se acabou por distorcer os problemas da teoria do direito, dando-se ênfase aos fatos e estratégias. (DWORKIN, 2010, p. 8)

Para o autor, os juízes, ao decidirem, lançam mão de outros aspectos, além de regras pré-estabelecidas pois, o conceito de direito, é composto por regras e princípios e não somente por aquelas, que seriam válidas ou não, que se verificam em acordo ou desacordo com a norma de reconhecimento.

Nesse aspecto, o magistrado, ao decidir, deve se ater a certos “[...] padrões de racionalidade, equidade e eficácia.” (DWORKIN, 2010, p. 53), uma vez que se deve ter os princípios como balizadores, pois dizem respeito a “[...] exigência de justiça ou equidade ou outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36).

Para Dworkin (2010, p. 36), princípio é “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Em algumas situações pode haver colisão entre princípios fundamentais, pois os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem, qual seja, a dimensão do peso ou importância. Assim “[...] quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” (DWORKIN, 2010, p. 42).

Por esse motivo, o juiz, ao aplicar o direito deve respeitar o princípio da integridade, identificando direitos e deveres dos indivíduos, partindo do pressuposto de que eles se originam da sociedade. Ao analisar o direito como integridade, observa-se que as decisões são verdadeiras se são oriundas de princípios como a justiça e a equidade, sob pena de carência de integridade. (DWORKIN, 1999). Além disso, também se “[...] exige uma coerência [...] ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar” (DWORKIN, 1999, p. 273), a fim de que seja assegurada a melhor decisão possível.

Nesse aspecto, ao analisar questões envolvendo conteúdos de direitos humanos, como é o caso da discussão entre o direito à saúde e o direito de propriedade sobre as patentes farmacêuticas, a proposta dworkiniana se mostra ainda mais adequada, pois, como já destacado, ambos são direitos humanos reconhecidos universalmente e que devem ser preservados. No entanto, mesmo diante dessa divergência de princípios, deve-se definir

critérios como a coerência e a integridade para que, diante de uma situação concreta, um desses princípios se sobreponha ao outro.

5 A DISCUSSÃO, JUNTO AOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS, SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PATENTES FARMACÊUTICAS PARA O ENFRENTAMENTO DO VÍRUS SARS-COV-2

Essa discussão acerca do conflito entre direito universal à saúde e o direito à propriedade sobre as patentes farmacêuticas acarretou longos diálogos referente a flexibilização dos direitos sobre as patentes de medicamentos, para tratar da síndrome de COVID-19 que assola o mundo. Tal debate se justifica em virtude do direito que todas as pessoas possuem de gozar do mais alto padrão possível de saúde física e mental, conforme estabelece o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (OEA, 2021).

Para essa efetivação, o Pacto obriga aos Estados-Membros a tomar as medidas necessárias para a prevenção, tratamento e controle de diversos tipos de doenças, como as sindêmicas, epidêmicas, endêmicas, ocupacionais, entre outras.³ Essas medidas têm a finalidade de assegurar o acesso equitativo aos cuidados de saúde, bem como, garantias mínimas de assistência à saúde em caso de doença, com a intenção de concretização dos direitos humanos. (BENITO-REVOLLO; CARDONA, 2016).

³ Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 12, §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. §2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos, assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (OEA, 2021).

No intuito de efetivar esse acesso, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1975, iniciou uma discussão, à nível mundial, sobre a necessidade de ser disponibilizado medicamentos e vacinas essenciais a preços razoáveis. A partir desse momento, a OMS, começa a difundir o conceito de medicamentos essenciais, que nada mais são do que os fármacos que atendem as necessidades prioritárias da saúde da população. Esses remédios e vacinas devem estar sempre disponíveis nos sistemas de saúde, em quantidades suficientes e a preços acessíveis a todos. (OMS, 2021a).

A OMS realiza um levantamento e seleciona esses medicamentos levando em consideração a prevalência da doença e a sua relevância para a saúde pública. (OMS, 2021a). A primeira Lista de Medicamentos Essenciais foi aprovada por aquele órgão, em 1979, a partir da implementação do Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais. (OMS, 2021b).

Em virtude de os medicamentos essenciais serem indispensáveis para a saúde da população, Arbeláez (2014) defende que eles não podem ser objeto de concessão de patente, pois, com isso, se garantiria o acesso aos medicamentos vitais para a efetivação do direito fundamental à saúde, como seria o caso, do desenvolvimento, produção e distribuição de medicamentos, vacinas e insumos para enfrentar a sindemia causada pelo vírus SARS-CoV-2.

Por outro lado, a não concessão de patentes farmacêuticas sobre essas vacinas, insumos e medicamentos que estão sendo pesquisados e desenvolvidos, podem acarretar desinteresse por essas pesquisas e a retirada de financiamentos para essa finalidade. Por isso, Zucoloto, Miranda e Porto (2020) argumentam que em virtude da emergência sanitária da sindemia que assola o mundo, os países poderão adotar soluções que impeçam disputas sobre direitos de propriedade intelectual, a fim de não obstruir o desenvolvimento de novos medicamentos que possam auxiliar no combate à esta doença.

Uma dessas soluções seria a emissão de licenças compulsórias sobre as patentes farmacêuticas referente a produtos para enfrentar a síndrome por COVID-19. Essa possibilidade já se encontra regulada pela Organização Mundial do Comércio (OMC), no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS), garantindo aos Estados-Membros alguma flexibilização na gestão de patentes farmacêuticas.

As licenças compulsórias consistem na permissão dada pelo governo à outra pessoa para produzir um determinado produto ou processo patenteado sem o consentimento do titular da patente. Contudo, tal situação não implica na “quebra” de uma patente, pois o seu detentor ainda tem os direitos sobre ela, incluindo o direito de receber uma compensação pelos produtos fabricados sob a licença compulsória. (OMC, 2021a).

Pela redação original do Acordo TRIPS, de 1995, a partir da emissão da licença compulsória a pessoa autorizada poderá produzir uma cópia genérica do produto ou processo, exclusivamente para abastecer o mercado interno. No entanto, a possibilidade de se fabricar produtos, sob a licença compulsória, somente internamente gerou algumas preocupações sobre a efetivação desse direito, pois os países periféricos, muitas vezes, não detêm tecnologia suficiente para produção interna desses produtos, em especial, os farmacêuticos, causando um comprometimento da saúde pública.

Tais preocupações levaram os Países-Membros da OMC, a discutirem outras possibilidades de efetivação da flexibilização dos direitos de propriedade sobre as patentes e a alterar as regras do Acordo TRIPS, a fim de garantir a saúde pública. Isso levou os Estados-Membros da OMC a adotarem a Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, por consenso, na 4ª Conferência Ministerial da OMC, em Doha, em 14 de novembro de 2001. (OMC, 2021b).

A Declaração de Doha altera alguns dispositivos do Acordo TRIPS, visando estabelecer um tipo adicional de licenciamento compulsório. Essa

espécie de licenciamento autoriza, os países que são incapazes de fabricar, internamente, produtos farmacêuticos necessários para garantir a saúde da população, a aquisição de cópias mais baratas sob licenças compulsórias estrangeiras. Nesse sentido, qualquer país periférico poderá importar medicamentos, vacinas e insumos utilizando esse mecanismo especial de licença compulsória. (OMC, 2021a).

Apesar de todos esses mecanismos estabelecidos no Acordo TRIPs, no que concerne a relativização dos direitos sobre as patentes, em especial, as farmacêuticas, observa-se que não está sendo suficiente para o enfrentamento da pandemia por COVID-19, uma vez que os países mais pobres não estão tendo acesso à aquisição de vacinas e insumos para o enfrentamento do vírus SARS-CoV-2, o que coloca em risco toda a comunidade mundial. Diante dessa situação, reafirma-se a colisão desses dois princípios fundamentais, quais sejam, o direito à propriedade sobre as patentes farmacêuticas e o direito universal à saúde.

A fim de garantir o direito à saúde em detrimento do direito de proteção à patente farmacêutica para uma resposta eficaz ao combate à COVID-19, a África do Sul e a Índia, propuseram, em outubro de 2020, ao Conselho do Acordo TRIPs, na OMC, uma suspensão temporária dos direitos sobre as patentes farmacêuticas, referente a medicamentos - que ainda estão sendo desenvolvidos -, insumos e vacinas capazes de enfrentar o SARS-CoV-2.

Segundo Mustaqem de Gama, conselheiro da Missão Permanente Sul-africana junto à OMC, que ajudou a redigir a proposta, a justificativa é no sentido de abrir espaço para mais colaboração na transferência de tecnologia e garantir um acesso igualitário desses produtos e insumos por todos os países, especialmente os periféricos, pois estes vem sofrendo, de forma mais intensa, com essa pandemia. (USHER, 2020).

Em um primeiro momento, a proposta foi impulsionada por Índia e África do Sul, porém, hoje ela conta com o apoio de mais de 100 Países-

Membros da OMC. Entretanto, ainda, se observa uma grande resistência por parte de alguns países, uma vez que entendem que as barreiras de propriedade intelectual não são um obstáculo para o acesso à vacina, sendo que o maior entrave seria a capacidade de produção dessas vacinas e insumos pelos países periféricos. De outro lado, os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento rebatem essas alegações enfatizando que os países ricos não estão preocupados com a crise sanitária que assola o mundo, mas com a perda de receitas. (QUINN, 2021).

Com relação a proposta, em fevereiro de 2021, o Conselho para o TRIPS se reuniu para discuti-la. Contudo, seus membros não chegaram a uma conclusão, apenas enfatizam que o objetivo da Organização Mundial do Comércio é trabalhar na promoção do acesso à medicamentos, insumos e vacinas, para a população mundial, de alta qualidade e a preços acessíveis. Para a efetivação dessa meta, os membros da OMC estão trabalhando em cooperação com outros organismos internacionais, como por exemplo, Organização Mundial da Propriedade Intelectual e Organização Mundial da Saúde. (OMC, 2021c).

Em abril de 2021, a Diretora-geral da Organização Mundial do Comércio, DG Okonjo-Iweala, palestrou no evento “COVID-19 and vaccine equity: what can the WTO contribute?”. Na oportunidade ela solicitou a cooperação dos organismos internacionais, Estados e laboratórios farmacêuticos para enfrentar os obstáculos relacionados ao comércio, no intuito de aumentar a produção e a distribuição de vacinas para o enfrentamento do SARS-CoV-2, a fim de salvar vidas, apressar o fim da pandemia e acelerar a recuperação da economia mundial. (OMC, 2021d).

O intuito do evento era: a) identificar os obstáculos relacionados ao comércio e como a OMC poderia auxiliar no aumento da produção e distribuição de vacinas de maneira equitativa; b) reunir empresas farmacêuticas dispostas a compartilhar tecnologia e *know-how*; c) reunir instituições financeiras

dispostas a financiar capacidade adicional de produção; d) reunir as organizações internacionais, tais como Organização Mundial do Comércio, Organização Mundial da Propriedade Intelectual e Organização Mundial da Saúde para trabalhar em conjunto e definir estratégias, visando incentivar as pesquisas nas área médica para que nenhum país fique sem vacina, pois o mundo não estará seguro enquanto a população mundial não for totalmente imunizada. (OMC, 2021d).

DG Okonjo-Iweala, enfatizou a complexidade dos desafios para que todos os países tenham acesso à vacina e espera que as questões levantadas no evento possam subsidiar uma convergência no Conselho TRIPs para resolver a questão levantada por África do Sul e Índia, sobre a suspensão temporária dos direitos de patentes farmacêuticas. Como sugestão, a Diretora-geral propôs que os membros da OMC trabalhem, no sentido de reduzir ainda mais as restrições à exportação e as barreiras da cadeia de abastecimento e facilitem os procedimentos logísticos e alfandegários. Ainda, fez um pedido às empresas farmacêuticas para que elas disponibilizem os *know-how* e compartilhem a tecnologia desenvolvida, bem como, busquem estratégias para investimentos a longo prazo. Em contrapartida, as organizações internacionais, poderiam adequar as questões regulatórias, especialmente referente as patentes farmacêuticas. (OMC, 2021d). Dessa forma, nenhum país ficaria aguardando o acesso a esses produtos e insumos o que minimizaria os impactos gerados pela sindemia causada pelo SARS-CoV-2, que já matou mais de 2,5 milhões de pessoas em todo o mundo.

Atendendo ao apelo dos organismos internacionais, em maio de 2021, os Estados Unidos surpreenderam o mundo com o anúncio de seu presidente, Joe Biden, sobre o apoio a isenção de regras de propriedade intelectual junto à Organização Mundial do Comércio, no que tange as vacinas e imunizantes contra a COVID-19. Para Biden, a renúncia aos direitos de propriedades sobre as patentes farmacêuticas, para o enfrentamento dessa sindemia,

permitiria que cada Estado autorizasse a produção de vacinas patenteadas sem o consentimento das indústrias farmacêuticas detentora da patente. (BONADIO; FONTANELLI, 2021).

Nessa mesma linha, em junho de 2021, o Parlamento Europeu aprovou a Resolução n. 2692/2021 Sobre o Enfrentamento e o Desafio Global da COVID-19: efeitos da renúncia ao Acordo TRIPS da OMC, sobre vacinas, tratamento, equipamentos e aumento da capacidade de produção e fabricação em países em desenvolvimento. Essa Resolução levou em consideração os dispositivos estabelecidos no Acordo TRIPS, na Declaração de Doha, bem como, a proposta da África do Sul e Índia, sobre a suspensão temporária dos direitos sobre patentes farmacêuticas, para combater o SARS-CoV-2. (UNIÃO EUROPEIA, 2021).

O documento menciona que a atual sindemia requer uma estratégia global para o desenvolvimento e distribuição, não somente de vacinas, mas de diagnósticos, tratamentos, equipamentos, insumos e medicamentos, a fim de alcançar a igualdade de distribuição destes para todos os países do globo terrestre. Ademais, ainda enfatiza que as vacinas devem ser consideradas e tratadas como bens públicos globais e, por isso, necessitam ser fornecidas gratuitamente a toda população, uma vez que seria injusto a não distribuição destas as pessoas pobres ou que residem em países considerados periféricos. Pois, até junho de 2021, aproximadamente 1,6 bilhões de doses de vacinas foram aplicadas em todo o mundo, sendo a grande maioria aplicada em países desenvolvidos que produzem essas vacinas e, apenas, 0,3% das doses de vacinas foram administradas em pessoas residentes nos 29 países mais pobres.

Nessa Resolução, a União Europeia confirma o seu apoio à Organização Mundial da Saúde, assim, como incentivará as empresas farmacêuticas a compartilhar as suas tecnologias e *know-how* com terceiros, a baixo custo, em particular com os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, no

intuito de imunizar, à nível mundial, o maior número de pessoas possíveis, a fim de controlar a propagação do SARS-CoV-2. (UNIÃO EUROPEIA, 2021).

A preocupação da maioria dos Estados-Membros da OMC e os dados trazidos sobre a vacinação a nível mundial demonstram a desigualdade na distribuição de vacinas e insumos para enfrentar a COVID-19 pelo mundo. Tal situação, ou seja, uma sindemia à nível global, é motivo que justifica a prevalência do direito à saúde sobre os direitos das patentes farmacêuticas, ensejando uma flexibilização sobre os direitos dessas patentes que são necessárias ao enfrentamento da SARS-CoV-2. No entanto, essa relativização deve se dar de forma temporária e com alguma compensação aos seus detentores, a fim de que eles continuem a investir no desenvolvimento de novas tecnologias, resultando em novas vacinas, medicamentos e insumos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O SARS-CoV-2 ocasionou uma crise de saúde pública global sem precedentes. Essa situação repercutiu nas áreas econômicas, políticas e sociais, ocasionando efeitos devastadores e contribuindo para o aumento das desigualdades a nível regional e mundial. Devido a essas circunstâncias, ela não pode ser tratada como uma simples pandemia, mas sim, como uma sindemia, pois existe uma interação sinérgica entre os fatores socioeconômicos e biológicos que atinge, de forma mais agressiva, a população em situação de vulnerabilidade.

A comunidade mundial vem buscando o desenvolvimento de vacinas, medicamentos, tratamentos, diagnóstico e insumos para enfrentar o SARS-CoV-2 que tem se demonstrado extremamente letal, uma vez que, segundo os números oficiais divulgados pela Organização Mundial da Saúde, já vitimou mais de 4 milhões de pessoas em todo o mundo. Diante disso, tem-se travado, junto as organizações internacionais, em especial, a Organização

Mundial do Comércio, um sério debate sobre a mitigação dos direitos referente a exploração exclusiva das patentes farmacêuticas sobre vacinas e insumos para enfrentar a sindemia por COVID-19.

Tal discussão foi impulsionada por uma proposta protocolada, em outubro de 2020, por África do Sul e Índia, pleiteando a suspensão temporária dos direitos sobre as patentes dos produtos para combater o SARS-CoV-2. No entanto, tal decisão sobre o pedido encontra-se pendente, uma vez que os Países-Membros da OMC ainda não chegaram em um consenso sobre a possibilidade de relativização desses direitos.

O que se observa é que há uma convergência no sentido de reunir esforços para ultimar, em caráter de urgência, o fim da sindemia instalada e, conseqüentemente, reestabelecer as condições de normalidade das relações sociais e econômicas.

Hoje, o debate está centrado na possibilidade de emissão de licenças compulsórias, disciplinadas e autorizadas pelo Acordo TRIPS e pela Declaração de Doha, no intuito de garantir acesso igualitário a vacinas e insumos por países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, para o combate da COVID-19. Contudo, tal mecanismo tem se mostrado ineficaz, pois, como já demonstrado, os países pobres estão tendo dificuldade em adquirir essas vacinas e, conseqüentemente, imunizar a sua população o que coloca em risco toda a população mundial.

Por esse motivo, pautado na teoria da resposta adequada, proposta por Dworkin, entende-se que, diante do conflito entre dois direitos humanos, ou seja, de um lado o direito à saúde e de outro, o direito à propriedade sobre as patentes farmacêuticas, além de considerar que se está vivendo em um período sindêmico que assola todos os países do mundo, faz-se necessário flexibilizar, temporariamente, os direitos sobre as patentes farmacêuticas direcionadas ao enfrentamento do SARS-CoV-2, visando a garantia do direito universal à

saúde a todos os habitantes do globo terrestre, independentemente de sua condição financeira, reduzindo, assim, as desigualdades.

REFERÊNCIAS

AHUJA, A. *COVID-19 is really a syndemic – and that shows u show to fight it*. 09 out. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/34a502b1-5665-42ff-8a8d-1298b71f1e7b>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ARBELÁEZ, M. U. Impatentabilidad de medicamentos esenciales. *Revista La Propiedad Inmaterial*. N. 18. Universidad Externado de Colombia, nov. 2014, p. 55-84.

BARBOSA, D. B. *Tratado de Propriedade Intelectual*. 2 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: 2020. Tomo I.

BENITO-REVOLLO, C. F.; CARDONA, I. C. L. Las patentes farmacéuticas como una herramienta para la garantía del derecho al acceso de medicamentos de calidad en Colombia. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. N. 16. Universidad de los Andes (Colombia). Diciembre, 2016.

BONADIO, E; FONTANELLI, F. Push form COVID-19 vaccine patente waiver isn't a panacea: but it could nudge companies to share. *The Conversation*. 12 may 2021. Disponível em: <https://theconversation.com/push-for-covid-19-vaccine-patent-waiver-isnt-a-panacea-but-it-could-nudge-companies-to-share-160802>. Acesso em: 8 jul. 2021.

CHUEIRI, V. K. de. DWORKIN, R. In: BARRETO, V. de P. (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

COSTA, E. M.; et. al. Sindemia e a Covid-19: reflexões sobre as vulnerabilidades sociais no Brasil. In.: COLOMBY, R. K.; SALVAGNI, J.; CHERON, C. (org.) *A Covid-19 em múltiplas perspectivas*. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2020. Livro eletrônico. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/215468/001119848.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 abr. 2021.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NARD, C. A.; MORRISS, A. P. *Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia*. Faculty Publications. 587. 2006. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/587. Acesso em: 07 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). UN NEWS. *Global perspective Human stories*. Nov. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/en/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883)*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>. Acesso em: 02 abr. 2021. (2021a).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Patentes*. Disponível em: <https://www.wipo.int/patents/es/>. Acesso em: 12 jun. 2021. (2021b).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *32 Asamblea Mundial de la Salud*. Genebra, 7 a 25 de maio de 1979. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/194963/WHA32_1979-REC-1_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 2 abr. 2021. (2021b)

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *The WHO Model List of Essential Medicines for Children*. Disponível em: <https://www.who.int/initiatives/gap-f/our-portfolio/essential-medicines>. Acesso em: 2 abr. 2021. (2021a).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *Compulsory licensing of pharmaceuticals and TRIPS*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_faq_e.htm. Acesso em: 07 jul. 2021. (2021a).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *DG Okongo-Iweala calls for follow-up action WTO vaccine equity event*. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/dgno_14apr21_e.htm. Acesso em: 10 abr. 2021. (2021d).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *Members discuss TRIPS waiver request, Exchange views on IP role amid a pandemic*. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_23feb21_e.htm. Acesso em: 10 abr. 2021. (2021c).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *The separate Doha Declaration explained*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/healthdeclexpln_e.htm. Acesso em: 7 jul. 2021. (2021b).

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1946 (Arts. 141, § 15-38, - 156)*. 4 ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

QUINN, C. *Rich vs. Poor (Again) at WTO*. March, 10, 2021. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2021/03/10/wto-intellectual-property-waiver-india-south-africa/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SINGER, M. A dose of drugs, a touch of violence, a case of AIDS: conceptualizing the SAVA syndemic. *Free Inquiry - Special Issue: Gangs. Drug & Violence*. v. 24. n. 2. November 1996, p. 99-110, 1996. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/292474731_A_dose_of_drugs_a_touch_of_violence_a_case_of_AIDS_Conceptualizing_the_SAVA_syndemic. Acesso em: 9 abr. 2021.

THE LANCET. Offline: COVID-19 is not a pandemic. *THE Lancet*, v. 396, p. 874, 26 dez. 2020. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2932000-6>. Acesso em: 9 abr. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Resolução n. 2692/2021 Sobre o Enfrentamento e o Desafio Global da COVID-19: efeitos da renúncia ao Acordo TRIPS da OMC, sobre vacinas, tratamento, equipamentos e aumento da capacidade de produção e fabricação em países em desenvolvimento*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0283_EN.html. Acesso em: 10 jul. 2021.

USHER, A. D. South Africa and India push for COVID-19 patents ban. *The Lancet*. 5 dez. 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)32581-2/fulltext#articleInformation](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)32581-2/fulltext#articleInformation). Acesso em: 7 jul. 2021.

ZUCOLOTO, G.; MIRANDA, P.; PORTO, P. A propriedade industrial pode limitar o combate à pandemia? *Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura*. Nota Técnicas n. 61. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Maio 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35553&Itemid=9. Acesso em: 10 abr. 2021.

REFLEXOS DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES: SUBSTITUTO DA CURATELA?

Marcio Pasqualli Afonso

INTRODUÇÃO

A Lei 13.146/2015 instituiu no ordenamento jurídico pátrio a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominado como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Esse diploma legal teve por objetivo incorporar ao Direito interno tendências internacionais acerca do tratamento legal das pessoas com deficiência, com fulcro principalmente na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York no dia 30 de março de 2007 e incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto 6.949/2009.

O objetivo do Estatuto é reconhecer a autonomia e a capacidade legal “a todos aqueles que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, como forma de promoção da dignidade humana.

Do ponto de vista histórico, no ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa com deficiência foi tratada como incapaz, como um indivíduo que estava em nível inferior se comparado aos demais. E, por estar ou ser possuidor dessa condição, sob uma justificativa de proteção, lhe era prejudicada sua autonomia e, muitas vezes, dignidade.

Desta forma, uma significativa mudança no sistema das incapacidades foi realizada, alterando os artigos 3º e 4º do Código Civil, que se referem sobre as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa.

Além da alteração da teoria das incapacidades, novo instituto jurídico é apresentado: a tomada de decisão apoiada. Tal instituto visa um auxílio maior

na concretude das decisões que possam ensejar um grau elevado e complexo de decisões.

O presente artigo é dividido em três partes, a teoria das incapacidades no direito pátrio, conceituar a tomada de decisão apoiada e, por fim, estabelecer a relação entre curatela e a tomada de decisão apoiada no âmbito do Código Civil.

A metodologia utilizada é a de natureza básica, privilegiando a abordagem hipotético-dedutiva, pesquisa descritiva, qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica.

1 O ESTADO DA ARTE DAS INCAPACIDADES CIVIS NO DIREITO BRASILEIRO

Os dois Códigos Civis brasileiros, de 1916 e 2002, trouxeram em seus textos de modo sistematizado a questão da incapacidade. Podendo ser possível considerar que mantiveram suas características de modo muito semelhante. Em relação às limitações da autonomia por incapacidade houve, em ambas as codificações, congruência na fundamentação, nas consequências, e também no rol dos incapazes (REQUIÃO, 2016, p. 39).

Segundo o Código Civil de 1916 eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos; os loucos, entendidos como aqueles que não conseguiam determinar livremente a sua vontade e comunicar os seus sentimentos; os surdos mudos que não conseguiam expressar a vontade e os ausentes. Já os relativamente incapazes eram os maiores de 16 e os menores de 21 anos; os pródigos e os silvícolas (VEIGA, 2020, p. 88).

A redação original do Código Civil de 2002 considerava absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os deficientes ou doentes desprovidos de discernimento para a prática dos atos da vida civil e aqueles que, de modo permanente ou transitório, não pudessem exprimir sua vontade (CURY, 2019, p. 71).

De outra forma, o Código considerava relativamente incapazes os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito, os viciados em bebidas alcoólicas ou outras substâncias entorpecentes, os deficientes ou doentes com discernimento reduzido, os excepcionais com desenvolvimento mental incompleto e os pródigos (CURY, 2019, p. 71).

Importante considerar as alterações promovidas nos dois diplomas legais, porque foi diminuída a faixa etária dos relativamente incapazes; foi suprimida a expressão “loucos de todo gênero”, que ensejava um forte estigma; criou-se um critério biopsicológico para classificar os portadores de enfermidade mental como absolutamente incapazes, não sendo suficiente a deficiência mental por si só, mas sim a ausência de discernimento; e criou-se uma categoria dos relativamente incapazes para aqueles deficientes mentais com discernimento reduzido (VEIGA, 2020, p. 89).

Outra alteração considerável foi que o Código Civil de 2002 suprimiu a referência aos surdos-mudos, prevendo critério mais genérico em que se considerou a incapacidade absoluta daqueles que, ainda por razões transitórias, não possam exprimir sua vontade. E, ainda excluiu o ausente do rol de incapazes, já que nesse caso não se cogita a debilidade do sujeito (VEIGA, 2020, p. 89).

O fundamento para a limitação via incapacidade era a de proteção do incapaz. E, as consequências foram a limitação para a prática dos atos da vida civil para os absolutamente incapazes, e a limitação para certos atos no caso dos relativamente incapazes. Essa diferente redação para cada espécie de incapacidade reflete o fato que as consequências partiam-se em dois graus, para tornar o ato praticado pelo absolutamente incapaz nulo e o ato realizado pelo relativamente incapaz anulável. (REQUIÃO, 2016, p. 39).

Deste modo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência realizou mudança paradigmática no sistema das incapacidades, pois antes se tinha uma inspiração em

valores patrimonialistas e discriminatórios, e atualmente visa à promoção dos direitos humanos e liberdades individuais das pessoas com deficiência, de modo a garantir o respeito à dignidade humana dessas pessoas (BUFULIN; SANTOS; REINHOLZ, 2018, p. 21).

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2017) acrescentam que:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.

A pessoa humana é o principal foco a ser observado e valorizado, e sua vida deve ser exercida como autor e não como mero espectador. E esse é o prisma que o Estatuto da Pessoa com Deficiência se sustenta, utilizando do princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento para a promoção da dignidade humana das pessoas com deficiência (BUFULIN; SANTOS; REINHOLZ, 2018, p. 20).

Assim, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência é necessária a releitura da teoria das incapacidades, considerando a ciência, a sensibilidade e a fraternidade, evitando-se contradições, por meio da aplicação simultânea, coerente e coordenada das fontes legislativas sobre o tema, resultando numa unidade de direito, estruturada por um modelo mais humanitário e axiologicamente constitucional (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 39).

Atualmente, em conformidade com o art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é considerada pessoa com deficiência aquela “que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Assim, eventual avaliação da deficiência, quando e se necessária, ocorrerá de modo a considerar as condições biopsicossociais, feita por equipe multiprofissional e interdisciplinar e apreciará os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação (OLIVEIRA, 2017, p. 50).

O Estatuto prevê que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Logo, a pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades como as demais pessoas e não poderá sofrer qualquer espécie de discriminação, não sendo admissível que qualquer direito lhe seja tolhido, sequer para lhe considerar relativamente capaz em relação aos demais, não deficientes (OLIVEIRA, 2017, p. 54).

Deste modo, o art. 6º do Estatuto estabelece de forma expressa a plena capacidade civil do deficiente para casar e constituir união estável, exercer seus direitos reprodutivos e decidir sobre filhos, exercer o direito à guarda, curatela e adoção, dentre outros. Elenca direitos existenciais da pessoa humana, mas o seu exercício pode trazer impactos patrimoniais à própria pessoa e impactos sociais ou existenciais às pessoas em seu núcleo íntimo (VEIGA, 2020, p. 91-92).

O art. 84 do Estatuto prevê que a pessoa com deficiência tem a garantia de exercício de sua “capacidade legal em igualdade de condições”. Desta forma, as pessoas com enfermidade ou deficiência mental não são mais consideradas absolutamente incapazes e poderão ser relativamente incapazes desde que não possam, por causa transitória ou permanente, exprimir sua vontade (VEIGA, 2020, p. 92).

O art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência altera o sistema das incapacidades do Código Civil, ou seja, a limitação – entendida como incapacidade relativa – ou a impossibilidade – entendida como incapacidade absoluta – de exercício dos direito pelo próprio titular (SILVESTRE, 2021, p. 240). Abaixo

quadro comparativo entre as causas de incapacidade no Código Civil de 2002 antes e após o Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Código Civil de 1916:

1 - Comparativo entre as causas de incapacidade no Código Civil

	Código Civil de 1916	Código Civil de 2002, antes do EPD	Código Civil de 2002, após o EPD
Incapacidade absoluta	<p>Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I. Os menores de dezesseis anos.</p> <p>II. Os loucos de todo o gênero.</p> <p>III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.</p> <p>IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I – os menores de dezesseis anos;</p> <p>II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p>
Incapacidade relativa	<p>Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:</p> <p>I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).</p> <p>II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.</p> <p>III. Os pródigos.</p> <p>IV. Os silvícolas.</p> <p>Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial</p>

Fonte: Silvestre (2021, p. 240).

Os novos parâmetros desenhados à teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência recepcionaram a diversidade humana e afastaram a discriminação, tornando todos isonômicos nas suas diferenças, objetivando uma inclusão participativa e efetiva no âmbito social, por meio de igualdade de oportunidades e exercício pleno da cidadania (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 40).

2 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA: INSTITUTO GENUÍNO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ratificando o já disposto, a pessoa com deficiência não é de maneira presumida incapaz, quer seja relativa quer seja absolutamente. E, de modo oposto, ainda que possua alguma limitação, é considerada integralmente capaz civilmente (REQUIÃO, 2016, p. 39).

Neste contexto, o legislador abre a possibilidade da pessoa com deficiência que enseja tomar decisões, sobretudo negociais e patrimoniais, escolher pessoas de sua confiança para lhe apoiar nessas decisões (BUFULIN; SANTOS; REINHOLZ, 2018, p. 23).

O instituto da tomada de decisão apoiada é inovação legislativa inserida por meio do art. 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, incluindo-o no Código Civil por meio do art. 1.783-A (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 40).

A tomada de decisão apoiada é um processo judicial no qual a pessoa com deficiência elege ao menos duas pessoas com as quais mantenha vínculos, idôneas e que desfrutem de sua confiança, para que, deste modo, possam lhe prestar apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo os elementos e informações necessárias para que seja possível exercer sua plena capacidade (OLIVEIRA, 2017, p. 53).

Impende destacar que não se adjectiva esses indivíduos com os termos representantes ou assistentes, mas sim como apoiadores, pois não se trata de incapacidade (BUFULIN; SANTOS; REINHOLZ, 2018, p. 23).

Nesse sentido discorre Menezes (2015, p. 16):

Assim, o apoio pode envolver o esclarecimento acerca dos fatores circundantes à decisão, incluindo a ponderação sobre os seus efeitos, além do auxílio na comunicação dessa decisão aos interlocutores. Tudo para que a pessoa possa decidir de acordo com as suas preferências, mas com a ciência de todos os efeitos de sua escolha, incluindo-se aqueles mais gravosos. Ao fim, importa em garantir à pessoa o direito de decidir. Direito este que vem se convertendo em uma bandeira de luta humanitária, voltada para consolidar a mudança de paradigma na apreciação da autonomia do sujeito com deficiência.

A finalidade da criação da tomada de decisão apoiada foi estabelecer um espaço para a pessoa com deficiência escolher pessoas para o auxílio em atos da vida com base em uma rede de indivíduos nos quais a relação de confiança seja forte, evitando situações que o processo de interdição defere a curatela à revelia e muitas vezes contrária ao interesse do curatelado (TOSTES; AQUINO, 2017, p. 69).

A formulação do pedido de tomada de decisão apoiada deve ser feita pela pessoa com deficiência juntamente com os apoiadores por meio da apresentação de termo, no qual constem os limites do apoio oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive com a previsão do prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa apoiada (OLIVEIRA, 2017, p. 53).

Assim, o legitimado ativo é a pessoa apoiada, e antes de se pronunciar sobre a solicitação de apoio o magistrado auxiliado por equipe multidisciplinar, e após a oitiva do representante do Ministério Público, tomará pessoalmente as declarações do apoiado e dos apoiadores (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 44).

Após a deliberação positiva do magistrado quanto ao pedido de tomada de decisão apoiada, as decisões tomadas pela pessoa apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, desde que estejam inseridas nos limites do apoio acordado. E, o terceiro com quem a pessoa apoiada detenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando por escrito sua função em relação ao apoiado, gerando maior segurança jurídica ao negócio celebrado (OLIVEIRA, 2017, p. 53).

Um aspecto relevante é que a tomada de decisão apoiada pode ser diferente para cada um dos apoiadores, já que o termo apresentado é que descreverá os limites do apoio. Uma indagação que poderia ser suscitada é sobre a vigência do processo de apoio, ou seja, se é possível que o prazo seja indeterminado. Diante do silêncio da legislação, o prazo estabelecido pode ser determinado ou indeterminado, pois o apoiado pode rever o termo de apoio a qualquer momento (REQUIÃO, 2016, p. 43).

Reforça-se que o único legitimado para a solicitação da tomada de decisão apoiada é a própria pessoa com deficiência, o que ratifica a sua autonomia. Logo, a tomada de decisão apoiada é medida que a própria pessoa solicitou e não uma condição que foi imposta (TOSTES; AQUINO, 2017, p. 70).

Neste sentido afirmam Teixeira e Menezes (apud VEIGA, 2020, p. 96):

A tomada de decisão apoiada, por sua vez, apresenta-se como um instrumento que oferece apenas um apoio àquele que preserva sua capacidade civil incólume, reunindo condições de, por si, realizar suas escolhas e celebrar quaisquer negócios jurídicos sem a necessidade de assistência ou representação. Os termos do apoio, nesse caso, serão definidos pelo próprio sujeito que o requer, quando submete o pedido de homologação do acordo de apoio ao juiz.

Cabe destaque que no plano da responsabilidade civil, os apoiadores, ao aceitarem a tarefa de auxiliar a pessoa com deficiência em decisões de

caráter patrimonial e pessoal, estão submetidos às regras de responsabilidade civil, e respondem pelos atos que causarem prejuízo ao apoiado (SAHYOUN; SAHYOUN, 2018, p. 382).

3 CURATELA VERSUS TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A curatela como instituto jurídico é antigo e conhecido dentro do ordenamento jurídico nacional. E, desde o Código Civil de 1916 está estabelecido como meio de proteção à pessoa com alguma forma de limitação (OLIVEIRA, 2017, p. 51).

O Código Civil de 2002 reprisou o instituto sem apresentar modificações significativas, estando situado nos artigos 1.767 e seguintes, e recebendo a denominação de curatela de interditos, ou simplesmente interdição (BUFULIN, SANTOS; REINHOLZ, 2018, p. 19)

Deste modo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência deixa de utilizar o termo “interdição” para designar as ações sobre a suspensão da capacidade da pessoa com deficiência, mantendo apenas a nomenclatura de curatela. Concepção essa que enaltece uma evolução legislativa que visa primar pela almejada igualdade, que está prevista constitucionalmente como direito fundamental (OLIVEIRA, 2017, p. 51). Em relação à capacidade, a curatela pode ser utilizada em casos excepcionais e temporários, pois a pessoa com deficiência não é relativamente capaz, nem absolutamente capaz, tampouco incapaz, é igualmente capaz, possuindo capacidade civil plena para regular o exercício dos atos da vida civil (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 41-42).

A curatela apresenta-se com ponto de incidência no âmbito patrimonial, e seu principal objetivo é de zelar e administrar os bens do curatelado. Assim, a curatela é a mitigação externa da personalidade do interditado, restringindo a capacidade de agir do curatelado, ou seja, representa uma

forma de suprimento da capacidade para a prática pessoal de atos da vida civil (TOSTES; AQUINO, 2017, p. 67).

Outra possibilidade que deve ser compreendida é a autotutela, que se caracteriza por ser negócio jurídico de eficácia suspensa, por meio da qual a pessoa que está em plenitude de sua integridade psíquica promove a sua autonomia de forma prospectiva, planejando uma eventual tutela, nas dimensões patrimonial e existencial, com o propósito de no intervalo de impossibilidade de autogoverno existam condições financeiras adequadas para a execução de suas debilidades prévias sobre o cuidado que receberá e a compatibilização com suas crenças, valores e afetos (ROSENVALD, 2017).

Deste modo, em função do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no direito brasileiro se tem três instrumentos de auxílio para o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, quais sejam: Tutela dos Interditos, que se destina aos incapazes dos incisos II a IV do caput do art. 4º do Código Civil; Tutela Especial, que é destinada às pessoas com deficiência, em situações excepcionais, conforme

§§ 1º, 3º e 4º do art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência; e Tomada de Decisão Apoiada, para pessoas com deficiência, conforme §2º do art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência e art. 1.783-A do Código Civil (SILVESTRE, 2021, p. 243-244).

Importante ratificar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência restringe a tutela em relação aos atos da esfera patrimonial e gerencial, como medida extraordinária, assim dispondo o art. 85, *in verbis*:

Art. 85. A tutela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da tutela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A tutela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do tutelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Neste ponto é impende estabelecer paralelo entre os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada. Isso porque esse é modelo inovador introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A tomada de decisão apoiada é medida alternativa à curatela, e tem fundamento na legislação estrangeira, sendo adotada ora como mecanismo que exclui a curatela, ora como mecanismo que objetiva causar desuso da curatela; ou ainda, tem por objetivo à instituição de novo sistema como opção para as pessoas com deficiência (TOSTES; AQUINO, 2017, p. 69).

Nesse sentido Requião (2016, p. 7) destaca a existência de figuras que se assemelham a tomada de decisão apoiada em outros ordenamentos jurídicos:

A adoção de medidas diferentes da curatela é algo que pode ser encontrado na experiência estrangeira. Apresentam-se ora através da criação de novos modelos que excluem a curatela do sistema, como no caso da austríaca *Sachwalterschaft* e da alemã *Betreuung*; ora com a criação de modelos alternativos que não excluem a curatela do sistema, mas esperam provocar o seu desuso, como se deu com a criação do “administrador” belga e da figura do *amministrazioneisostegno* italiana; e por vezes simplesmente como figura que conviverá com a curatela, como na *sauvegarde de justice* francesa.

Assim, curatela e tomada de decisão apoiada estão em convivência mutua, servindo inclusive as disposições gerais daquela a esta, de modo expresso nos termos do art. 1.783 – A, §11, do Código Civil (REQUIÃO, 2016, p. 43).

A curatela e o apoio tomam como premissa que as variadas deficiências proporcionam em alguns momentos maior discernimento, e, em outros momentos, menor discernimento, sendo possível que a pessoa com deficiência pode, de maneira autônoma, decidir a modalidade adequada de suporte (AMARI; GEDIEL, 2020, p. 35).

Inovadora é a possibilidade da pessoa com deficiência estipular a programação da evolução da perda gradativa da sua capacidade, planejar o seu futuro aspecto das relações subjetivas patrimoniais e existenciais, através de um ato jurídico de eficácia futura. Deste modo, num primeiro estágio a capacidade é plena, motivo pelo qual a validade da manifestação da vontade se preserva. Num segundo estágio, há redução das aptidões e a tomada de decisão apoiada se mostra suficiente como suporte para as tomadas de decisões. Em um novo estágio, mais derradeiro, diante da impossibilidade de realização de quais atos, a pessoa com deficiência constitui a autocratela. Necessário é considerar que nesse instrumento o declarante poderá indicar os apoiadores, o curador, forma de administração de seu patrimônio e os limites dos seus direitos existenciais, tais como tratamento médico a que será submetido entre outras escolhas de vida (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 43).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é novo regramento protetivo das pessoas com deficiência que prima pela dignidade da pessoa humana, da isonomia, autonomia, autodeterminação, cidadania entre outros aspectos. Trata-se, pois, da incorporação ao ordenamento jurídico da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é uma confirmação e ratificação da dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais.

A legislação vigente estabelece, de maneira humanitária e digna, a plena capacidade das pessoas com deficiência, com o reconhecimento de sua personalidade e cidadania. Resta necessário uma mudança de visão por parte da sociedade, porque não é a pessoa com deficiência que precisa se adaptar ao meio social.

Portanto, trata-se de movimento inverso, pois a necessidade de adaptação deve partir da sociedade frente a uma nova realidade: incluir

as pessoas com deficiência. Se antigamente a pessoa com deficiência era adjetivada como um entrave social, atualmente ela é considerada um integrante da comunidade, dentro de uma diversidade humana que insta a sua plena capacidade.

A curatela permanece, mas, não sendo mais a regra, é a exceção, servindo apenas para limitar parcialmente os atos negociais submetidos à curadoria, não se vedando nenhum ato alheio à seara patrimonial. E, a relevância está na inovação promovida pela tomada de decisão apoiada.

A tomada de decisão apoiada é mais um instrumento jurídico que atua com função protetiva, extraordinária, e alternativa à curatela, que visa auxiliar as pessoas com deficiência à celebração de atos jurídicos de maior grau de complexidade, como os negociais.

REFERÊNCIAS

AMARI, M. L.; GEDIEL, J. A. P. Estatuto da pessoa com deficiência e a teoria das incapacidades. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 23/2020, p. 31-63, abr./jun., 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de Julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 07 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 6 jul. 2022.

BUFULIN, A. P.; SANTOS, K. M. dos; REINHOLZ, R. O. As repercussões do estatuto da pessoa com deficiência na teoria das incapacidades. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 86/2018, p. 17-36, fev., 2018.

CURY, A. J. Capacidade civil das pessoas com deficiência e ação de interdição: uma proposta de sistematização. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 999/2019, p. 67-104, jan., 2019.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: Parte Geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

MENEZES, J. B. de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun. 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 5 jul. 2022.

NISHIYAMA, A. M.; TOLEDO, R. C. P. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974/2016, p. 35-62, dez., 2016.

OLIVEIRA, L. A. de. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 76/2017, p. 49-58, abr., 2017.

REQUIÃO, M. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6/2016, p. 37-54, Jan./Mar, 2016.

ROSENVALD, N. Os confins da autotutela [on-line]. *IBDFAM*, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1213/Os+confins+da+autotutela>. Acesso em: 7 jul. 2022.

SAHYOUN, N. P.; SAHYOUN, N. B. A responsabilidade civil do apoiador na tomada de decisão apoiada. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 997/2018, p. 381-393, nov., 2018.

SILVESTRE, G. F. A curatela dos doentes de Alzheimer após a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015): aspectos materiais e processuais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 27/2021, p. 233-263, abr./jun., 2021.

TOSTES, C. S. M.; AQUINO, L. G. de. A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Regime da Capacidade Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75/2017, p. 63-77, mar., 2017.

VEIGA, E. T. A teoria das incapacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Projeto de Lei do Senado 757/2015. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 1014/2020, p. 87-111, abr., 2020.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO À MORADIA: A DIFICULDADE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO NA ERA DE FINANCEIRIZAÇÃO DA TERRA

Luíza Severnini Sima

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é provocar algumas reflexões acerca da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia digna no contexto atual em que se vive que é o da financeirização da terra, onde o objetivo do presente trabalho é analisar na senda da dignidade da pessoa humana, a moradia como ponto de partida para a efetivação de uma vida digna, onde a mesma salvaguarda direitos fundamentais inerentes ao ser humano, que muitas vezes, acabam não sendo alcançados devido a desigualdade do capital existente nos dias atuais, gerando dificuldades para as pessoas que não possuem poder aquisitivo de terem seu direito básico ressaltado. Decorrente disso pode-se perceber que o estado de pobreza e a falta de moradia dos indivíduos não decorrem de uma opção própria, pois as pessoas acabam não tendo condições mínimas para essa manutenção digna em sua vida, não vivendo de modo precário por opção ou porque assim desejaram viver, sem moradia e sem condições para uma existência digna, mas sim porque foram colocadas em um sistema social que não as permite a possibilidade de inclusão para haver a possibilidade de uma mudança social em seus meios. Para cumprir com essa finalidade, a pesquisa se desenvolve por meio do método teórico-descritivo, tendo como método interpretativo o sociológico e a técnica utilizada será a de pesquisa bibliográfica.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil a Dignidade da Pessoa Humana teve surgimento como princípio basilar desde a Constituição Federal de 1949, pois após a Segunda Guerra Mundial e as atrocidades sofridas na época do Estado Nazista, foram necessários estabelecerem diretrizes norteadoras acerca do mínimo que seria necessário para uma pessoa viver dignamente, e “ao findar da segunda Grande Guerra Mundial, onde o Brasil participou do lado dos aliados contra o nazi-fascismo, logo começaram os movimentos em prol da redemocratização do país” (SILVA, 2008, p. 83), se fazendo extremamente necessários que esses parâmetros fossem estabelecidos.

No artigo 1º da CRFB/88, em seu inciso III, enfatiza-se então, ainda mais a necessidade dos direitos fundamentais, tendo um valor estruturante no ordenamento jurídico pátrio, como pode-se vislumbrar a seguir:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Fica cristalino então a importância da dignidade da pessoa humana nas relações sociais, tendo em vista que a Constituição auxilia ainda mais sua seriedade ressaltando-a como um direito fundamental em sua Carta Magna de direitos, sendo que a dignidade da pessoa humana é considerada um símbolo sagrado e indefinível, onde seu poder simbólico passa a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem.

Como discorre no artigo I, inciso III da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e tem como princípio assegurar ao homem um mínimo

de direitos que devem ser respeitados de forma a valorizar e preservar o ser humano (CARVALHO, 2009).

Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrado, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos perante os poderosos. (SOUZA, 2015, p. 22-41).

Com relação ao conceito da dignidade da pessoa humana, Kant faz enriquecedoras explanações, em sua obra sobre a Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos, onde o filósofo destaca que as pessoas devem agir de tal forma que possam usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (KANT, 2008, p. 59), onde a necessidade de toda pessoa ser tratada de modo fraternal, respeitando comumente uns aos outros para reforçar os direitos humanos é necessária, principalmente nos dias atuais, onde as finanças acabam muitas vezes regendo nossas relações e tolhendo o lado mais humano e fraterno do ser humano:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [...] Sendo é um princípio construído pela história tem buscado como bem maior proteger o ser humano contra qualquer forma de desprezo observando a declaração de Kant: [...] Mas o homem não é uma coisa. (KANT, 2008, p. 60-65)

A partir dessa elucidação, pode-se perceber que o ser humano não pode ser atribuído a preço ou valor, pois o ser humano, em virtude de sua condição de gênero humano, é possuidor de dignidade, sendo um princípio inerente a ele, enfatizando que o homem não é uma “coisa”, enfatizando também:

Só poderemos esperar pela paz universal quando os monarcas e ditadores, que se consideram os possuidores únicos do Estado,

forem coisa do passado, quando cada homem em cada país, for respeitado com fim absoluto em si mesmo, e quando as nações aprenderem que é um crime contra a dignidade humana cada homem utilizá-lo como simples instrumento para lucro de outro homem. (KANT, 2008, p. 38)

Deste modo, fica cristalina a necessidade do bem-estar social juntamente com os direitos humanos preponderarem ante as relações econômicas e que visam lucro, onde a sociedade como um todo precisa perceber que a humanidade deve prevalecer como meio de resolução nas relações sociais.

O que se percebe, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, perante a liberdade e a autonomia do ser humano, juntamente com a igualdade de direitos relacionados a dignidade não sendo reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2019).

Com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem direito a ter uma vida digna, pois não basta manter-se vivo, é preciso que se viva com o mínimo para viver com qualidade na existência de ser humano, o que implica em uma conjunção de fatores, como saúde, educação e produto interno bruto, segundo padrões elaborados pela Organização das Nações Unidas, sendo certo que, em tal classificação, a moradia alberga esses fatores, conforme destaca Rocha e Queiroz (2011).

Deste modo, a moradia é considerada essencial para a pessoa conseguir viver de maneira digna, onde para Benacchio (2013, p. 191):

[...] não se resume numa casa, num teto, tem maior amplitude, compreendendo um lugar seguro para viver possibilitando qualidade geral de vida ao ser humano de maneira a preservar sua dignidade, saúde mental e física e desenvolvimento pessoal.

Abarca ainda a proteção contra ameaças externas, meio ambiente sadio, infraestrutura adequadas às necessidades de moradia a custo acessível, proximidade com o local de trabalho, espaço adequado, lazer e serviços públicos; enfim um lugar no qual se possa viver em paz e na plenitude do gozo dos direitos humanos.

Para isso, é necessário que as pessoas consigam ter acesso a uma moradia digna, de modo que se sintam seguras no ambiente que estão inseridas, possuindo também um espaço de moradia adequado para que consigam exercer suas necessidades básicas na plenitude de seus direitos humanos, preservando sua dignidade humana, possibilitando-as ter o acesso a uma qualidade de vida nem que seja mínima.

2 O DIREITO À MORADIA NA ERA DA FINANCEIRIZAÇÃO DA TERRA

O direito à moradia é reconhecido por diversos instrumentos internacionais sendo visto como necessário para que a existência humana seja efetivada com dignidade, inclusive, no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos destaca que todos têm direito a serem capazes de garantir a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo a alimentação, o vestuário e a moradia (ONU, 1948).

Já no âmbito interno, na Carta Magna brasileira, o direito à moradia é assegurado em seu artigo 6º, onde o mesmo ressalta serem direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” na forma da Constituição. (BRASIL, 1988)

O pensamento de moradia como algo inerente ao ser humano é algo existente desde os séculos XVI e XVII, onde o homem pelo simples fato de existir já teria o direito de pertencer e ter um lugar no mundo, onde a moradia seria um direito natural do homem.

Esse direito de propriedade é ressaltado na Constituição Federal, onde considerando a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para fazer suas necessidades básicas acaba infringindo gravemente os pressupostos mínimos necessários para se ter uma vida com dignidade. Ademais:

As quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre mas também contra sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. [...] o único modo eficaz de garantir a sombra do que deve ser escondido contra a luz da publicidade é a propriedade privada – um lugar só nosso, no qual podemos nos esconder.” (ARENDE, 2001, p. 81)

Ao Estado então fica imposto o dever de resguardar a dignidade da pessoa humana: que se relaciona com a obrigação de garantir e fornecer condições materiais que possibilitem essa efetiva dignidade, tanto de refúgio, quanto de garantia de sua própria individualidade e privacidade (GARCIA; LAZARI, 2015).

Entretanto, como pode se observar, embora as diretrizes estatais sejam todas visando o resguardo à dignidade da pessoa humana e também ressaltando a importância da moradia para uma existência digna, na história da humanidade se observa que a civilização não consegue sequer garantir para as pessoas aquilo que os animais já garantiram para os seus semelhantes, devido à financeirização e lucro que é gerado em torno da terra e da propriedade. (SARLET, 2019)

O que ocorre é que diferente dos animais que não visam o lucro, a acumulação do solo nas mãos de poucos, para que se permita sua valorização segundo as regras do livre mercado, expropria o direito da grande maioria pobre morar com dignidade e em consequência, expropria seus direitos humanos fundamentais e a sua dignidade como pessoa humana. (ALFONSIN, 2003 p. 96)

Deste modo, embora a moradia seja vista com um direito fundamental social, sua eficácia é reduzida no momento em que os interesses econômicos retiram sua eficácia, fazendo com que sua aquisição se torne ainda mais dificultosa. Ademais, as classes e populações carentes que muitas vezes não possuem condições para a aquisição de um imóvel, acabam adquirindo por meio de projetos políticos conectados intimamente aos interesses estatais, não se preocupando com o bem-estar do cidadão, e sim em cumprir a demanda, independentemente das construções serem mal planejadas e fora das órbitas das cidades, fazendo com que o ramo imobiliário siga nas mãos do mercado, onde somente as pessoas que tiverem poder estatal poderão adquirir nas áreas mais bem localizadas. (SANTOS; DE MARCO; MOLLER, 2021, p. 779)

Decorrente disso pode-se perceber que o estado de pobreza e a falta de moradia dos indivíduos não decorrem de uma opção própria, pois as pessoas acabam não tendo condições mínimas para essa manutenção digna em sua vida, não sendo pobres por opção ou porque assim desejaram viver, sem moradia e sem condições para uma existência digna, mas sim porque foram colocadas em um sistema social que não as permite a possibilidade de inclusão para haver a possibilidade de adquirirem seu lugar no mundo.

Ademais, os que não são detentores do capital são mantidos à distância, seja física, seja simbolicamente, dos bens socialmente mais raros e belos, estando condenados a estar ao lado das pessoas ou dos bens mais indesejáveis. A falta de capital intensifica a experiência da finitude: ela prende a um lugar, não possibilitando a possibilidade de mudança, assegurando que a desigualdade social continue a permanecer na sociedade. (BOURDIEU, 1997, p. 164)

Nesse contorno segue se denominando a “financeirização da moradia”, onde juntamente com o fenômeno num contexto de capitalismo estético faz com que a cidade se torne um “objeto de consumo.”, garantidor de status, no

qual onde somente as pessoas que realmente puderem comprar um imóvel terão uma moradia digna, fazendo com que assim, a moradia se distancie da ideia de algo fundamental que todos deveriam ter o mesmo direito e o mesmo acesso. (SANTOS; DE MARCO; MOLLER, 2021, p. 779)

Muito antes que se possa ter liberdade de iniciativa econômica é preciso que se possibilite o acesso por todos ao bem terra, tendo em vista que ao assegurar a existência digna do ser humano, deve ser garantir que o processo econômico seja visando o bem-estar e a justiça social, pois como já foi possível constatar a riqueza, por si só, não diminui a pobreza. (ALFONSIN, 2003, p. 138-140)

Sem haver uma alternativa, a maioria da população que não é proprietária de terras, somente acaba tendo um espaço seja pela invasão, pela ocupação, pela formação da vila, da favela, do loteamento irregular, ou seja, da clandestinidade, de modo que essas pessoas acabam sendo ainda mais julgadas e excluídas da sociedade, onde Bourdieu preceitua:

Efetivamente, o espaço social se retraduz no espaço físico, mas sempre de maneira mais ou menos confusa: o poder sobre o espaço que a posse do capital proporciona, sob suas diferentes espécies, se manifesta no espaço físico apropriado sob a forma de uma certa relação entre a estrutura espacial da distribuição dos agentes e a estrutura espacial da distribuição dos bens ou dos serviços, privados ou públicos. A posição de um agente no espaço social se exprime no lugar do espaço físico em que está situado (aquele do qual se diz que está “sem eira nem beira” ou “sem residência fixa”. (BOURDIEU, 1997, p. 160)

Por meio de mecanismos de natureza política, a expansão, consolidação, permanência ou expulsão são constantemente disputadas e, eventualmente, negociadas. No entanto, a classificação operada pelo planejamento e pelos sistemas de posse da terra vai além de uma dimensão territorial, pois a expressão “nós somos ilegais”, em seu contexto semântico, liga o status de ilegalidade com a própria condição humana de seus habitantes, pode ser interpretada como indicação de que, nas atitudes dos habitantes para com

o sistema jurídico nacional, tudo se passa como se a legalidade das formas de ocupação da terra repercutissem sobre todas as outras relações sociais, mesmo sobre aquelas que nada têm a ver com a terra ou com a habitação, causando então uma exclusão social ainda maior, de modo que os “ilegais” ou “invasores” são cada vez mais reduzidos dos espaços tanto físicos, como sociais da sociedade em geral. (ROLNIK, 2019, p. 193).

O capital permite então, que se mantenha a distância das pessoas e as coisas indesejáveis, do mesmo modo que aproxima-se de coisas desejáveis (por causa, entre outras coisas, de sua riqueza em capital), minimizando, assim, o gasto necessário (principalmente em tempo) para apropriar-se deles: a proximidade no espaço físico permite que a proximidade no espaço social produza todos seus efeitos, facilitando ou favorecendo a acumulação do capital social, onde o espaço físico não permite que classes sociais distintas sejam pertencentes a um mesmo lugar, o espaço físico seleciona onde cada um poderá usufruir, relacionando-o intimamente com sua classe social. (BOURDIEU, 1997, p. 164)

Percebe-se então que a limitação territorial que as populações carentes sofrem, ficando na maioria das vezes distanciadas e em locais mais ermos da cidade, se caracterizam como populações indesejáveis, sendo perceptível que essa renovação urbana pode ser vista como um processo de higienização social (JANOSCHKA *et.al.*, 2016 p. 7-40).

Resta nítido que a moradia no Brasil tem um alto preço, e sua incapacidade de aquisição para consumo denota que para uma grande parcela populacional, a moradia digna nunca existirá. Para essa população segregada da sociedade, restam os “cortiços” próximos aos grandes centros, as ocupações mais retiradas da cidade e também favelas, loteamentos clandestinos e irregulares e os conjuntos habitacionais irregulares ou construídos de maneira precária. (SANTOS; DE MARCO; MOLLER, 2021, p. 781)

Tudo em função do preço da terra e do seu valor de troca, ao qual a grande maioria de pobres nunca terá acesso devido a essa financeirização da terra, e conseqüentemente, da moradia. (ALFONSIN, 2003, p. 155)

Deste modo, novamente, pode-se perceber os interesses financeiros mercadológicos, no que coaduna com a colocação de David Harvey que explicita a ideia consumerista por detrás da financeirização da terra e do mercado imobiliário, destacando: “construímos cidades para que as pessoas invistam, não para que vivam.”. (HARVEY, David, 2019)

Disso decorre que para que sejam assegurados os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que as pessoas possam ter uma vida digna, é necessário que lhes seja assegurado um patrimônio mínimo, uma moradia mínima. (FACHIN, 2001, p. 291) Para que não lhe falte o essencial e necessário para uma vida minimamente digna, que é ter-se onde morar, onde estar, onde ficar.

Deste modo, o direito a uma moradia digna passa a integrar o conteúdo dos direitos humanos fundamentais que dão garantia à dignidade da pessoa humana na conquista da cidadania, ou até mesma da sua humanidade, que passa a tornar legítimo que o exercício do direito sobre o bem terra, que possuem os proprietários, não impeça as necessidades vitais daqueles que não o são. (ALFONSIN, 2003, p. 267)

Resta nítido então, que os proprietários e detentores da terra acabam dificultando o acesso á moradia de outras pessoas, só passando a gerar ainda mais desigualdade social, onde pode-se afirmar que a segregação socioespacial é uma das maiores expressões de desarmonia e discrepância do acúmulo de capital existente atualmente, onde muitos têm pouco, e nem sequer o básico, e poucos têm muito.

Considerações finaisAnte ao exposto, pode-se concluir que a dignidade é algo inerente ao ser humano, onde o mesmo já a possui pelo simples fato

de ser humano, e é um princípio que o Direito procura usar como norteador nas relações existentes, buscando igualdade social e relações mais justas e igualitárias, porém, na prática, a dificuldade em aplicar e efetivar esse princípio norteador acaba por afastar o homem de sua condição humana, onde o mesmo acaba vivendo de modo precário, não por vontade própria, mas sim pela imposição do poder, seja de ordem econômica, política ou cultural.

De maneira arbitrária, a desigualdade social e a dificuldade de conseguir algum tipo de capital para moradia existente, acaba por extinguir os mais pobres e com menos possibilidade de financeirização do bem terra, onde acaba que todas as normas de proteção à dignidade da pessoa humana, tanto em âmbito mundial quanto em âmbito nacional acabam não assegurando esses direitos mínimos que deveriam ser efetivados.

Se prolonga e se perpetua então, cada vez mais, a desigualdade social e o estado de pobreza para as pessoas que não são detentoras de capital, onde as mesmas são marginalizadas e excluídas da sociedade, tolhendo a sua dignidade humana, onde muito embora a mesma já tenha sido amplamente fundamentada, estudada, transcrita e “assegurada”.

Ao que parece, como já diria Bobbio (1992, p. 24), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, J. T. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ARENDT, H. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10 e. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BENACCHIO, Marcelo. Artigo 11°. In: *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Wagner Balera e Vladimir Oliveira da Silveira (coord.). Mônica Bonetii Couto (org.) - Curitiba - Clássica, 2013.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, P. Efeitos do Lugar. In: BOURDIEU, P. (org.) *A miséria do mundo*. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 21 jun. 2022.

CARVALHO, K. G. *Direito constitucional*. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GANT, A. C.; DURÁN, G.; JANOSCHKA, M. La ciudad del siglo XXI: políticas públicas urbanas, desplazamientos y contestaciones. *Íconos - Revista de Ciencias Sociales*, Quito, n. 56, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.17141/iconos.56.2016.2351>. Acesso em: 21 jun. 2022.

GARCIA, B. P.; LAZARI, R. de. *Manual de direitos humanos*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

HARVEY, David. Construimos cidades para que as pessoas invistam, não para que vivam. [Entrevista cedida a Justo Barranco]. *IHU*, São Leopoldo, 20 ago. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591801-construimos-cidades-para-que-as-pessoas-invistam-nao-para-que-vivam-entrevista-com-david-harvey>. Acesso em: 15 set. 2020.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Assembleia Geral das Nações Unidas*, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 21 jun. 2022.

ROCHA, T. do A.; QUEIROZ, M. O. B. de. O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana, *Âmbito Jurídico*, 1 dez. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-meio-ambiente-como-um-direito-fundamental-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 21 jun. 2022.

ROLNIK, R. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

SANTOS, P. J. T. dos; DE MARCO, C. M.; MÖLLER, G. S. Impactos da pandemia no direito à moradia e propostas para a proteção desse direito em tempos de crise: da urgência de se repensar a moradia para além de um objeto de consumo. *Revista de Direito da Cidade*, v.13, n.2, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/52800>. Acesso em: 15 set. 2022.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, A. P. L. de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, A. K. (org.); SOARES, A. (org.); GALUPPO, M. C. (org.). *Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015. p. 22-41. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/72>. Acesso em: 21 jun. 2022.

PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO NO DIREITO E A QUESTÃO DE GÊNERO

Clarice Gonçalves Pires Marques
Carlos Alexandre Michaello Marques

INTRODUÇÃO

Em 2015 a ONU (Organização das Nações Unidas) conjuntamente com a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura) elegeram o dia 11 de fevereiro como marco para o Dia Internacional das Mulheres e Meninas na Ciência, como tentativa de visibilizar a importância de suas contribuições bem como a necessidade de acesso e promoção de condições para que elas ingressem e permaneçam nas carreiras científicas. A mobilização nasceu da constatação de que menos de 30% das pessoas dedicadas à pesquisa são mulheres (ONU, 2020). Em 2021 a ONU apresentou dados que indicam a ausência feminina nas áreas definidas como STEM (*Science, Technology, Engineering and Mathematics*).

Assim, os números apontaram que as mulheres são apenas 28% das pessoas graduadas em Engenharia e 40% nas áreas de ciência da computação e informática. Nas áreas de maior especialização estes números vão diminuindo de forma que em áreas como as de estudo de inteligência artificial a presença feminina cai para 22% de mulheres pesquisadoras. Além disso, suas carreiras são mais curtas, suas remunerações menores e apenas 12% fazem parte de academias de ciência nacionais (ONU, 2021). A ONU atribui estas disparidades às desigualdades de gênero e afirmam a necessidade de desconstruir estereótipos de gênero que relacionam as ciências à masculinidade.

Desta forma, tendo em vista a presença desigual sinalizada pela ONU em vários campos científicos, emerge a necessidade de questionamento acerca destes aspectos com relação à pesquisa no campo do Direito, pois historicamente se mantém como um campo de estudo predominantemente masculino. O objetivo da pesquisa está em investigar algumas possíveis causas para o afastamento das mulheres da construção do conhecimento no Direito. Para concretizar este objetivo foram estabelecidos três objetivos específicos, quais sejam: observar alguns aspectos da presença feminina na ciência no Brasil, perquirir acerca da presença feminina no Direito no país e, por fim, mapear algumas considerações sobre a construção das desigualdades já referidas. A metodologia empregada para o estudo é a pragmático-sistêmica. A pesquisa é qualitativa, de cunho exploratório, empreendida através da técnica de pesquisa bibliográfica e documental em materiais físicos e virtuais disponíveis em sítios eletrônicos.

1 A PRESENÇA DAS MULHERES NA CIÊNCIA NO BRASIL

A baixa representatividade das mulheres aparece materializada através da fotografia que registrou a conferência de Solvay, em 1927, realizada em Bruxelas, na Bélgica. Na ocasião figurava apenas uma única mulher, Marie Sklodowska Currier, ao lado de 28 homens identificados como grandes nomes da revolução científica do século XX. Dentre estes estavam cientistas como Max Plank, Albert Einstein e Niels Born. Marie Currier viveu de 1867 a 1934 e suas descobertas e pesquisas foram fundamentais para o avanço da ciência. Recebeu o prêmio Nobel em 1903 no campo da física por suas pesquisas sobre o isolamento de isótopos radioativos e em 1911 no campo da química pela descoberta dos elementos químicos polônio e rádio. Foi a única mulher a receber o prêmio em duas áreas distintas até o momento e suas contribuições foram fundantes da área de conhecimento sobre radioquímica (BOLZANI, 2017).

Atualmente uma série de discussões, a exemplo das ocorridas no âmbito da ONU, tem sido empreendidas em nível mundial no sentido de reverter a presença rarefeita das mulheres na ciência. Esforços têm sido direcionados para desconstruir a ideia da ciência como espaço masculino. Guimarães e Oliver (2017) recordam que, desde suas origens, tanto a prática quanto o discurso da ciência eram realizados por homens, algo que ilustram citando as obras de Francis Bacon e Renée Descartes. As duas autoras comentam que uma epistemologia feminista foi emergindo na medida em que avançaram as discussões sobre a participação das mulheres não só na ciência, mas também na sociedade.

Ainda que as mulheres superem numericamente os homens em algumas disciplinas científicas nos cursos de graduação, acabam por encontrar uma série de barreiras quando ingressam nas carreiras científicas ou outras profissões. Tal situação é recorrente na Europa, onde carreiras científicas que são conexas com a indústria oferecem contratos de curto prazo e com baixa segurança no que diz respeito à permanência nestes postos de trabalho, gerando uma série de impasses com o equilíbrio entre carreira e maternidade. No cenário norte-americano, coloca a autora, a situação não se apresenta mais benéfica, pois também há uma baixa representação feminina em todos os campos científicos e, em especial, no campo denominado pela sigla STEM (*Science, technology, engineering and mathematics*). O dado objetivo indica que as mulheres são 46% da força de trabalho naquele país, no entanto, destas, apenas 27% ocupavam vagas nos setores de ciência e engenharia, sendo 12% especificamente na engenharia (BOLZANI, 2017)

As assimetrias identificadas no contexto europeu e norte-americano são replicadas em solo brasileiro, porém com algumas peculiaridades. Um levantamento realizado por Bolzani (2017) indica que no período compreendido 2000 e 2012 aumentou o número de mulheres que concluíram o ensino médio e cursos de graduação em todas as áreas, incluindo aquelas

já predominantemente femininas como pedagogia, letras e ciências humanas, alcançando o número de 57,1% do total de pessoas graduadas. No entanto, ao ascender nas carreiras acadêmicas, embora tenham alcançado um certo equilíbrio quantitativo de gênero em 2010 entre as 128,6 mil pessoas cadastradas na base de dados do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), obtendo até mesmo uma ligeira maioria no que se refere à coordenação de grupos de pesquisa¹, a distribuição de bolsas produtividade² oferecidas pelo órgão para fomento de pesquisa ainda era majoritariamente distribuída para os homens.

Outro levantamento realizado em 2016 indica que 400 mulheres concluíram o doutorado com a defesa de suas teses entre os anos de 2000 e 2013 na grande área das Ciências Sociais e Aplicadas, onde se situa o Direito. Entretanto, quando se trata de áreas voltadas para o cuidado como Ciências da Saúde e Ciências Humanas o número de teses defendidas apresenta um incremento passando para 838 e 688, respectivamente, no mesmo período (GROSSI; *et al*, 2016).

Não foi possível definir o detalhamento de quantas teses foram defendidas no Direito, no período referido, pois o número diz respeito a toda a área de Ciências Sociais e Aplicadas, contudo, a área conta com outros cursos como Administração, Ciências Contábeis, Economia, Arquitetura e Urbanismo, Demografia, Ciência da Informação, Museologia, Comunicação, Serviço Social, Economia Doméstica, Desenho Industrial e Turismo, de acordo com as informações constantes no Diretório de Grupos de Pesquisa no Brasil, da base de dados do CNPq. No entanto, ainda que todas as teses fossem defendidas na área do Direito (o que se supõe não seja o caso) seria obtida uma média de 31 teses por ano (30,77 na verdade), em todo o Brasil, ou seja, um número ainda muito diminuto.

¹ De acordo com Bolzani (2017) 52% de coordenadoras e 48% de coordenadores.

² As bolsas referidas são premiações por mérito acadêmico e restam questionamentos acerca da baixa destinação para as mulheres.

2 MULHERES NO DIREITO: OS PERCURSOS FEMININOS EM TERRITÓRIOS MASCULINIZADOS

Cabe salientar que os percursos realizados pelas mulheres no Direito são vários. As carreiras jurídicas proporcionam tanto que a pessoa se dedique integralmente à pesquisa e docência, seguindo os caminhos que levam ao mestrado, doutorado e estágio pós-doutoral (ainda que este último não seja título, mas tão somente um estágio, conforme a própria denominação), voltando-se exclusivamente para a produção do conhecimento acadêmico/científico no Direito, como também a carreira acadêmica pode ser cumulada com o exercício da advocacia (pública municipal/estadual/federal ou privada, magistratura, cargos nos ministérios públicos estaduais e federais, polícias, dentre outras profissões jurídicas.

Salgado (2016) comenta que há carência de legisladoras no país, ou seja, há poucas mulheres produzindo leis no Brasil, para o que cabe recordar o fato de que seu alerta está adstrito à baixa representatividade das mulheres na política³, pois embora as pessoas exerçam cargos eletivos no legislativo tal função não estabelece qualquer exigência de que possuam formação jurídica para cumprir com suas atividades. Desta forma, a ausência não está relacionada a um baixo número de profissionais do Direito em si. Contudo, também cabe ressaltar que, atualmente, a única carreira jurídica em que há uma ligeira maioria feminina é a advocacia. São 610.369 advogadas e 610.207 advogados com inscrição junto à Ordem dos Advogados do Brasil (SANTOS, 2021).

³ Em 2016 representavam 52,21% do eleitorado, e nos anos de 2018 e 2020 os números se mantiveram em 52,50%. No entanto, no ano de 2016 eram 13,43% das pessoas eleitas, em 2018 compuseram 16,11% e em 2020 15,80%. No que se refere à reeleição em 2016 eram 11,78%, no ano de 2018 foram 12,09% e em 2020 11,70 (TSE, 2021).

Já o Poder Judiciário demonstra as suas feições predominantemente masculinas conforme elucida Severi (2016), pois na maioria dos países latino-americanos e caribenhos sua composição é majoritariamente masculina, mesmo com a ampliação da participação feminina nas últimas décadas:

Em 2011, a média geral de mulheres nos tribunais máximos de justiça dentre os países da América Latina e Caribe foi de 22,6%. Mais da metade deles apresentaram percentuais acima dessa média: Chile (25%), Cuba (27%), República Dominicana (27%), Nicarágua (29%), El Salvador (33%), Costa Rica (35%), Porto Rico (43%), Venezuela (44%) e Colômbia (30%). O Brasil, na época com apenas 20%, ficou em 26º lugar dentre os 33 países da região (SEVERI, 2016, p. 84).

A revelação trazida por Severi (2016) é a de que a ocupação dos cargos máximos da magistratura por mulheres, aos quais é atribuído maior status e poder de decisão, é ainda incipiente e que mesmo diante da feminização do Direito ocorrida nos últimos anos através do aumento do ingresso de mulheres nos cursos de graduação em Direito e nas carreiras jurídicas a desigualdade de gênero permanece e ainda há um longo caminho para percorrer até que se alcance alguma paridade de gênero nessas instâncias. A autora repisa que quanto mais alto o cargo ou função na estrutura do Poder Judiciário, mais rarefeita é a presença feminina. Basta que se recorde que na composição do Supremo Tribunal Federal há apenas 2 ministras⁴, Ministra Cármen Lúcia Antunes da Rocha e Ministra Rosa Weber, trabalhando em conjunto com mais 9 homens.

No mesmo sentido, Salgado (2016) comenta que o mundo jurídico é permeado por valores masculinos, em que pese nos últimos anos as mulheres tenham passado a ocupar vários cargos, explica que quanto maior o grau de poder envolvido em uma carreira jurídica, menor é o número de mulheres que ocupam esta posição, o que exemplifica pela carreira da magistratura, em que a presença feminina ainda é pequena e varia de acordo com os tipos

⁴ Observe: 18% do total de 100%.

de matérias e instâncias. Outro aspecto relatado pela Filósofa é o de que os problemas que envolvem as desigualdades de gênero no Direito não se limitam a diferenças salariais e ocupação de cargos, seja no âmbito público ou privado, mas envolvem também aspectos simbólicos, cerceamento do uso da palavra, agressões à estima, violência física e simbólica, dentre outros fatores.

O ingresso das mulheres na magistratura pode ser percebido através dos dados produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. No período compreendido entre 1955 e 1981 havia um percentual de 78,6% de homens e 21,4% de mulheres. Entre 2002 e 2011 o percentual de mulheres subiu para 38,9% de mulheres magistradas. Entre 2012 e 2013 baixou para 35,9%. É verificável a oscilação também de acordo com a área, conforme destacou Salgado (2016). Em 2013 havia 47% de magistradas na Justiça do Trabalho, 34,5% na Justiça Estadual, 16,2% na Justiça Militar Estadual, 26,1% nos Conselhos Superiores da Magistratura, 26,2% na Justiça Federal e 27,8% nos Tribunais Superiores. No STJ são 7 ministras em contraste com 33 ministros e no STF, conforme já destacado, duas ministras contrastando com nove ministros (CNJ, 2014; SEVERI, 2016).

Esta é apenas uma amostra das disparidades de gênero encontradas, e, quando acrescentado o recorte étnico/racial nota-se a presença majoritária de homens brancos e um número ínfimo de mulheres negras, as quais compõem 5,1% da magistratura, correspondendo a percentual menor do que metade de juizes negros, os quais remontam a 10,5%. Nenhuma pessoa se autodeclarou indígena (CNJ, 2014; SEVERI, 2016). E 2019 foi realizado um novo censo pelo CNJ com avaliação do período 2009-2019 o qual identificou para o lapso temporal a presença de 37,6% de mulheres e 62,4% de homens. Com relação aos cargos ocupados por servidores e servidoras do Poder Judiciário a maioria é feminina com 56,6% de mulheres e se manteve maior percentual na magistratura do trabalho, ratificando o censo anterior (CNJ, 2019).

A compilação destas amostras tem por finalidade demonstrar objetivamente o que até aqui se afirmou de forma que, as dessemelhanças no Direito dizem respeito não só à carreira acadêmica, mas também em outras instâncias. Também serve de alerta para dizer que as decisões proferidas pelos tribunais e juízos são elaboradas massivamente por homens e por pontos de vista majoritariamente patriarcais formando jurisprudência e povoando o cotidiano jurídico.

Obviamente ao referir essa questão não se pretende afirmar que as magistradas não possam reproduzir concepções machistas, eis que estas concepções muitas vezes constituem sua subjetividade através de uma socialização que se estabelece dentro de uma sociedade machista, com costumes e atribuição de papéis sociais que acabam por ser internalizados pelas mulheres, ou seja, se constituem em ambientes extremamente patriarcais, contudo, acabam por não exercer o protagonismo suficiente para, estando nestes espaços de poder desconstruir tais concepções, caso pretendam fazê-lo.

Salgado (2016) corrobora com este entendimento ao frisar que como há poucas juristas e legisladoras quando as mulheres ingressam nos cursos de Direito passam a ler apenas o que foi produzido e pensado sob o ponto de vista dos homens. Nesse sentido a Filósofa supra alerta que há necessidade não só da inclusão do pensamento feminino, mas também condições de possibilidade para seu protagonismo. Deixa claro também que há urgência também no que tange à maior inserção das mulheres na pesquisa e produção do conhecimento em no Direito a fim de promover impactos na ciência jurídica, ou seja, na Teoria do Direito e, com isso, proporcionar que a mesma seja pensada a partir de variados pontos de vista, diversos do que aí estão no momento. Contudo, para que isso possa de alguma forma ser concretizado, parece importante obter a compreensão das matrizes deste afastamento das mulheres da ciência, em especial do Direito.

3 DA DESIGUALDADE DA RAZÃO, DESIGUALDADE DA CIÊNCIA

A participação feminina tanto na sociedade quanto na ciência só passa a ter algum espaço depois do surgimento da epistemologia feminista que acabou por questionar uma série de padrões de comportamento e compreensões sociais. As origens dos discursos da ciência sempre estiveram atreladas aos homens a exemplo das obras de René Descartes e Francis Bacon (GUIMARÃES; OLIVER, 2017)

Harari (2018), ao analisar a história da humanidade, afirma que a hierarquia de gênero foi de extrema importância em todas as sociedades humanas conhecidas, tendo em vista que todos os povos se dividiram entre homens e mulheres, observa também que em quase todos os lugares os homens foram privilegiados, pelo menos desde a Revolução Agrícola. Diante disso, questiona se essa divisão é uma ficção ou se revela a partir de explicações biológicas que estabelecem a primazia dos homens sobre as mulheres. O historiador pondera que algumas diferenças culturais, jurídicas e políticas, advêm das diferenças biológicas óbvias, ao que exemplifica no fato de que gerar crianças sempre foi uma propriedade das mulheres porque homens não possuem útero, mas que ainda assim, as sociedades, para além desta verdade universal e incontestável, conceberam e colecionaram inúmeras ideias e normas culturais dissociadas da biologia (por exemplo: o fato de serem únicas na espécie humana capazes de gerar não significa que esta seja sua única função, ou um único destino biologicamente determinado).

Portanto, não são as características biológicas que afastam as mulheres da ciência, mas sim outras variáveis como as coleções de crenças citadas por Harari (2018) dentro do espectro de normas culturais ou outras circunstâncias. Chassot (2004) define que não só a ciência é masculina, mas

também quase toda a produção intelectual e artística, atribui esta situação à tríplice ancestralidade greco-judaica-cristã do pensamento ocidental. Segundo o autor esta ancestralidade tem papel fundamental para a exclusão e/ou apagamento das contribuições femininas, tendo em vista as percepções religiosas e míticas carregam noções negativas sobre as mulheres em termos que as colocam em posição de subalternidade. A transição das explicações sobre a realidade humana e suas questões do campo religioso e mítico para o campo filosófico (na tradição grega) não foi mais benéfica para as mulheres.

Galeno e Aristóteles têm um especial protagonismo no que se refere a localizar as mulheres como seres subalternos, pois suas proposições afirmaram e reafirmaram a inferioridade das mulheres a partir de suas análises pouco objetivas, arbitrárias e o entendimento que daí obtiveram sobre o processo de fecundação e reprodução humana. Tais concepções foram alicerçadas em suposições biológicas com relação à anatomia observável na época, as quais definiam as mulheres como seres incompletos, espécie de homens malformados que não alcançaram a condição plena, um ser defeituoso e incapacitado que acabaria por se situar em um grau inferior na escala da humanidade⁵ (CHASSOT, 2004).

No que se refere especificamente à desigualdade da razão, atributo indispensável para que se produza ciência, Aristóteles desenvolveu um pensamento notadamente inferiorizante para as mulheres ao desenvolver suas teorizações sobre a reprodução, nas quais atribui aos homens a causa eficiente e às mulheres a causa material. O pensamento consistia em afirmar que a mulher oferecia ao processo de geração apenas a matéria de que era formado o novo corpo em gestação e o mantinha em seu útero na temperatura

⁵ Harari (2018) recorda que na Atenas democrática do século V a.C. uma pessoa dotada de útero não possuía status jurídico independente (era propriedade de alguém), não tinha permissão para participar de assembleias populares, ocupar vagas destinadas a juizes ou receber boa educação, com raras exceções. Não havia qualquer líder político, filósofo, orador, mercador, artista que contivesse um útero, ainda que um útero não impedisse de qualquer forma que alguém pudesse exercer estas funções ou qualquer atividade.

adequada. Todo o protagonismo da gestação era atribuído aos homens visto que este gerava (em outro corpo) a vida ao transmitir a alma sensitiva que moldava o rosto, as mãos e demais partes do corpo, desta forma, a ausência da alma sensitiva teria como resultado apenas um corpo tal qual um cadáver no todo ou em parte⁶. Dentro desta percepção, conforme explica Laqueur (1994), caso o sêmem fosse de baixa qualidade seria gerada uma mulher e não um homem, mais um aspecto inferiorizante da noção grega sobre os seres humanos. A diferenciação sexual para Aristóteles não só envolvia o entendimento de que havia um sexo era oposto ao outro, mas também que era radicalmente diferentes na função reprodutiva no que tange à causa eficiente/material.

Em termos filosóficos a primazia da razão (alma) sobre a corporeidade é responsável pelo tratamento hierárquico oferecido a homens e mulheres, sendo assim, observada esta compreensão se pode afirmar que isso não significa que as mulheres não possuem razão, porém o uso integral estaria reservado aos homens. Do ponto de vista da tradição aristotélica a razão feminina não detinha a capacidade de transcender as paixões corporais, posto que as mulheres seriam movidas por instintos e sentimentos (CARVALHO, 2019). Observe-se que:

⁶ “Nas explicações aristotélicas a respeito da participação da mulher no processo da geração de uma nova vida, esta apenas teria o ventre fecundo para receber o esperma do homem, com todas as características do novo ser. Este é um dos pontos de partida, em nossas heranças culturais gregas, para muitas discriminações. Aristóteles ensinava – e essas concepções se sustentaram pelo menos até o final da Idade Média – que a semente masculina estaria dotada de todas as características do novo ser. Qualquer imperfeição que a nova criatura viesse a ter era responsabilidade da mulher, que não alimentara adequadamente a semente perfeita que lhe fora depositada pelo homem no vaso nutridor. Se da semente masculina nascesse uma fêmea, isso se devia a uma impotência de seu pai, que então gera um ser impotente: uma fêmea. Assim, a mulher é ela própria um defeito. Reduzir o dimorfismo sexual a desvios mensuráveis é uma operação vantajosa para a lógica do sistema aristotélico e do ponto de vista macroscópico mensurável nas comparações das aparências entre machos e fêmeas. Dessa forma nas mulheres são imperfeições: a ausência de pênis, os músculos peitorais flácidos e porosos onde há leite, o sangue menstrual, menos voz, ser frágil, são alguns dos exemplos para mostrar um corpo naturalmente mutilado” (CHASSOT, 2004, p. 17).

É, portanto, sobre o pano de fundo da dicotomia clássica entre alma e corpo que a concepção do essencialismo de gênero é constituída. A alma não apenas se distingue do corpo, como também está tradicionalmente vinculada à racionalidade, à atividade, à liberdade, ao universal e ao masculino. O corpo por sua vez, encontra-se associado à sensibilidade, à passividade, ao determinismo, a particular e, obviamente, ao feminino. Estes conjuntos são habitualmente vistos como antagônicos e classificados hierarquicamente. O primado da esfera racional sobre a sensível - considerado como o estado natural do ser humano - tem sido enfatizado como importante para a aquisição do conhecimento e imprescindível para possibilitar o agir ético (CARVALHO, 2019, p. 24).

O que Carvalho (2019) elucida é que para além da dicotomia homem/mulher, fundada nas diferenciações corporais, as quais Laqueur (1994) relata terem se constituído sobre conceitos arbitrários e adoção de analogias como a teoria dos olhos da toupeira para justificar a superioridade e/ou perfeição masculina, uma hierarquização mais profunda se coloca a partir das concepções aristotélicas.

A noção da primazia da esfera racional sobre a sensível como necessária à aquisição de conhecimento e viabilização para o agir ético, dentro deste contexto não só afasta as mulheres da possibilidade de adquirir e produzir conhecimento (científico), mas lhes interdita a via de concretização do agir ético conjuntamente com os homens. Suas funções, ao menos nesta lógica, estariam relacionadas com aspectos como docilidade, submissão, fragilidade e outras atividades específicas de suporte ao protagonismo dos homens, bem como às circunscritas à geração, criação dos filhos e filhas, trabalho doméstico e à educação para a reprodução dos papéis sociais para as gerações seguintes.

Carvalho (2019) analisa que a construção dos entendimentos negativos sobre as mulheres, em Aristóteles, passa pela sistematização do essencialismo de gênero, edificado a partir das bases biológicas da inferioridade feminina, da deficiência no uso prático da razão, do necessário controle masculino e da exclusão da cidadania. Cabe fazer referência que Aristóteles não é o pioneiro

das concepções inferiorizantes sobre as mulheres⁷, porém se empenhou em sua sistematização, tratando sobre elas em diversas obras como os *Tratados Biológicos*, *Ética a Nicômaco* e *Política*. Aristóteles aponta a família⁸ como núcleo constitutivo para a formação da sociedade, a qual seria composta pela multiplicidade destas células formativas. Na *Política* realiza a análise deste núcleo que, segundo ele, era formado pelo elo entre homem e mulher (com a finalidade de reprodução) e senhor e escravo⁹. Portanto, a família era formada por estas duas relações de dominação, naturalmente constituídas e, por serem naturais, consequentemente justas, pois tanto mulheres, quanto escravos, embora diferentes, eram compreendidos como inferiores, como objetos destinados a funções específicas¹⁰ (CARVALHO, 2020).

Essas matrizes do pensamento integraram-se na cultura ocidental de forma inequívoca, foram reproduzidas e perpetuadas por tantos outros filósofos como Santo Agostinho, Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant

⁷ Além das categorizações construídas pelos anatomistas já comentados, no campo personalidades como Platão também defendiam ideias depreciativas, pois tanto no *Timeu* quanto no *Banquete* faz referências negativas. No *Timeu* afirma que as primeiras mulheres surgiram de almas recicladas de homens inferiores. Já no *Banquete* afirma que o amor que envolve a reprodução humana e, portanto, a corporeidade seria inferior ao amor entre almas (consequentemente entre homens, dentro de sua perspectiva) o qual produziria ideias. Curiosamente, Platão é visto como simpatizante da paridade de gênero no que diz respeito às suas reflexões em *A República*, o que não se confirma diante da análise do conjunto de sua obra (CARVALHO, 2019; PLATÃO, 1991; PLATÃO, 2000; PLATÃO 2011).

⁸ “§ 6. A dupla união entre o homem e a mulher, o senhor e o escravo, forma antes de mais nada, a família. [...]” (ARISTÓTELES, 2001, p.13).

⁹ “§ 4. Deve-se, primeiramente, unir em dupla os seres que, como o homem e a mulher, não têm existência individual, devido à reprodução. Não constitui esse fato neles a consequência de uma ideia preconcebida; a natureza inspira-lhes assim como a outros animais, e do mesmo modo às plantas, o desejo de deixarem depois deles: um ser que lhes seja semelhante. Há ainda por ação da natureza e por manutenção das espécies, um ser que manda e outro que obedece. Pois aquele que tem inteligência capaz de prever tem, de modo natural, autoridade e poder de chefe; aquele que não tem senão força física para executar, deve, obrigatoriamente, obedecer e servir - e, portanto, o interesse do amo é o mesmo do servo (ARISTÓTELES, 2001, p.12)”.

¹⁰ “§ 5. Assim sendo, a natureza impôs uma diferença fundamental entre a mulher e o escravo - visto que a natureza não age de modo ávaro como os cutedeiros de Delfos que fabricam facas para trabalhos diferentes, mas cada uma por si, apenas servindo para uma finalidade. Desses instrumentos o melhor não é o que serve para vários trabalhos, mas para um só. Entre os povos bárbaros a mulher e o escravo estão confundidos numa mesma classe. Isso se dá pelo fato de a natureza não lhes ter propiciado o instinto de mando, e por ser a união conjugal a de uma escrava e de um senhor. Os poetas escreveram “os gregos têm o direito de mandar nos bárbaros” como se a natureza fizesse distinção entre bárbaro e escravo” (ARISTÓTELES, 2001, p.12-13).

e tantos mais, trazendo uma reafirmação secular do entendimento de que as mulheres seriam dotadas de uma razão reduzida e incapaz de exercer funções consideradas eminentemente masculinas como as relacionadas ao pensamento, à elaboração de teorias e experimentos, ou seja, atividades ligadas à ciência, à política, dentre outras. Os pensadores e o pensamento que desenvolveram auxiliaram a formular um imaginário social eivado de estereótipos que contribuíram para afastar as mulheres dos espaços destinados à ciência e, por consequência, também do Direito.

A adoção de epistemologias feministas¹¹ que questionem as bases da produção do conhecimento levando em consideração as desigualdades de gênero é um potente caminho para a transformação do cenário que se pode identificar. Considera-se que apenas através deste movimento, revisitando estas diferenciações, rompendo com as limitações arbitrariamente definidas desde a Antiguidade e perpetuadas em favor da manutenção das mulheres em papéis sociais estáticos que beneficiam os homens é que se pode modificar a atual desigualdade nos âmbitos da ciência e do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo investigar algumas causas do afastamento das mulheres da construção do conhecimento no Direito. Para tanto, em um primeiro lugar observou-se alguns aspectos sobre a presença feminina na ciência, no Brasil. Percebe-se que embora tenham ocorrido avanços nos últimos anos, há uma maior presença feminina em campos do conhecimento entendidos como voltados ao cuidado como Ciências da Saúde e Pedagogia, sem que se perceba um incremento mais evidente em áreas comumente entendidas como masculinas como o campo da *STEM*. Nota-se

¹¹ E aqui destacando a fundamental relevância das epistemologias feministas contra hegemônicas, aptas para a discussão sobre os temas que envolvem não só a questão de gênero como também as questões que envolvem raça/etnia, sexualidade e classe social.

que, em que pese desenvolvam as mesmas atividades, há menor destinação de bolsas produtividade do CNPq e de alguma forma não é garantida sua permanência e ascensão na carreira em pesquisa.

No que tange a verificação da presença das mulheres no campo do Direito, foi possível identificar que, houve aumento significativo do ingresso nos cursos de Direito, mas na medida em que se observa carreiras com maior status social e maior poder de decisão a presença feminina se torna rarefeita. Alguns avanços podem ser identificados como uma ligeira maioria na advocacia, no número de servidoras do Poder Judiciário e na magistratura do trabalho, porém no que se refere à produção de Teoria do Direito ou Ciência Jurídica o número ainda é muito diminuto, bem como em outros campos da magistratura. Outra problemática que não está diretamente relacionada com a formação jurídica, mas que impacta de alguma forma, é o baixo número de legisladoras, outra problemática que está adstrita ao campo da política e não do Direito especificamente.

Em um terceiro momento pretendeu-se abordar alguns aspectos sobre o que seria a desigualdade da razão, elemento indispensável para a produção do conhecimento, o que de toda forma encontra origens nas matrizes do pensamento ocidental. Tanto as concepções míticas quanto religiosas tiveram sua parcela de contribuição para a inferiorização feminina o que, de toda sorte, não se modificou com a transição das explicações sobre o mundo e sobre os seres humanos elaboradas pela Filosofia. Ao contrário, se intensificou a subalternização ao arbitrariamente se estabelecer a razão para a desigualdade entre homens e mulheres partindo de justificativas fundadas na natureza observável na época.

Conforme destacado, Aristóteles tem um importante papel no estabelecimento das ideias sobre uma hipotética capacidade reduzida das mulheres e, portanto, uma incapacidade de elaborar juízos racionais, algo reafirmado por filósofos que o sucederam, protraindo no tempo

estas considerações e contribuindo para o afastamento das mulheres dos espaços destinados à ciência. Visivelmente é necessário desconstruir estas concepções e viabilizar não só o acesso às mulheres aos espaços de produção do conhecimento no Direito, mas também sua permanência e possibilidade de crescimento nestes espaços.

A Teoria do Direito permanece como um espaço eminentemente masculino, basta que se dedique alguns minutos para uma busca documental ou bibliográfica para encontrar os maiores nomes na produção do conhecimento e se verificará um diminuto número de mulheres produzindo pesquisa, recebendo reconhecimento, apresentando suas teorias nos congressos científicos, popularizando o conhecimento jurídico nos meios de comunicação, ou em qualquer outra atividade que envolva a ideia de ouvir, ver ou ler juristas. A realidade brasileira é a que encontra o conhecimento nas produções dos juristas, dos magistrados, dos homens.

REFERÊNCIAS

BOLZANI, V. da S. Mulheres na ciência: por que ainda somos tão poucas? *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 69, n. 4, p. 56-59, Out. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602017000400017>. Acesso em: 16 de abr. 2021.

CARVALHO, M. da P. F. dos S. de. *O homem é um animal racional. E a mulher?: reflexões sobre filosofia, gênero e feminismo*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2019.

CHASSOT, A. A ciência é masculina? É, sim senhora! *Contexto e Educação*. Editora Unijuí. Ano 19, n. 71/72, p. 9-28, jan./dez. 2004. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1130>. Acesso em: 21 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Censo do Poder Judiciário: vetores iniciais e dados estatísticos*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil Sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

GROSSI, M. G. R. et al. As mulheres praticando ciência no Brasil. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 11-30, abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1805-9584-2016v24n1p11>. Acesso em: 16 abr. 2021.

GUIMARÃES, C.; OLIVER, G.S. Ciência feminista, história e epistemologia. In: MOURA, B. A.; FORATO, T. C. M. (coord.). *Histórias das ciências, epistemologia, gênero e arte: ensaios para a formação de professores*. São Bernardo do Campo, SP: Editora UFABC, 2017, Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788568576847>. Acesso em: 1 abr. 2021.

HARARI, Y. N. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Tradução Janaina Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018.

LAQUEUR, T. *La construcción del sexo: cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Madrid: Gráficas Rógar, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Em dia internacional, ONU diz que mulheres e meninas continuam excluídas de participação plena na ciência. *ONU News*, 11 fev. 2020. Disponível em: <http://news.un.org/pt/story/2020/02/1703721>. Acesso em: 31 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Mulheres representam apenas 28% dos graduados em engenharia. *ONU News*, 11 fev. 2021. Disponível em: <http://news.un.org/pt/story/2021/02/1741172>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SALGADO, G. M. As mulheres no campo do Direito: retratos de um machismo à brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 44, n. 2, p.64-88, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v44n2a2016-40411>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SANTOS, R. Pela primeira vez na história, número de advogadas supera o de advogados. *Consultor Jurídico*. 27 abr. 2021. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2021-abr-27/numero-advogadas-supera-advogados-vez-brasil>. Acesso em: 12 maio 2021.

SEVERI, F. C. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 13, p. 80-115, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944882004>. Acesso em: 30 abr. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Participa Mulher. Justiça Eleitoral. Estatísticas. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/>. Acesso em: 12 maio 2021.

A DIFICULDADE COM A ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Isadora Leitão Wild Santini Picarelli
Luíza Severnini Sima

INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico no Brasil tem crescido de forma exponencial, sendo o mercado digital uma das principais formas de compra do mundo, ainda mais com o cenário atual em que se vive a pandemia mundial de COVID-19 onde as pessoas evitam sair de suas casas para evitar a propagação do vírus.

O problema, no entanto, é que as pessoas que possuem algum tipo de deficiência, as quais deveriam ter ainda mais facilidades, acabam tendo um cenário de enormes dificuldades quando o objetivo é tentar efetuar alguma compra pela internet. O que se verifica na prática são enormes obstáculos decorridos da discriminação por omissão do setor privado para com essas pessoas, onde se contrasta que a letra da lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência acaba não ornando com o que ocorre na realidade dos fatos.

A dificuldade de acesso para as pessoas com deficiência no comércio eletrônico gera uma enorme desigualdade social, onde os mesmos não podem gozar de seus direitos e fruir do mercado econômico e consumerista como outras pessoas o fazem.

1 O CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

Para começar-se a falar sobre o conceito de deficiência, pode-se dizer que conforme destaca o dicionário (DICIO, 2009) o significado de deficiência

é: “s.f. Insuficiência orgânica ou mental; Defeito que uma coisa tem ou perda que experimenta na sua quantidade, qualidade ou valor”.

No decorrer dos anos as pessoas que possuem algum tipo de deficiência acabam sendo oprimidas e excluídas da sociedade em geral, onde são indivíduos vistos em situação vulnerável. De acordo com Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior (2015), em virtude da diferença, as pessoas com deficiência são excluídas e segregadas da sociedade, além de serem tomadas como incapazes e doentes.

Para reverberar essa ideia, Isaías Pessotti (1984, p.4) lembra que a deficiência era conceituada pelo catolicismo como um castigo:

Até o aparecimento do cristianismo, o deficiente era visto como um ser sem alma, dotado de uma infelicidade por ser assim constituído. A partir de então, ele ganha uma alma e não pode ser mais abandonado e morto, sem atentar-se contra os desígnios de Deus. Entretanto, [...] também passa a ser culpado pela sua condição, já que é deficiente por um castigo divino. E como cristão, é castigado e deve sofrer e ser punido.

Pessotti (1984, p. 9) ainda destaca como alguém com deficiência era visto na sociedade:

[...] era visto como portador de desígnios especiais de Deus ou como presa de entidades malignas às quais “obviamente” serviria através de atos bizarros como os das bruxas. Dada a credulidade da população rural e seu fanatismo clerical, não surpreende que entre as cem mil pessoas queimadas por bruxaria, só na Alemanha do século XVII, estivessem incluídos centenas de dementes e amentes ou deficiente mentais.

E além disso, durante muitos anos, decorrente a cultura da época e por não haver investigação suficiente sobre as pessoas que possuíam algum tipo de deficiência, elas acabam sendo vistas como objeto de desconhecimento, onde muitas eram consideradas como bruxaria, onde a sociedade as

considerava até mesmo “endemoniadas”, conforme Moisés e Stockmann preceituam (2020).

A Lei Federal nº 13.146/2015, que regulamenta internamente as disposições da Convenção da ONU, prevê em seu artigo 2º:

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

E ainda, segundo a Classificação Internacional das Deficiências, Atividades e Participação CIDDM-2 concebe a deficiência como uma perda ou anormalidade de uma parte do corpo (estrutura) ou função corporal (fisiológica), incluindo as funções mentais.

2 O DIREITO DE IGUALDADE DO CONSUMIDOR

No ordenamento brasileiro, o direito positivado dos consumidores é considerado direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal), e surgiu de determinação constitucional, no artigo 48 do ADCT.

Como observa Bruno Miragem, os direitos fundamentais “colocam-se em posição superior relativamente aos demais preceitos do ordenamento jurídico” (MIRAGEM, 2002, p. 03). O direito do consumidor é um direito de proteção deste contra a intervenção de terceiros, e é protegido pelo Estado, tanto em relação privada, como pelo próprio Estado, que também tem o dever de promover a proteção do direito do consumidor.

Assim, o Estado se coloca em uma posição de garantidor dos direitos de proteção do consumidor, e tem que respeitar a proibição de excesso, e de

proibição de omissão, devendo indicar como deve ser promovido o direito do consumidor na sociedade civil.

E a figura do consumidor, como titular do direito subjetivo constitucional, está expressa no Código de Defesa do Consumidor, assegurando no artigo 6º, inciso II, o direito de igualdade nas contratações.

Miragem (2002, p. 4) também observa que a igualdade do direito do consumidor, ela segue os ensinamentos de Aristóteles, que orienta “tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade”. E o Código de Defesa do Consumidor, segue essa orientação de Aristóteles para proporcionar maior igualdade para os consumidores, e segundo Adalberto Pasqualotto, alcança assim a justiça distributiva:

A justiça distributiva, que em Aristóteles tinha o sentido de “distribuição de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas (...)”, adquiriu nova significação na revolução francesa com Babeuf, quando proclamou que a justiça exige que o Estado redistribua bens para os pobres. Uma das inspirações de Babeuf teria sido um discurso de Armand de La Meuse perante a Assembléia Nacional francesa, em 17 de abril de 1793, dizendo que “não poder haver [...] uma contradição mais perigosa, absurda e imoral do que a igualdade política sem igualdade social e econômica”. Mudou-se assim a concepção meritória que a justiça distributiva tinha em Aristóteles. A distribuição deve ser feita independentemente do mérito. (PASQUALOTTO, 2009, p. 71-72).

Ainda, para Platão, “quando a igualdade é conferida a coisas desiguais, o resultado será desigual, a menos que se aplique a medida devida” (HELVESLEY, 2004, p. 144).

Segundo Celso Antônio de Mello, para identificar quebra de isonomia, é preciso primeiramente identificar o critério discriminatório, e verificar se existe uma justificativa racional para esse traço desigualador, para analisar se existe uma correlação lógica abstrata entre “o fator diferencial e a diferenciação consequente” (MELLO, 2000). Esse traço diferencial

é o elemento que serve de base para sujeitar as pessoas a regimes de tratamento diferentes, e que no presente artigo, seria para os casos onde pessoas com deficiência auditiva e visual se deparam com discriminações, sendo tratados de forma desigual no mercado de consumo.

Importante pontuar que o grupo de consumidores com deficiências, possui reconhecida a hiper vulnerabilidade, sendo reconhecida a desigualdade acentuada no grupo social específico.

A fim de diminuir essa desigualdade do consumidor em relação ao fornecedor, que possui maior poder econômico na relação, o Código de Defesa do Consumidor visa proteger o consumidor dessa fragilidade e vulnerabilidade, para impedir desequilibradas injustificadas em face dos consumidores.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor destaca no artigo 4º, inciso I, a vulnerabilidade dos consumidores, como um elemento inato, reconhecendo o consumidor como o elo frágil na relação consumerista em relação ao fornecedor, e a necessidade de proteção por meio de intervenção estatal, que promove uma igualdade ficta entre as partes.

A proteção dos interesses dos consumidores também tem status constitucional, já que a Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 5º, inciso XXXII, sobre a defesa do consumidor, “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” considerando então, a proteção dos direitos do consumidor como direito fundamental do cidadão, já que o artigo está inserido no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição Federal. Por fim, o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal determina que os direitos e garantias individuais são cláusula pétrea, não podendo ser alterados ou excluídos da Constituição Federal. Desta forma, a defesa dos direitos do consumidor não pode ser objeto de reforma na Constituição Federal vigente.

3 A INCLUSÃO E O DIREITO DE IGUALDADE PARA ACESSIBILIDADE EM SITES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL E AUDITIVA

No Brasil, de acordo com o Censo Demográfico IBGE (2012) (AGÊNCIA IBGE, 2017), mais de 45 milhões de pessoas possuem alguma deficiência, seja ela visual, auditiva, motora, mental ou intelectual, o que acaba correspondendo a 23,9% da população brasileira, sendo a Região Nordeste com o maior percentual de pessoas com deficiência.

A primeira lei aliada a igualdade e a dignidade da pessoa humana está nos fundamentos do Estado Democrático de Direito – em seu Título I, Dos Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988. Conforme apontam os objetivos republicanos, se busca uma sociedade justa e igualitária, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, assim como promover uma população sem que haja preconceitos.

Para dar ainda mais ênfase, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, se garante a liberdade e a igualdade, onde o acesso à informação é um dos meios para que se alcance a mesma.

Além disso, a Constituição Federal destaca, em seu artigo 24, XIV que: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”.

Quando se fala com relação ao direito à vida, se remete diretamente a dignidade da pessoa humana, onde no artigo 1º, inciso III da Carta Magna como fundamento da República Federativa do Brasil, é um conceito basilar que protege o ser humano acima de qualquer princípio, onde Sarlet (2001, p. 60) preceitua que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Pode-se concluir então, que ao associar-se a garantia da acessibilidade das pessoas deficientes juntamente com a dignidade da pessoa humana dos indivíduos que possuem algum tipo de deficiência, promoverá uma maior equidade com relação a sociedade, tornando-a mais justa e igualitária.

Na mesma senda, o Estatuto da Pessoa com Deficiência teve surgimento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2006), que definiu “critérios básicos para assegurar, promover e proteger o exercício pleno e em condições de igualdade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania plena e efetiva”.

Conforme dispõe a lei brasileira, aquelas pessoas que possuem algum tipo de deficiência são consideradas que “têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, artigo 2º, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A acessibilidade é considerada direito fundamental de acordo com o artigo 67, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e deve ser assegurada para que consiga resguardar os direitos das pessoas com deficiência, para que assim elas consigam viver de maneira independente e ter sua vida social sem necessariamente depender de terceiros.

Com relação a vida social online, o Estatuto da Pessoa com Deficiência afirma que a concepção e implantação de projetos de “informação e comunicação, inclusive sistemas e tecnologias da informação e comunicação”

devem atender tendo como referência as normas de acessibilidade. Onde rege acerca “Do acesso à informação e à comunicação”, impõe-se que “é obrigatória a acessibilidade nos portais privados e sítios eletrônicos do Poder Público na rede mundial de computadores, para uso das pessoas com deficiência”, artigo 74 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

De acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, há também a necessidade de fomentar que os sites eletrônicos se tornem acessíveis, onde se espera que haja uma atitude estatal para que auxilie nessa tarefa:

Art. 74. Devem ser estimulados a pesquisa, o desenvolvimento, a inovação e a difusão de tecnologias voltadas para ampliar o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias da informação e comunicação e às tecnologias sociais. Parágrafo único. Serão estimulados, em especial: [...] II – a adoção de soluções e a difusão de normas que visem a ampliar a acessibilidade da pessoa com deficiência à computação e aos sítios da internet.

O presente Estatuto reitera também a ideia de que “todas as pessoas com deficiência são iguais perante a lei e não sofrerão nenhuma espécie de discriminação”. Porém, é importante destacar-se que a discriminação não é considerada somente a exclusão, ação violenta, ou ato ofensivo à pessoa com deficiência, mas também a omissão com relação ao gozo de seus direitos plenos, e também a falta de igualdade de oportunidades dessas pessoas com as demais.

Significando então, que o acesso a políticas públicas, saúde, moradia, trabalho, educação e transporte, são imprescindíveis para que haja igualdade, mas e porque não o direito ao acesso aos mercados de consumo?

Na legislação do Brasil, o conceito de pessoa com deficiência foi destacado pelo Decreto nº 914/1993:

Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica,

que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

De maneira posterior ao Decreto nº 914/1993, acabou tendo sua revogação por força do Decreto nº 3.298/1999 que na mesma senda acabou regulamentando a Lei nº 7.853/1989. Esse Decreto nº 3.298/1999 passou a definir a deficiência em uma nova conceituação, definindo-a como:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O mesmo Decreto além disso fez de forma categórica a diferenciação dos diferentes tipos de deficiência como física, auditiva, visual, mental e múltipla.

No ano de 2019, as vendas online no país tiveram o crescimento de 22,7%, onde segundo o estudo da Compre&Compre, passou-se a atingir um faturamento de 75 bilhões de reais, o qual em 2020, com a pandemia, aumentou ainda mais.

Apesar da haver uma obrigação jurídica, o cenário de acessibilidade digital no Brasil não é nada bom, onde de acordo com dois estudos realizados pelo Movimento Web para Todos revelam dados preocupantes, onde menos de 1% dos sites brasileiros permitem o acesso para pessoa com deficiência, e 100% dos sites mais acessados do e-commerce brasileiros apresentam barreiras para a navegação deste tipo de público.

De acordo com um estudo feito pelo Web para todos em 2018, onde o nome é As Principais Barreiras de Acesso em Sites do E-commerce Brasileiro – 2º Estudo de Acessibilidade em Sites (CONSUMIDOR MODERNO, 2021), foi destacado que haviam vários obstáculos na efetivação de conseguir tornar viável o e-commerce para as pessoas com algum tipo de deficiência, sendo esses sites considerados os principais nomes do mercado.

Outro objeto do estudo também foi destacado que apesar de haver uma descrição de imagem pelo site, se mostrou ineficaz, haja vista que pessoas que possuíam algum problema de visão ou até mesmo uma deficiência visual, não conseguiam ler apenas pela descrição, e nesse caso, a porcentagem de afetados ao não conseguirem efetuar a compra foram 76%. Dentre as informações que faltavam, se incluía por exemplo, a cor do produto, o que tornaria algo dificultoso para que a pessoa pudesse efetuar sua compra sem saber isso.

Mais um dado importante é a dificuldade encontrada ao finalizar a compra na área do formulário, onde por mais que a pessoa já tenha conseguido passar pela parte de escolha do produto, a finalização ainda é um obstáculo. Foi destacado então que em 28% dos testes esses usuários não conseguiram finalizá-la.

Nesse caso, ocorrem dois direitos violados. Primeiramente, a violação do atendimento facilitado ao consumidor (artigo 1º, Decreto nº 7.962/2013), tendo ele deficiência ou não. Segundamente, a violação do direito de acessibilidade nos sítios mantidos por empresas com sede no Brasil, conforme dispõe o artigo 63 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Algumas alternativas para sanar essa desigualdade por meio da tecnologia, são os recursos que podem ser desenvolvidos acerca da acessibilidade no e-commerce, onde nesses recursos podem facilitar nos sites: a audiodescrição de produtos, combinado com uma descrição de imagem de qualidade; Possibilidade de zoom de 200%, com site responsivo; Display em braille para facilitar o uso; Controle por entrada de voz também para pessoas

com dificuldades motoras; Cadastro simplificado; Interface limpa e objetiva; Textos diretos e objetivos; Intérprete virtual de libras, entre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conscientização da sociedade para a criação de políticas públicas com relação a acessibilidade digital é importantíssima, onde as dificuldades enfrentadas por esse público necessitam de uma maior atenção estatal.

De modo concreto, a efetivação dos direitos dos consumidores da pessoa com deficiência ainda tem muitas barreiras para que consiga se garantir um melhor atendimento e inserção dessas pessoas no mercado de consumo.

Desta forma, o princípio de igualdade do consumidor determina que todos os consumidores sejam tratados sem discriminação, sem situações de desequilíbrio para acessar produtos ou serviços de que necessita.

No comércio eletrônico, nem todos os sites estão prontos para receber todos os consumidores, que por vezes, se deparam com dificuldades em ler, ouvir, entender a descrição dos produtos

Pode-se destacar então com o presente artigo que as pessoas que possuem algo tipo de deficiência sempre acabam se deparando com barreiras, tanto físicas, quanto sociais, na tentativa de viverem e exercerem a sua cidadania como qualquer outra pessoa.

Apesar disso, se percebe que ainda há uma discriminação com relação as pessoas que possuem deficiência, até mesmo devido o decorrer histórico pela qual essas passaram a serem vistas como pessoas “anormais”.

Porém, é imperioso destacar que são possuidores de direitos, e devem ser tratados sem distinção, haja vista que merecem ter acesso a oportunidades de modo que a equidade seja estabelecida, incluindo também, no âmbito das compras via e-commerce.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial Da União*: seção 1, Brasília, Df, N. 191-A, P. 1, 5 Out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição De 1988 – Publicação Original. Disponível em: W2.Camara.Leg.Br/Legin/Fed/Consti/1988/Constituicao-1988-5-Outubro-1988-322142-Publicacaooriginal-1-Pl.Html. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.146/2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 7 jul. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.

BRASIL. Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. (Deficientes). *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 8 set. 1993. REVOGADO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 10, 21 dez. 1999.

CONSUMIDOR MODERNO. *Acessibilidade no e-commerce ainda é desafio para marcas*. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2021/05/27/acessibilidade-e-commerce/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

DICIO – Dicionário Online de Português. Significado de Deficiência, DICIO. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/deficiencia/#:~:text=Significado%20de%20Defici%C3%ancia,sua%20quantidade%2C%20qualidade%20ou%20valor.> Acesso em: 12 nov. 2022.

HELVESLEY, J. Isonomia constitucional: igualdade formal versus igualdade material. *Revista ESMAFE*, v. 7, p. 143-164, ago. 2004. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/260>. Acesso em: 19 abr. 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo de 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>.

LOSCHI, M. Pessoas com deficiência: adaptando espaços e atitudes. *AGÊNCIA IBGE*, 20 set. 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/16794-pessoas-com-deficiencia-adaptando-espacos-e-atitudes#:~:text=No%20último%20Censo%20Demográfico%2C%2045,vivem%20em%20uma%20sociedad-e%20adaptada>. Acesso em: 12 nov. 2022

MAIOR, I. M. M. de L. Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos. *Inclusão Social*, v. 10, n. 2, dez. 2017. Disponível em: <https://revista.ibict.br/inclusao/article/view/4029>. Acesso em: 19 abr. 2021.

MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, B. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43, p. 111-132, jun./set. 2002.

MOISES, R. R.; STOCKMANN, D. A pessoa com deficiência no curso da história: aspectos sociais, culturais e políticos. *History of Education in Latin America - HistELA*, v. 3, e. 20780, jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21680/2596-0113.2020v3n0ID20780>. Acesso em: 19 abr. 2021.

ONU. *Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil*. Disponível em: <https://brasil.un.org/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PASQUALOTTO, A. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. n. 9, out./dez.2009. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v3i9.468>. Acesso em: 19 abr. 2021.

PESSOTTI, I. *Deficiência mental: da superstição à ciência*. São Paulo: T. A. Queiroz/ Edusp, 1984.

WEB PARA TODOS. Comprar online: tarefa sofrida pra quem tem deficiência. Disponível em: <https://mwpt.com.br/comprar-online-tarefa-sofrida-pra-quem-tem-deficiencia/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

(IN)APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE CONSUMO¹

Feliciano Alcides Dias
Andrei Duwe

INTRODUÇÃO: O CONFLITO E FORMAS DE RESOLUÇÃO

O ser humano, desde os primórdios de sua vida, encontra sérias dificuldades para viver em sociedade. Assim, pode-se afirmar veementemente que a vida em sociedade pressupõe a existência dos conflitos de interesses. Certamente que, em algum momento de sua vida, o cidadão já se deparou com uma controvérsia, ou ainda, poderá vivenciar esta experiência no futuro, em face das relações sociais estarem se tornando cada vez mais complexas. O conflito de interesses é inerente aos seres humanos.

O conflito intersubjetivo de interesses ocorre diante da disputa pelo mesmo bem entre duas ou mais pessoas, em que a satisfação se restrinja apenas à uma delas (GUILHERME, 2012).

Para que possa existir conflito de interesses entre pessoas, faz-se necessário, pelo menos, duas pessoas com os mesmos interesses sobre determinado bem jurídico. No caso do consumidor, pode-se citar como exemplo, a aquisição de um produto com vício de qualidade que, possivelmente, necessite de reparos, ou, até mesmo, a prestação de serviços que muitas vezes deixa a desejar. Ambas as situações supracitadas são causas de conflitos de interesses, no entanto, a questão é se a arbitragem seria a melhor alternativa para solucioná-los ao invés da provocação do Poder Judiciário.

¹ Este texto é uma versão revisada e atualizada do artigo “Arbitragem nas relações de consumo: agride, ou não, a proteção especial concedida ao consumidor?” originalmente publicado na Revista Jurídica da FURB (DIAS; DUWE, 2015).

Diante de um conflito de interesses, há que se ter ao menos uma forma de solucioná-los. Em tempos hodiernos, “[...] o Estado disponibiliza à sociedade brasileira através do Tribunal Multiportas, um sistema com vários métodos adequados de resolução de disputas através dos meios consensuais de pacificação social e não se restringindo apenas a decisão imposta por uma sentença [...]” (DIAS, 2018, p. 113).

Pelo sistema multiportas, as partes interessadas têm a opção de escolher uma das portas representadas pelos meios autocompositivos (conciliação e mediação) ou heterocompositivos com vistas à resolução das controvérsias. Esse último, subdivide-se em duas espécies, a arbitragem e a jurisdição estatal. Característica fundamental deste meio, em específico da arbitragem, objeto desse estudo, é o fato de a solução do conflito estar nas mãos de terceiro escolhido pelas partes. Mas, será que a arbitragem seria o melhor caminho para solucionar os conflitos consumeristas? Alcançaria o objetivo almejado, primando pela ordem jurídica justa? Buscar-se-ão respostas para cada uma dessas indagações, valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

1 NOÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA ARBITRAGEM

Ao se abordar um tema da magnitude da arbitragem, por mais simples que seja, é necessário ter certa compreensão acerca da evolução histórica da legislação acerca do assunto. Referida abordagem e pesquisa faz com que se possa ter uma maior percepção dos motivos desse instituto possuir os contornos que se vislumbram em tempos atuais.

A arbitragem é uma das formas de resolução de conflitos mais antiga que se tem conhecimento. Os povos da Antiguidade e da Idade Média já faziam uso de suas vantagens, em razão de representar um caminho certo para se evitar um conflito bélico. (GUILHERME, 2012).

Somente na fase imperial de Roma é que se adotou a solução exclusivamente estatal de controvérsias. Antes, no período das *legis actiones* e no período *per formula*, a atuação do pretor se limitava a dar a ação, compor o litígio e fixar o *thema decidendum*. A partir daqui, entregava o julgamento a um árbitro, que podia ser qualquer cidadão romano. (SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 39-40).

No Brasil, pode-se dizer que a arbitragem está presente desde os tempos da colonização portuguesa. Tal afirmativa pode ser confirmada pela leitura do art. 160 da Constituição Política do Império de 1824 que, por sua vez, já previa o juízo arbitral, que assim expressava. “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”. (original). (GUILHERME, 2012).

Em termos de previsão infraconstitucional, verifica-se que o Código Comercial (Lei nº 556, de 1850), ainda vigente, designava em seu art. 294² que no juízo arbitral era competente para dirimir todas as questões sociais que se suscitavam entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha.

Ao analisar o Regulamento nº 737 de 1850, observa-se que o art. 411³ exigia o juízo arbitral para solucionar as causas comerciais. Todavia, dezesseis anos após, a Lei nº 1.350 de 1866 revogou os dispositivos que privilegiavam a solução arbitral⁴. Isso fez com que a arbitragem caísse, na época, em desuso.

² Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral. (original).

³ Art. 411. O Juizo arbitral ou é voluntario ou necessario: § 1.º E' voluntario, quando é instituido por compromisso das partes. § 2.º E' necessario, nos casos dos arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Codigo Commercial, e em todos os mais, em que esta fórmula de Juizo é pelo mesmo Codigo determinada. (original).

⁴ Art. 1º Fica derogado o Juizo Arbitral necessario, estabelecido pelo artigo vinte titulo unico do Codigo Commercial. § 1º O Juizo Arbitral será sempre voluntario mediante o compromisso das partes. [...] (original).

Em 24 de fevereiro de 1891 é promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que foi a única Constituição brasileira a não fazer nenhuma menção à arbitragem.

Nas Constituições posteriores, segundo Adriana S. Silva (2005), a previsão do instituto da arbitragem ocorreu de forma implícita. Na Constituição de 1934, a previsão da arbitragem é encontrada nas premissas do artigo 5º, XIX, “c”:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

XIX - legislar sobre:

[...]

c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da **arbitragem comercial**, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo; (grifo nosso).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, embora de forma singela, também fez referência ao instituto, podendo se constatar na redação do art. 18, *caput* e incisos “d” e “g”.

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

[...]

d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;

[...]

g) processo judicial ou extrajudicial.

Na Constituição de 1946, a arbitragem se evidencia no artigo 4º de uma forma muito peculiar:

Art. 4º - O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado.

Ao analisar as premissas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, verifica-se no art. 7º, a previsão do sistema arbitral apenas nos casos de solução e conflitos internacionais. Segundo Adriana S. Silva (2005), o conteúdo do art. 7º da Constituição de 1967 foi mantido na Constituição posterior, sob o mesmo número e redação.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, observa-se que o legislador permitiu o uso da arbitragem para solucionar conflitos em causas trabalhistas, prevendo sua admissão no parágrafo 1º do art. 114, quando normatiza que, “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

No Código Civilista de 1916, a arbitragem estava prevista entre os meios indiretos de pagamento, sob o título de compromisso, ou seja, entre o art. 1.037⁵ e o art. 1.048.

Segundo Scavone Junior (2014), o fato de estar prevista no antigo Código Civil de 1916, não fez com que tivesse uma larga utilização como meio de solução de conflitos, tendo em vista que, nos arts. 1.085 a 1.102, o Código de Processo Civil de 1939, vigente à época, exigia a homologação⁶ do, então, denominado “laudo arbitral” (hoje, segundo o autor, equivalente à sentença arbitral) por sentença judicial. Afirma com muita propriedade o referido autor, “que o Poder Judiciário se transformava em ‘segundo grau de jurisdição’ da arbitragem”.

Nesse ínterim, a arbitragem era cada vez mais utilizada na solução de conflitos em meio ao cenário internacional. Esse fator fez com que, em 24 de setembro de 1923, o Brasil aderisse ao Protocolo de Genebra,

⁵ Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais. (Revogado)

⁶ Art. 1.098. É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originalmente tocar o julgamento da causa. (Revogado) Art. 1.099. Recebidos os autos, o juiz determinará que as partes se manifestem, dentro de dez (10) dias, sobre o laudo arbitral; e em igual prazo o homologará, salvo se o laudo for nulo. (Revogado)

incorporando e reconhecendo-o em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 21.187/1932, que promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra. Além disso, o Brasil também fez parte da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, ratificada e promulgada pelo Decreto nº 1.902/1996.

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2012) corrobora que os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 adotaram a possibilidade de solução de litígios pelo juízo arbitral.

Ainda, segundo o autor supra, a Lei nº 9.099/1995 foi um dos grandes avanços dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsia no Brasil, vez que trouxe métodos que serviram para a resolução de conflitos sociais, ocasionando um menor custo e mais agilidade ao processo.

Em 23 de setembro de 1996, surge ao meio jurídico brasileiro, a Lei nº 9.307 com a proposta de dispor sobre a arbitragem, em que o legislador procurou fortalecer os meios extrajudiciais de solução de conflitos. A lei mencionada trouxe grandes inovações ao sistema brasileiro, *exempli gratia*, acabou com a homologação judicial da sentença arbitral e, por sua vez, equiparou o árbitro ao juiz togado, consoante disposição expressa do art. 18 da lei de regência⁷. Oportuno mencionar que a decisão arbitral com o advento da Lei nº 9.307/1996, passou a ter força de *sentença* (título executivo judicial), fazendo coisa julgada material⁸.

Na atual conjuntura jurídica do Brasil, em virtude do crescente grau de litígios que são conduzidos ao Poder Judiciário, surgiu a preocupação em buscar outros meios de resolução de conflitos visando à redução de custos

⁷ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁸ Segundo as premissas do art. 502 do Código de Processo Civil: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

e tempo de tramitação das demandas, com o propósito de desafogar a prestação dos serviços perante a jurisdição estatal.

Diante desse cenário, assim como devido ao avanço tecnológico e as demais alterações legislativas no campo processual, especialmente, após a sanção do vigente Código de Processo Civil através da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, surgiu à necessidade do aperfeiçoamento da atual legislação regulamentadora da arbitragem.

Com este objetivo, o Projeto de Lei do Senado de nº 406 de 2013 procurou ampliar o âmbito de aplicação do sistema arbitral, promovendo alterações e inovações no que tange a escolha dos árbitros quando as partes recorrem ao órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência pelo árbitro, a carta e sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto.

Após pouco mais de um ano de tramitação do referido Projeto de Lei, no dia 26 de maio de 2015 foi sancionada pelo Vice-presidente Michel Temer, no exercício da presidência, a reforma da Lei de Arbitragem, que culminou na Lei nº 13.129/2015. A aprovação saiu com três vetos: à previsão da arbitragem para causas trabalhistas, para relações de consumo (objeto deste estudo) e para litígios relacionados aos contratos de adesão. Por opção, anteriormente delimitada no preâmbulo dessa pesquisa, mais adiante far-se-á uma análise acurada da possibilidade de aplicação da arbitragem consumerista.

2 CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO ARBITRAL

Muitos doutrinadores, a exemplo de Scavone Junior (2014), acreditam que o poder jurisdicional se resume a um monopólio do Estado e que substitui as partes na solução do conflito, aplicando o direito através de um processo.

“A inferência doutrinária que considera a jurisdição um monopólio estatal se funda no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CF)⁹” (SCAVONE JUNIOR, 2014).

O juízo arbitral é o poder jurisdicional exercido fora do âmbito do Estado por terceiro, estranho a relação jurídica, o que é perfeitamente possível, posto que as partes possuam a liberdade para transigir sobre seus direitos patrimoniais e disponíveis.

Com a celebração do compromisso arbitral, as partes apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado. Como o compromisso só pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes assim proceder. (GRINOVER; et al., 2011, p. 587).

A transação e a arbitragem possuem um único fito, evitar prejuízos às partes, ou seja, evitar os danos que a morosidade do Poder Judiciário na solução da lide pode causar.

Quando as partes efetivarem um negócio jurídico, estão fazendo uso do princípio da autonomia da vontade, que se vislumbra, também, quando as partes optam por transigir em uma relação jurídica. Acredita-se no fato de que, se a parte tem a prerrogativa de mediante o princípio da autonomia da vontade extinguir a relação jurídica pela transação, igualmente poderia fazê-la através do juízo arbitral sob o mesmo manto principiológico retro mencionado.

Nesse contexto, o princípio da autonomia privada aplicado à arbitragem representa um instrumento útil e democrático, especialmente, no campo do direito privado, por conceder às partes a liberdade de contratar esse meio de resolução de conflitos mediante convenção de arbitragem válida (DIAS, 2018, p. 142).

⁹ “Desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º) que está previsto o dispositivo que assegura o acesso ao Judiciário, situação mantida pela Constituição de 1967 (art. 150, § 4º) e pela de 1988, no art. 5º, inciso XXXV, que dispôs que a lei não deve excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (COSTA, 2012).

Pelo pacto arbitral, as partes tem a liberdade de escolha sobre a matéria, objeto da solução da disputa, tanto do direito material quanto processual, podendo optar ainda pela equidade como regra de julgamento ou que a decisão seja fundamentada nos usos e costumes, princípios gerais de direito ou nas regras internacionais do comércio (DIAS, 2018, p. 144).

Independente do modelo de arbitragem utilizado, importante ressaltar o dever de colaboração das partes com vistas a um processo justo, eficiente, célere e econômico através dos meios adequados de solução dos conflitos, que tem causado impacto no acesso à justiça de forma globalizada. Na Inglaterra, o processo é compreendido como “uma manifestação de duas ‘liberdades’: a liberdade contratual e a liberdade dos litigantes para delimitar seus pedidos e defesas e praticar atos de disposição, nos termos combinados” (ANDREWS, 2012, p. 343).

O Supremo Tribunal Federal¹⁰ analisando a constitucionalidade das premissas da Lei 9.307/1996, embora no ano de 2001, interpretou os dispositivos constitucionais, ou seja, o princípio da inafastabilidade da tutela

¹⁰ EMENTA: “1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis [...] A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. **Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. [...]** (STF. SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 pp-00029 EMENT VOL-02149-06 pp-00958). Grifo nosso.

jurisdicional pelo Poder Judiciário (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 5º, XXXV), e consagrou a constitucionalidade do instituto da arbitragem.

Contudo, embora constitucional, é de suma importância trazer a lume que nenhuma legislação poderá impor de forma compulsória o juízo arbitral. De forma alguma é isso que se verifica da leitura da Lei nº 9.307/1996 alterada pela Lei nº 13.129/2015, vez que, em nenhum momento, impõem-se a utilização compulsória da arbitragem.

Outra questão importante destacada na lei de regência da arbitragem por Carmona (2009, p. 26), refere-se à equiparação da decisão arbitral com a sentença judicial, quando afirma que:

O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da **jurisdicionalidade da arbitragem**, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. (Grifo no original)

Desta forma, o conceito de jurisdição deve ser analisado sob outro enfoque e não mais restrito ao monopólio da jurisdição estatal, numa visão equivocada do acesso à justiça previsto constitucionalmente. Após vastos debates sobre a natureza jurídica da arbitragem, tem-se na contemporaneidade, uma adequação da técnica à realidade no sentido de ampliar o conceito de jurisdição de modo a abranger o juízo arbitral.

No Brasil, diante de estudos recentes, tem prevalecido a ideia de que o instituto da arbitragem é de natureza jurisdicional, “[...] salvo no que concerne à origem da arbitragem (por resultar da vontade dos convenientes)”. (ALVIM, 2000, p. 68)

Releva notar que é facultado às partes optarem pelo juízo arbitral, já que somente serão permitidos pela lei da arbitragem casos que versarem

sobre direitos patrimoniais e disponíveis¹¹, conforme dispõe seu art. 1º, tornando-se constitucional a referida legislação.

O Código de Processo Civil de 2015 reforça o mesmo entendimento quando dispõe no artigo 3º e seus parágrafos que, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão à direito” (*caput*), sendo permitida a arbitragem na forma da lei (§ 1º) e combinando-o com o artigo 42 do mesmo Código, que diz que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral [...]”. Como visto, tem-se uma verdadeira mudança da natureza jurídica do instituto, isso porque, conforme o art. 1º da Lei nº 9.307/1996, apenas as pessoas capazes de contratar poderiam valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, a Lei nº 13.105/2015 que instituiu o atual Código de Processo Civil brasileiro traz em seu bojo a legitimação jurisdicional da arbitragem, transmutando-a do universo contratual.

3 ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O juízo arbitral, em relações de consumo, encontra-se bastante difundido no mundo, principalmente, nos países europeus.

A União Européia desde 1985 procura com uma série de medidas para facilitar resoluções dos consumidores em questões de consumo atentando para a necessidade de proteção em face das desigualdades dos poderes do mercado, o excessivo custo dos procedimentos judiciais, evitando-se uma prolongada discussão judicial. (OLIVEIRA, 2005).

Para que se possa fazer uso da arbitragem e gozar de todos os seus benefícios no Brasil, faz-se mister observar que esse juízo é um meio

¹¹ Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

adequado de solução de controvérsias envolvendo os direitos patrimoniais, sendo possível a sua utilização para solucionar disputas nos mais variados ramos do direito, dentre eles, o empresarial, direito civil, internacional e antes da sanção da novel lei de atualização da arbitragem, era possível também nas relações de consumo.

No entanto, esse não foi o entendimento do Vice-Presidente da República, ao sancionar a Lei da Arbitragem nº 13.129/2015, quando dentre outros vetos, insurgiu-se contra a arbitragem nas relações consumeristas.

Por outro lado, a novel legislação foi comemorada por grande parte dos juristas brasileiros, em especial, diante da possibilidade de amenizar a carga imposta pelas inúmeras demandas postuladas no Poder Judiciário:

Ao sancionar as alterações na Lei de Arbitragem de nosso país, o vice-presidente da República, Michel Temer, no exercício da Presidência, permitiu que o Brasil continue ao lado das grandes nações que se utilizam deste instituto como meio de solução de grandes conflitos, tanto na área privada quanto na pública. O diploma é, sem dúvidas, um avanço em diversos sentidos. Isso é inquestionável. (NOBRE, 2015)

E, ainda:

A reforma da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) é uma grande demanda de todos os setores da área jurídica. Por ser um meio de resolução de conflitos extrajudicial, o efeito direto é desafogar o Judiciário de muitas questões que não precisam da decisão de um juiz. Com a aprovação da nova lei, a expectativa é que o uso do instituto seja ampliado. (CANÁRIO, 2015a)

Contudo, alguns juristas consideraram os vetos um retrocesso diante do desenvolvimento social existente no Brasil em comparação com outros países. Por isso, antes de adentrar aos comentários propriamente ditos, faz-se necessário ressaltar algumas especificidades acerca dos temas vetados pela presidência.

O veto ao texto dos §§ 2º e 3º do artigo 4º da referida lei que reformulou o instituto da arbitragem, assim dispunha:

Art. 4º - [...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado. § 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição. (BRASIL, Lei nº 13.129, 2015)

Os vetos aos referidos parágrafos advieram a pedido do Ministério da Justiça, apresentando a mensagem de veto às seguintes razões:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor. (BRASIL, Mensagem nº 162, 2015)

Para Claudia Lima Marques (2015), respeitada jurista no âmbito consumerista e favorável aos vetos, argumenta que a condição hipossuficiente do consumidor frente às relações de consumo não poderia ser tratada pela arbitragem privada que sugere a igualdade entre as partes e, assim reforça o seu entendimento quando destaca que: “[...] alguém já falou que se retirado o veto, a arbitragem de consumo poderá ser por equidade (por força do artigo 2º da Lei 9.307/96), isto é, uma arbitragem sem aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma decisão só por princípios gerais do direito [...]”.

Ora, segundo a citada autora, caso fosse excluído o mencionado veto, pondera ainda que perante o juízo arbitral, não precisaria o árbitro seguir a regra da inversão do ônus probatório em favor do consumidor, afirmando que a soberania do árbitro comprometeria tantas outras conquistas do CDC,

especialmente, pelo fato da arbitragem privada ser sigilosa e de não fazer jurisprudência, os consumidores ficariam à sombra e no silêncio da decisão arbitral. Pondera também que, caso fosse derrubado o veto, “[...] a arbitragem de consumo poderá ser contra analfabetos e analfabetos funcionais (artigo 1 da lei), tão presentes no Brasil, idosos, doentes, superendividados, enfim todos os maiores, e sua decisão será vinculante mesmo que seja com apenas um árbitro (artigo 18 da lei)”. (MARQUES, 2015)

Por sua vez, para corroborar com a justificativa de que a nova lei da arbitragem usurpava as vitórias conquistadas nas ações coletivas, assevera Cláudia Lima Marques (2015) que,

[...] nada assegura no texto da nova lei de arbitragem — derrubado o veto — que esta arbitragem de consumo deverá utilizar as vitórias das ações coletivas. Ao contrário, a interpretação será que aceitando “expressamente” a arbitragem em contrato de adesão (em negrito como prevê o parágrafo 2º do artigo 4º, também vetado desta nova lei de arbitragem e cuja derrubada ora se cogita...) estará o consumidor abrindo mão das vitórias conseguidas nas ações coletivas! O impacto de não assegurar as conquistas coletivas é tão grande na proteção do consumidor que no Québec (Canadá) a lei de proteção do consumidor teve de ser mudada em 2006 para proibir cláusulas que estipulem a arbitragem “que limitem o direito de participar de uma ação coletiva ou de ser parte de um grupo que se beneficia de uma decisão positiva em uma ação coletiva” (artigo 11.1). [...] a nova lei da arbitragem não é clara como o consumidor vai ‘aceitar expressamente’ a arbitragem privada por contrato de adesão e em negrito (o vetado parágrafo 2º do artigo 4º) e se com isso estará abrindo mão de seus direitos consolidados em súmulas e decisões judiciais em repetitivos! [...] em verdade ficariam na total dependência do mercado e da ‘boa vontade’ dos fornecedores, experts e multinacionais, acostumadas à arbitragens multimilionárias! [...] assim se o veto a este texto do parágrafo 3 do artigo 4 não for mantido, idosos, analfabetos e todos, em breve, estaremos não mais recorrendo a procons, juizados especiais e sim submetidos à arbitragens privadas, inclusive sobre serviços públicos, sempre em contratos de adesão!

Cabe ressaltar ainda, as observações da PROTESTE - Associação de Consumidores (2015), que favorável aos vetos motiva sua posição:

A arbitragem é uma forma extrajudicial de resolução de litígios para ajudar a desafogar o Judiciário e também para solução mais rápida dos conflitos, mas pressupõe igualdade entre as partes e liberdade de escolha, requisitos incompatíveis com a relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão. Haveria os custos de eventual arbitragem que seriam repassados direta ou indiretamente aos consumidores, encarecendo produtos e serviços. Se o objetivo é a solução de conflitos, a arbitragem de consumo deve ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Nota técnica da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da Justiça, também destaca que os consumidores já contam com o apoio dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, como a PROTESTE, Procons e Defensorias Públicas, “que realizam diariamente a conciliação em milhares de conflitos de consumo sem qualquer ônus ao consumidor e preservando os ditames da vulnerabilidade e isonomia entre as partes”.

Os críticos, a maioria deles participantes da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da lei, entre eles, Marcelo Nobre, Cai Cesar Rocha e Adriana Braghetta; defendem que foram feitas interpretações equivocadas, impedindo a evolução plena da lei a sua entrada definitiva no Século XXI. Afirmam que o respeito às garantias dos direitos trabalhistas e do consumidor era total e ainda, que a forma do texto era muito mais protetiva ao consumidor do que a lei atual. (CANÁRIO, 2015b)

Pedro Canário (2015, n.p.) faz relevantes ponderações acerca da posição do consumerista Francisco Fragata Júnior, do Fragata e Antunes Advogados e da advogada Adriana Braghetta:

O consumerista Francisco Fragata Júnior, do Fragata e Antunes Advogados, considera que “mais uma vez se vetam avanços na legislação brasileira por conta de ranços e preconceitos”. Ele analisa que o texto era claro em só permitir a arbitragem nos casos em que a iniciativa fosse do consumidor ou que houvesse expressa autorização dele. O advogado reconhece que poderia haver abusos, mas “é bastante claro” que essa cláusula seria alcance restrito. O advogado afirma que, pelos custos, não seria qualquer relação de consumo que seria levada ao juízo arbitral. É a mesma avaliação que faz Adriana Braghetta: “Isso não se destina a qualquer consumidor. É para casos de quem gastou muito dinheiro, como quem reforma uma casa ou compra um carro de luxo. O custo de se instalar uma arbitragem não justifica que ela seja usada para toda e qualquer situação de consumo”. Fragata Júnior ainda acrescenta que, nos casos de abuso, seria

muito simples impugnar a cláusula “por vício de vontade” no Judiciário. “O juiz, em seu poder integrativo assegurado pelo artigo 51, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor, colocaria a solução correta no caso. Com o tempo a situação se estabilizaria, pois ações coletivas podem por cobro a abusos”. A conclusão de Fragata é que se está “menosprezando” a arbitragem.

Antes de analisar a arbitragem sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, Lei nº 8.078, 1990), é oportuno mencionar que o referido Código incorporou ao meio jurídico, a Política Nacional das Relações de Consumo, através da necessidade de “criação [...] de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo” (art. 4º, V, Lei nº 8.078/1990), tendo em vista a dificuldade encontrada pelos consumidores em obter a resposta jurisdicional do Estado.

Diante dessa necessidade em criar mecanismos para se obter o sucesso almejado pelos consumidores, muito se discute no Brasil sobre a utilização da arbitragem como um dos mecanismos de solução no âmbito privado.

Referida discussão girava em torno do disposto no art. 51, VII, do CDC, que classifica como nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória da arbitragem.

Verificando o aludido dispositivo legal, pode-se crer no fato de o legislador impossibilitar a estipulação de cláusulas compromissórias em contratos consumeristas, sem resguardar às partes a faculdade de mais tarde buscar o poder jurisdicional do Estado, a fim de dirimir conflito futuro.

Na época, sob a vigência da Lei nº 9.307/1996 observa-se que esta não havia revogado expressamente o inciso VII, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), pois pretendeu a mesma resguardar o consumidor concedendo proteção especial.

Dessume-se, então, que o referido inciso do Código Consumerista buscou prevenir o consumidor de cláusulas leoninas que determinem a utilização compulsória de arbitragem sem a sua expressa anuência.

Assim, pode-se citar como causa de nulidade contratual, os contratos de adesão em que a parte (consumidor) assina o contrato sem saber o conteúdo de suas cláusulas, ou, até mesmo, se souber, fica impossibilitado de discutir as cláusulas em decorrência da natureza do contrato. Acredita-se que, em casos análogos ao citado, estar-se-ia ferindo gravemente o princípio da vulnerabilidade e a equidade entre as partes.

Cláudia Lima Marques (2004, p. 635) afirma que “as cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela nova lei devem ser consideradas abusivas.”

Sob outra ótica, a cláusula somente seria válida nos casos em que o consumidor concordasse expressamente e desde que, previamente cientificado quanto à inserção daquela cláusula compromissória instituindo a arbitragem.

Esse era o sentido expressamente manifestado no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem de 1996 que, em muitos casos, foi utilizado por juristas como forma permissiva da cláusula compromissória nos contratos de cunho consumerista.

Importante ressaltar o referido dispositivo na sua íntegra:

Art. 4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

[...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (BRASIL. Lei nº 9.307, 1996).

O artigo em comento deixa claro a real intenção proposta pelo legislador desde a lei de regência, a saber, “[...] cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se [...]”. É

evidente que, desde que as partes de comum acordo formulem ou contribuam para a formulação do contrato, a estipulação de cláusula compromissória é totalmente legítima, mesmo em contratos consumeristas.

De igual modo, Nelson Nery Junior confirma o entendimento de que é possível nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem:

Esse dispositivo da LArb não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*)." (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 591).

No que tange aos requisitos para que as partes possam fazer uso da arbitragem, a lei estabeleceu de forma categórica que: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (Lei nº 9.307/1996, art. 1º).

Já, por sua vez, o art. 3º da referida lei estabelece a forma, normatizando que: "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral."

Antes de continuar a análise acerca do tema em epígrafe, faz-se azado aludir que há grande diferença entre compromisso arbitral e cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) mencionados no artigo supra.

O compromisso arbitral é o negócio jurídico por meio do qual as partes se obrigam a instituir o juízo arbitral fora da jurisdição estatal e a submeter-se à decisão do(s) árbitro(s) por elas nomeado(s), podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 9º, *caput*, da LArb). Pelo compromisso não se criam, se modificam ou se conservam direitos, funcionando ele como causa extintiva da obrigação, tão logo seja prolatada a sentença arbitral. Aproxima-se da transação e, tanto quanto possível, deve seguir-lhe as regras, como já determinava o revogado art. 1.048 do Código Civil de 1916. Já a cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) cria apenas obrigação de fazer,

caracterizando-se como pacto preliminar cujo objeto é a realização do compromisso arbitral futuro. (GRINOVER; et al., 2011, p. 587).

Pode-se afirmar que o compromisso arbitral é o negócio jurídico pelo qual as partes se obrigam a instituir o juízo arbitral fora da jurisdição estatal. Já, por sua vez, a cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) cria obrigação de fazer, ou seja, é um pacto preliminar com o fito de as partes se comprometerem a realizar compromisso arbitral futuro.

Resumidamente, o compromisso arbitral mostra-se com o surgimento do conflito, buscando, evidentemente, dirimir controvérsia existente. Em meio ao compromisso, as partes devem estabelecer as regras para se instaurar o juízo arbitral.

Já, por sua vez, na cláusula compromissória, as partes se comprometem a submeter-se à arbitragem em possível conflito futuro, deixando assim, de especificar as regras do procedimento arbitral. Por esse motivo e por outros já supracitados, há quem defende a tese de ser a nula a cláusula compromissória em vista da falta de regras, podendo, assim, o consumidor se tornar vulnerável.

No entanto, há dois tipos de cláusula compromissória, conhecidas como “cláusula vazia” e a “cláusula cheia”. Na cláusula compromissória vazia também denominada de cláusula em branco, fica estabelecido apenas o uso da arbitragem para resolver conflitos, sem maiores especificações quanto ao procedimento arbitral, sendo necessária a celebração do compromisso arbitral em caso de eventual conflito. (CAHALI, 2015, p. 160-161).

Já a cláusula compromissória cheia contém as principais regras necessárias à forma de instalação do procedimento arbitral, tal como a indicação dos árbitros ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros, e o local onde será realizada a arbitragem. (CAHALI, 2015, p. 157-158).

Não são desmerecidos os referidos posicionamentos, vez que, também se acredita que, em determinados casos, o consumidor pode ficar refém de uma cláusula compromissória, contudo, julga-se ser prudente analisar o caso concreto, para, somente assim, tomar um posicionamento acerca da nulidade da cláusula.

De forma breve, não se deve ter como paradigma que toda e qualquer cláusula compromissória arbitral empregada em contratos consumeristas é nula. Talvez, o modo adequado fosse afirmar que poderá ser nula a cláusula compromissória arbitral empregada em contratos consumeristas.

No que tange ao compromisso arbitral, que não tem nenhuma relação com a cláusula compromissória, será que ele agride a proteção especial concedida ao consumidor?

Inicialmente, cumpre frisar que o compromisso arbitral é uma espécie de convenção de arbitragem, celebrado na presença de um árbitro, após o surgimento de eventual controvérsia.

A escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre elas não significa renúncia ao direito de ação nem ofende o princípio constitucional do juiz natural. Com a celebração do compromisso arbitral, as partes apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado. Como o compromisso só pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes assim proceder. (GRINOVER; et al., 2011, p. 586-87)

Segue-se o entendimento supra, vez que o compromisso arbitral é decisão tomada pelas partes depois de instaurado o conflito, não causando nenhum dano ao consumidor do ponto de vista legal, vez que a escolha pela arbitragem não significa renúncia ao seu direito de ação.

Pode-se afirmar que o instituto da arbitragem, seja pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral, tem como consequência

retirar do Judiciário parte das soluções de controvérsias, remetendo-as aos árbitros perante uma justiça privada.

Na verdade, percebe-se que o juízo arbitral não retira do Poder Judiciário a solução de todos os litígios, tampouco, impede o acesso aos tribunais. O controle jurisdicional não fica afastado com a solução arbitral, vez que, está presente quanto à execução da sentença arbitral, podendo ainda, a parte pedir a nulidade da sentença arbitral em caso de descumprimento do contido na Lei da Arbitragem.

Nelson Nery Junior (apud GRINOVER; et al., 2011, p. 590) entende que:

O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão porque o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação a *contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem.

Com isso, se pode corroborar que não sendo imposta compulsoriamente, a arbitragem pode ser instituída nas relações de consumo. Essa questão foi julgada em 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 1169841/RJ, pela Relatora Ministra Fátima Nancy Andriahi, a qual restou o entendimento de que com a vigência da Lei de regência da Arbitragem, passaram a conviver de forma harmônica três regramentos de diferentes graus de especificidade:

[...] (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 [...].

Luis Felipe Salomão do STJ, que presidiu a comissão de juristas na elaboração do anteprojeto de Lei de Arbitragem, acredita que o texto original ampliava os direitos de consumidores e trabalhadores, ao incluí-los em um processo mais dinâmico de solução de conflitos:

No caso do consumidor, para os contratos de consumo, somente ele vai poder disparar a arbitragem ou quando ela for instalada, concordar expressamente. Da mesma forma, a possibilidade da arbitragem no âmbito do contrato de trabalho fica restrito aos diretores e àqueles que ocupam cargos de mando na companhia. (BRASIL, 2015)

A Lei nº 13.129/2015 não apresentou inovações quanto a opção pela arbitragem nos contratos de relação de consumo, deixando ao critério do juiz à sua admissibilidade na análise do caso concreto. Evidente que não se permite a arbitragem compulsória pelo Código de Defesa do Consumidor, no entanto, prevalecerá a cláusula compromissória caso o consumidor ou aderente manifeste após o surgimento do conflito, a concordância com a instituição da arbitragem. As partes poderão ainda, confirmar o compromisso arbitral diante da inexistência de cláusula compromissória contratual (LEMES, 2016, 140-146).

Resta ao consumidor a liberdade de escolha pelo juízo arbitral, considerando que assim como a arbitragem, “[...] a relação de consumo é indiscutivelmente impulsionada por um ato de vontade, livremente manifestado (TEODORO, 2018, p. 70).

Apresentada as devidas considerações, faz-se necessário observar que o intuito das matérias arbitráveis não depende apenas de regulamentação legal, mas de igual forma, da confiança depositada e da atitude da sociedade a quem será direcionada, independentemente do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como foi abordado brevemente, os direitos do consumidor evoluíram de forma muito satisfativa nas últimas décadas.

O consumidor, em si, mudou muito! O consumidor hodierno está muito mais antenado às inovações legislativas e aos direitos que possui, conseqüentemente, está lutando muito mais por sua proteção e efetividade.

Ao verificar os números de demandas que atualmente tramitam no Poder Judiciário brasileiro é perceptível que grande parte das demandas são consumeristas ou afins. Como não existem varas específicas para dirimir os conflitos dessa natureza, esse tipo de demanda se acumula em meio às outras, causando assim, uma morosidade extrema perante à jurisdição estatal.

Assim, como reportado no início deste estudo, o Código de Defesa do Consumidor trouxe em meio a Política Nacional das Relações de Consumo a necessidade da “criação [...] de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo” (BRASIL. Lei nº 8.078, 1990, art. 4º, V), como, por exemplo, a arbitragem. Como visto, acredita-se que o juízo arbitral é uma forma excelente de diminuir a quantidade de processos no Judiciário e de se chegar a uma solução satisfatória para o consumidor.

Logicamente, para que se possa falar de “solução satisfatória” é necessário que as câmaras arbitrais se atentem às prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor e leis correlatas. Deverão, também, se ater aos princípios que envolvem a ordem consumerista, como por exemplo, a vulnerabilidade do consumidor.

Diante de todo o abordado, resta claro que o compromisso arbitral é perfeitamente possível nas relações de consumo. A cláusula compromissória também poderá ser estipulada nas relações consumeristas, contudo, as partes deverão construir o contrato mutuamente e anuir expressamente

para a validade da referida cláusula. Não deixando de ter em mente que, a qualquer tempo, verificada a existência de vulnerabilidade do consumidor, essa cláusula poderá ser considerada nula de pleno direito, não gerando efeito algum à relação jurídica.

Assim, filia-se a corrente de que o veto sobre o cabimento da arbitragem para as relações de consumo trata-se de um retrocesso, deixando o país de evoluir na modernização do instituto ampliando o seu campo de atuação, caminhando na contramão da tendência mundial em plena era da globalização.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, 16 set. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, p. 1, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, p. 1, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824). *COLEÇÃO DAS LEIS DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824*, Rio de Janeiro, RJ, p. 7, 25 mar. 1924. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996. Promulga a convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional, de 30 de janeiro de 1975. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, p. 8012, 10 mai. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, p. 5737, 29 mar. 1932. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo commercial. *COLEÇÃO DAS LEIS DO BRASIL*: v. 1., p. 271, 25 nov. 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.129/2015, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 27 mai. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866. Deroga o juízo arbitral necessario estabelecido pelo art. 20, titulo unico do codigo commercial. *Coleção de Leis do Império do Brasil*: Rio de Janeiro, RJ, v. 1, p. 103, 14 set. 1866. (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-norma-pl.html>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. *COLEÇÃO DE LEIS DO BRASIL*: Rio de Janeiro, RJ, 01 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, p. 1, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código comercial. *COLLEÇÃO DAS LEIS DO IMPÉRIO DO BRASIL*: Rio de Janeiro, RJ, T. 11, p. 57-238, 25. jun. 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, p. 18897, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. Mensagem nº 162, de 26 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 27 mai. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Direito processual civil e consumidor*. Contrato de adesão. Convenção de arbitragem. Limites e exceções. Arbitragem em contratos de financiamento imobiliário. Cabimento. Limites. [...]. REsp 1169841/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6 nov. 2012, DJe 14 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. *Sentença estrangeira*: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis [...]. SE 5.206-7-2001 AgR, Pleno, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANÁRIO, Pedro. Lei de Arbitragem: Planalto veta arbitragem em relações de trabalho e de consumo. *Consultor Jurídico*, 26 de maio de 2015a, 22h42. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/michel-temer-sanciona-lei-arbitragem-tres-vetos>. Acesso em: 17 ago. 2022.

CANÁRIO, Pedro. Século Passado: Especialistas criticam vetos do governo à nova Lei de Arbitragem. *Consultor Jurídico*, 28 de maio de 2015b, 8h37. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/especialistas-criticam-vetos-governo-lei-arbitragem>. Acesso em: 17 ago. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Nelson Nery. *Constituição federal anotada e explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIAS, F. A.; DUWE, A. Arbitragem nas relações de consumo: agride, ou não, a proteção especial concedida ao consumidor? *Revista Jurídica da FURB*, v. 19, n. 39, p. 121-144, dez. 2015. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5038>. Acesso em: 11 jun. 2022.

DIAS, Feliciano Alcides. *Análise econômica da arbitragem: a desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem consumerista: poderia ser realidade no Brasil? *Revista do Advogado*. Ano XXXVI. Agosto de 2016. n. 130. p. 140-146.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Defesa do Consumidor: É preciso manter veto à arbitragem privada de consumo. *Consultor Jurídico*, 09 de junho de 2015, 6h58. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-09/claudia-marques-preciso-manter-veto-arbitragem-consumo>. Acesso em: 17 ago. 2022.

NOBRE, Marcelo. Avanços Inquestionáveis: Mesmo com vetos, nova lei coloca o Brasil na vanguarda da arbitragem. *Consultor Jurídico*, 28 de maio de 2015, 11h45. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/marcelo-nobre-lei-coloca-brasil-vanguarda-arbitragem>. Acesso em: 17 ago. 2022.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Arbitragem na relação de consumo: solução para desafogar o nosso poder judiciário*. 2005. Disponível em: http://www.escriitoronline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6125&. Acesso em: 2 set. 2022.

PROTESTE - Associação de Consumidores. *Veto de Lei de Arbitragem protege consumidor*: PROTESTE defende solução de conflitos regulada pelo CDC. 1 jun. 2015. Disponível em: <http://www.proteste.org.br/institucional/imprensa/press-release/2015/veto-de-lei-de-arbitragem-protege-consumidor>. Acesso em: 17 ago. 2022.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. São Paulo: Manole, 2005.

TEODORO, Viviane Rosolia. *Arbitragem, seguro e a sua complexidade de relações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COMPLEXIDADE E PARADOXOS DO SIGNO PIRATA NA CIBERCULTURA¹

Alejandro Knaesel Arrabal
Wilson Engelmann

INTRODUÇÃO

Complexidade e paradoxos são categorias estigmatizadas pela tradição epistêmica que insiste em negar o erro, a contradição e o ilógico. O pensamento predominante aspira entender o que o mundo oferece de estável e ordenado, partindo da premissa que a estabilidade e a ordem são atributos “reais” da existência.

Ocorre que a complexidade e os paradoxos compõem a realidade e são também fatores constitutivos da “ordem social”. A polarização entre ordem e desordem resulta da pretensão de manter a integridade (estabilidade) de um certo arranjo estrutural (disposição das partes de um todo) ou sistema (relações entre as partes de um todo). Neste sentido, a ordenada é toda ação que contribui para a estabilidade sistêmica. O contrário corresponde a desordem.

Integra-se a este aspecto a constatação que a realidade humana é, desde sempre, uma realidade simbólica, repleta de signos cuja materialidade ou substrato consiste nos valores disputados em jogos de poder.

Para efeito deste estudo, entende-se por *signo* toda expressão (palavra, imagem, som) empregada como *representação* de valor. Assim, o que se coloca em questão é o que representa o signo pirata para a sociedade contemporânea.

¹ Este texto é uma versão revisada e atualizada do artigo “O signo pirata na sociedade contemporânea: entre o oportunismo e o idealismo” originalmente publicado na Revista Jurídica da FURB (ENGELMAN; ARRABAL, 2015).

1 A EMERGÊNCIA DO SIGNO PIRATA

Entre inúmeras figuras emblemáticas da cultura ocidental, o Signo Pirata assume presença marcante no ideário popular cujo sentido foi perpetuado historicamente por meio da literatura, das artes plásticas e do cinema.

Os gregos já empregavam o termo *peiratés* (CUNHA, 1982, p. 608) para designar saqueadores marítimos. Contudo, foi no período das grandes navegações que, junto aos empreendedores dos mares, os Piratas obtiveram visibilidade.

No ocidente do século XV, incertezas e perigos acompanharam a exploração marítima, de modo que seus protagonistas eram reconhecidos como sujeitos destemidos e impetuosos. Associado a este fato, os empreendimentos navais cresceram movidos por interesses mercantis e pelo desenvolvimento da técnica. A partir destes fatores, o sentido da descoberta, da conquista de *novos mundos* e o mar como um horizonte de possibilidades, facilmente permeou o imaginário popular e foi representado glamorosamente na literatura e nas artes. O Pirata surge o cariz romântico de uma figura ambivalente, um anti-herói, sujeito vil e ao mesmo tempo virtuoso, rude mas, paradoxalmente, dotado de qualidades e aspirações.

Criado pelo capitão John Rackham (DEFOE, 2008), o tradicional símbolo pirata conhecido como *Jolly Roger* é expresso por uma caveira branca acima de dois ossos cruzados, contrastada com fundo totalmente negro. Poucas representações simbólicas como esta impactaram de forma tão duradoura no imaginário da cultura ocidental. Sua descrição consta em registros de oficiais da marinha que perseguiram o capitão pirata francês Emanuel Wynn nas ilhas de Cabo Verde em 1700. (KUHN, 2010, p. 94)

A história é repleta de acontecimentos que evidenciaram o sincretismo das ideias de *liberdade* e *transgressão*, esta última tida como necessária e

legítima frente à regimes opressores. Mais especialmente no século XVIII, a proposição de liberdade e a igualdade nutrida pela Revolução Francesa reverberou no imaginário pirata. Embora não se tenha certeza tratar-se de realidade ou ficção, *Libertália* era o lugar que consagrava estes valores:

Libertália foi a maior expressão da Utopia pirata por uma terra livre. Onde embarcações sem bandeira podiam atracar, rincão onde pobres, escravos libertos, indígenas e perseguidos viviam em paz. Lá não havia lugar de privilégios de nobreza, inquisição religiosa, exploração colonial ou comerciantes de escravos. Era o único local onde se ostentava em terra firme a bandeira preto e branca, conhecida como "jolly roger" – cuja origem vem do francês *jolie rouge* ("bela vermelha"). Seu uso significava a disposição de uma embarcação lutar até a morte. (MACHADO, 2012, p. 31)

Em 1911 o escritor escocês James Matthew Barrie (2012) publicou o conto infantil "Peter Pan and Wendy" cujo impacto cultural foi consolidado a partir de inúmeras derivações literárias e cinematográficas. Em 1953 a Walt Disney Pictures (DISNEYPLUS, 2022) produziu uma adaptação para o cinema que consagrou os personagens Peter Pan e Capitão Gancho.

A ambiguidade é marcante da simbologia pirata, estendida do *sujeito à ação*, do *pirata à pirataria*. A ambivalência de valores atravessou o século XX e chega ao século XXI como uma construção cultural enriquecida por diversos valores antagônicos: a imitação, a cópia, o falso e o oportunismo parasitário convivendo com o sentido de transgressão idealista que propõe a garantia das liberdades individuais e a busca à redução de desigualdades.

Sob o ponto de vista parasitário e oportunista, o Signo Pirata representa um horizonte diversificado de condutas, normalmente associadas a atividades ilícitas que visam obter vantagem econômica a qualquer custo. Este cenário compreende um vasto e difuso campo léxico: Pirataria Industrial; Pirataria de Marcas; Pirataria Digital, Biopirataria, entre outras.² Do ponto de

² Segundo o Relatório da CPI da Pirataria (2004) trata-se de "Uma figura retórica de amplo significado".

vista jurídico, o sentido está associado a condutas reprováveis que impactam negativamente no plano econômico mundial. O contexto no qual se capilariza a ação pirata é complexo, pois envolve a interação de uma ampla gama de fatores socioculturais, econômicos e tecnológicos.

Na perspectiva da Propriedade Intelectual, explica Proner (2007, p. 44) a Pirataria é entendida como a “[...] atividade de copiar, de reproduzir ou de utilizar indevidamente, sem a expressa autorização dos seus titulares, qualquer obra protegida como propriedade intelectual”.

O termo pirataria não consta expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, contudo se presta genericamente a designar o uso não autorizado de obra (artística, literária ou científica), invento ou signo distintivo. O artigo 5º (incisos XXVII e XXIX) atribui aos autores a exclusividade referente ao uso, publicação e reprodução de suas obras, bem como aos autores de inventos industriais o monopólio de uso e, no âmbito das atividades econômicas, o reconhecimento aos seus autores a garantia de propriedade sobre signos distintivos. A reprodução não autorizada e denominada pela lei como Contrafação.³

Qualificada como violação ao direito de autor, a pirataria é reprovável criminalmente⁴ com incidência de pena que pode variar de três meses a quatro anos de reclusão e multa. Para a propriedade industrial, incorre também em ilícito quem utiliza patente ou desenho industrial à revelia do seu titular, o que sujeita à detenção de um mês a um ano, conforme a tipicidade normativa.⁵ Também o uso não autorizado de signos distintivos configura ilícito, seja a simples reprodução ou imitação que possa qualificar concorrência desleal⁶.

³ Contrafação: Art. 5º, VII Lei nº 9.610/1998 “reprodução não autorizada” de obra literária, artística ou científica. Este conceito aplica-se também a Patentes, Desenhos Industriais, Marcas (BRASIL, Lei nº 9.279/1996).

⁴ Vide artigo 184 do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/1940.

⁵ Vide artigos 183-188 da Lei nº 9.279/1996.

⁶ Vide artigo 189-195 da Lei nº 9.279/1996.

Em que pese a estrita disciplina jurídica que caracteriza o uso não autorizado como ato ilícito, a Pirataria enquanto fenômeno social projeta-se de maneira ainda mais ampla. Frente ao seu alcance global ancorado em variáveis econômicas e hábitos hegemônicos, é insuficiente avaliar o Signo Pirata a partir de perspectivas estritamente disjuntivas como o “certo e o errado” ou “o legal e o ilegal”. Seu debate é entrecortado por múltiplas significações.

Atualmente, a pirataria se manifesta a partir de uma *dimensão complexa*, no sentido de uma diversificada *tecitura* simbólica. Explica Morin (2011, p. 13) que “[...] a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo”. Neste sentido, a questão da pirataria enfrenta um dualismo aparentemente paradoxal: o Signo Pirata Oportunista e o Signo Pirata Idealista.

2 O OPORTUNISMO PIRATA E A SOCIEDADE DE MERCADO

O Signo Pirata Oportunista está vinculado à prática do falso, da cópia não licenciada, da conduta desleal, portanto, é genericamente caracterizado como conduta ilícita. Na perspectiva da ordem constitucional brasileira, representa uma ameaça ao desenvolvimento econômico fundado na propriedade privada, na livre concorrência e na redução das desigualdades sociais (BRASIL, Constituição Federal de 88, art. 170).

O *oportunismo* consiste em uma das faces controversas da conduta moral pragmática, relacionada à conquista de benefícios e vantagens pessoais, *desprezando efeitos danosos (aos outros)*, decorrentes da ação voltada à resultados.

A moral do oportunismo, oficiosa e clandestina, celebra a malícia, trama um código de natureza egoísta e particularista

(que prejudica os outros) e orienta as pessoas a tirar proveito, lhes ensina a serem manhosas e a cuidarem exclusivamente de si sem se importar com as consequências sobre os outros. [...] é difundida à boca pequena pelos íntimos e pelos sabichões, e faz a apologia da esperteza ("leve vantagem em tudo!"). Ao promover o triunfo da conveniência interesseira, justifica os muitos jeitinhos, as ações entre amigos, os arranjos paralegais e as práticas dissimuladas. (SROUR, 2012, p. 234)

Na lógica de mercado contemporânea, predomina o consequencialismo pragmático, ou seja, a ação é orientada à obtenção de resultados mais favoráveis ao agente.

Especialmente sobre a pirataria, pode-se observar os efeitos da *conduta oportunista* em, pelo menos, três cenários: a Produção, o Consumo e o Estado.

Para o setor produtivo industrial/comercial, *interessa a eficiência que favorece o lucro*. Aqui, a *ação oportunista* considera o cumprimento da lei e a fiscalização do Estado como fatores que, fragilizados, abrem espaço para condutas ilícitas como a contrafação⁷ e a evasão fiscal⁸. Neste contexto, iniciativa e tenacidade não valores associados a moral pragmática, resultando na identificação de "oportunidades" e no fomento de "ações empreendedoras" questionáveis. A título de ilustração veja-se o caso de uma das mais expressivas personalidades da indústria tecnológica: Steve Jobs, com o apoio de Steve Wozniak, no início da carreira produziu e comercializou um equipamento capaz de realizar chamadas de longa distância gratuitamente, à revelia da então operadora de telecomunicação AT&T (ISAACSON, 2011).

Em sua origem, a lógica produtivista industrial e mercantil procurou sobrelevar, para o consumidor, as vantagens inerentes aos objetos produzidos. Ao mesmo tempo, negou à sociedade o conhecimento das suas fontes e

⁷ Contrafação: Artigo 5º, VII Lei nº 9.610/1998 "reprodução não autorizada" de obra literária, artística ou científica. Este conceito aplica-se também a Patentes, Desenhos Industriais, Marcas (BRASIL, Lei nº 9.279/1996).

⁸ Evasão Fiscal compreende o não pagamento de impostos mediante omissão ou falsidade (sonegação).

meios de produção, normalmente por razões estratégicas de diferenciação mercantil. Disto resultou, entre outros efeitos, um *standard* consumerista alienado em relação as consequências sociais inerentes aos processos produtivos, aspecto agravado com a globalização crescente ocorrida no século XX.

Os meios de produção, tanto de informação quando de bens industriais, passaram de modelos rígidos e padronizados para um cenário de pluralidade e diversificação. Neste contexto, a liberdade, antes qualificada como uma força antitética aos processos, modelos e ideologias restritivas e opressoras, transformou-se estritamente em prerrogativa de escolha em um mundo não menos industrial (e, neste sentido, ainda padronizado), mas repleto de padrões combinatórios que conferem a ilusão do pleno exercício do livre arbítrio. A liberdade como poder de escolha em um ambiente cultural, industrial e mercantil rico em diversidade de opções como descrevem Lipovetsky e Serroy (2015), paradoxalmente fortalece o individualismo por oferecer escolhas combinatórias que admitem customizações.

A alienação cultural como efeito da própria lógica moderna de mercado produziu uma sociedade fragmentada, cujo modo de pensar e agir é orientado à obtenção de benefícios individuais imediatos. Em geral, para o consumidor predomina a satisfação pessoal fundada no custo/benefício direto. Ao adquirir bens e serviços consideram-se, prioritariamente, três critérios: preço, qualidade e risco. Em outras palavras, o *olhar oportunista* aceita a equivalência da equação *menor preço/menor qualidade* de modo a justificar o *risco* da aquisição de produtos piratas.

Giglio e Ryngelblum (2009) afirmam que a cultura oportunista permeia o imaginário dos consumidores. Em outras palavras, o “levar vantagem” independentemente das consequências para si e para os outros, associado à percepção negativa em relação ao governo e as empresas (“vistos como

corruptos e exploradores”), projeta o *consumo de produtos piratas* a um *status* de legitimação social. Neste sentido, Barreto (2005, p. 19) afirma que:

Há uma percepção erroneamente disseminada na sociedade de que as atividades ligadas à pirataria e à usurpação de marcas, patentes e direitos autorais poderiam promover inclusão social, uma vez que produtos originais teriam um custo relativamente muito elevado e seriam inacessíveis a camadas mais carentes da população. Obviamente, esse raciocínio é falacioso e simplista, pois leva em consideração tão-somente o preço de alguns produtos no final da cadeia produtiva, ou seja, o preço ao consumidor, e desconsidera muitos aspectos igualmente importantes, como a qualidade, a segurança e a salubridade, entre outros. A ideia de inclusão social a partir do consumo de produtos piratas deriva da crença de que o simples fato de possuir um determinado objeto de desejo seria suficiente para incluir o cidadão dentro da chamada “sociedade de consumo”, mesmo que para isso o cidadão fique exposto a diversos riscos [...]

Por sua vez, o olhar institucional do Estado privilegia o bem comum, o que implica no enfrentamento do “fenômeno pirata” diante dos impactos negativos à economia, geração de emprego, renda e saúde. Contudo, o combate à pirataria representa uma ação hercúlea que transcende a possibilidades operativas estatais.

O modelo de Estado Nação, instituído a partir dos pressupostos da racionalidade iluminista, passa por uma crise de legitimidade provocada pela crescente transformação e ampliação das demandas sociais. Na aurora do século XXI:

[...] a organização político-administrativa do Estado passa a ser compreendida a partir dessa lógica difusa, não mais sendo possível imaginar-se uma organização autocentrada, hermética e in comunicável, com rígida e inabalável partilha de competências legislativas e administrativas. Características como descentralização, policentria, horizontalidade, cooperação, gestão integrada e compartilhada entre departamentos de Estados unitários e de esferas federativas, bem como entre órgãos e entidades administrativas, estão presentes na composição e organização do Estado contemporâneo. (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008, p. 35)

Portanto, não se pode reconhecer que o combate à pirataria seja operado de forma centralizadora e que o poder público detenha prerrogativas e recursos suficientes para intervir efetivamente na questão. As prerrogativas e limites do Estado se projetam para além do poder de polícia e das restrições inerentes à estrita legalidade.

A partir de Castells (2006) é possível afirmar que o Estado contemporâneo caminha para uma atuação horizontal em rede, integrada com diversos atores sociais. Neste sentido ganha importância a constituição dos Conselhos de Combate à Pirataria⁹ que se configuram como instâncias administrativas plurissetoriais de significativa capilaridade.

3 O IDEALISMO PIRATA E A CIBERCULTURA

Em pouco mais de meio século a humanidade produziu inúmeros artefatos tecnológicos surpreendentes: fotocopiadoras, fax símile, impressoras, dispositivos e mídias de armazenamento (magnética, óptica, flash), scanner, internet, celulares, máquinas fotográficas digitais, impressoras 3D, entre outros. Este incremento promoveu um *duplo efeito*: potencializou a criatividade e o “novo” e esvaneceu o *monopólio* técnico da cópia.

Tozi (2014, p. 43) observa que:

Durante a maior parte da longa história humana, a reprodução de objetos e sua maior ou menor perfeição foram dependentes da habilidade individual herdada ou adquirida. O apogeu da tecnociência permitiu que a reprodução fosse coordenada pelos métodos técnico-científicos e, especialmente, informacionais. Inicialmente vinculada ao indivíduo, como extensão de seu corpo, o fazer torna-se industrial para novamente, hoje, apresentar-se

⁹ O Conselho Municipal de Combate à Pirataria de Blumenau – CMCP foi criado em 12 de dezembro de 2007. Trata-se de um órgão consultivo, de caráter permanente, vinculado à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico. No rol de suas competências destaca-se o interesse no debate e articulação para ações de prevenção/repressão à Pirataria. (BLUMENAU, Lei Complementar nº 666/2007).

ao homem por intermédio das tecnologias da informação, mesmo que nem sempre essa possibilidade se concretize como produto.

A popularização dos meios de (re)produção instituídos via Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) aponta para um aparente cenário democrático. Neste contexto, acredita-se que todos dispõem (ou deveriam dispor) de recursos para produzir e (re)produzir informação.

No imaginário coletivo, *possibilidade tecnológica* atinge o *status* de *liberdade individual*, em outras palavras, o que é possível tecnologicamente deve ser reconhecido como aceitável.

O direito à liberdade de compartilhamento resulta, portanto, de uma pretensa *democracia tecnológica* ou *tecnodemocracia*, como sustenta Pierre Levy¹⁰, que se impõe pelo viés da técnica e busca legitimidade por meio do discurso liberalizante. Contudo, Lanier (2012, p. 18) alerta que “Essa ideologia promove a liberdade radical na superfície da web, mas essa liberdade, ironicamente, aplica-se mais a máquinas do que a pessoas”.

A possibilidade instrumental da técnica e as liberdades de expressão, criação e reprodução foram sincretizadas e contribuíram para a emergência do signo pirata idealista no eixo da era computacional, que, entre outros valores, reconhece a necessidade de transgressão da ordem como fator de transformação social em prol da liberdade de expressão, da democracia informacional e da privacidade. A título de exemplo, pode-se destacar a criação do Partido Pirata como expressão desta vertente idealista:

O *Piratpartiet*, ou Partido Pirata, é um partido político sueco que começou como movimento em torno da partilha de arquivos e de atividades anticopyright. O Partido Pirata expandiu-se por vários países – conseguiu obter 9% dos votos das eleições regionais de 2011, em Berlim, e quinze lugares no Parlamento.

¹⁰ “A técnica em geral não é nem boa, nem má, nem neutra, nem necessária, nem invencível. É uma dimensão, recortada pela mente, de um devir coletivo heterogêneo e complexo na cidade do mundo. Quanto mais reconhecermos isto, mais nos aproximaremos do advento de uma *tecnodemocracia*.” (LEVY, 1993, p. 194).

[...] A análise de muitos quadros do Partido Pirata em todo o mundo mostra que a ideologia partilhada por este movimento gira em torno da emancipação tecnológica do indivíduo, em relação ao que parece ser uma escassez artificial de informação, na era digital, para a proteção de interesses estabelecidos, enquanto se adapta às variações dos contextos nacionais em que surge. (CARDOSO; JACOBETTY, 2013)

O fascínio pelo poder tecnológico e pela transgressão libertária, aliados ao desejo de conquista e notoriedade são aspectos que norteiam o fenômeno identitário do signo pirata idealista.

O estágio atual da técnica permite realizar façanhas antes inimagináveis. Assim, cumpre considerar o seguinte problema: tudo que se mostra possível deve ser feito? Esta é uma questão ética que atinge a lógica desenvolvimentista e produtivista que se vale do ideal de inovação. Inovar é produzir o novo. Compreende a ação voltada à mudança, transformação e, portanto, a constituição de singularidades e diferenças, o que destoa da mera cópia que, em si, não favorece à mudança.

No cenário da *cultura libertária*, a cópia evidencia a contradição entre o discurso amparado no *benefício social* em contraposição ao *domínio do indivíduo (do individualismo) sobre a técnica*. É necessário observar que as possibilidades de copiar e compartilhar, antes de qualquer observação de ordem moral ou jurídica, representam *possibilidades técnicas*, de modo que não são atividades que carregam em si mesmas o germe capaz de oportunizar *benefícios sociais*. Mas isto não significa que as tecnologias sejam ou não neutras “*por natureza*”, ou seja, que as tecnologias, *substancialmente*, contenham ou não atributos favoráveis à liberdade ou dominação. É um erro “naturalizar” o papel e os efeitos produzidos pela tecnologia. Isto porque sua produção e aplicação sempre envolvem motivações e interesses que se configuram no contexto social a partir das escolhas que predominam no jogo de tensões de poder.

Sob o manto do discurso democrático e libertário amparado no paradigma tecnológico, o Signo Pirata Idealista está paradoxalmente ancorado na autonomia da vontade e na reivindicação do direito à propriedade privada. Neste sentido Tozi (2014, p. 53) afirma:

O *copyleft* e o *Creative Commons* (CC), por exemplo, são vendidos como novidade democrática graças ao princípio de “compartilhamento” que, todavia, baseia-se na mesma ideia de uma standardização mundial da produção intelectual, agentes e decisões centralizadas, particularmente a partir de instituições estadunidenses. Internacionalmente predomina, portanto, um mercado digital de ideias que cria agentes exponencialmente mais hegemônicos [...]

Compartilhar é uma palavra socialmente vinculada ao ideal humanitário e à solidariedade. Evoca a ideia de comunhão e generosidade, traços típicos do pensamento cristão que fomenta a tolerância e dedicação ao próximo. Contudo, não é este o sentido que predomina nas mais diversas plataformas que emergiram na Internet. É possível que o “compartilhamento” das redes sociais decorra muito mais de motivações egoístas do que altruístas. O mesmo pode-se dizer da palavra “cooperação”, tão difundida no discurso entusiasta do empreendedorismo, mas que se coloca como “meio” para atingir um “fim”.

A partir de critérios de afinidade intersubjetiva, os internautas “curtem” e “compartilham” conteúdos com os quais se identificam ou concordam. Nas plataformas *BitTorrent*¹¹ o compartilhamento é apenas uma operação computacional, um procedimento técnico global das “máquinas em rede”, sem qualquer compromisso qualitativo. Nestes ambientes tecnológicos, o compartilhamento se traduz em mera disponibilidade individual, contribuindo pouco para o fomento à produção intelectual criativa.

¹¹ *Torrent* é um arquivo relacionado a um protocolo de comunicação homônimo (bittorrent – torrente de bits) que viabiliza o compartilhamento de qualquer conteúdo digital (texto, áudio ou vídeo) em rede (P2P – pessoa a pessoa), de forma multissegmentada em grupos de bits. Um bit (*binary digit*) é a menor unidade de informação que pode ser armazenada e transmitida por sistemas informatizados.

Portanto, nos múltiplos espaços virtuais socializantes, emergências do que Tim O'Reilly (2005) convencionou denominar de Web 2.0, o compartilhamento é uma ação parcialmente ressignificada que destoa do sentido tradicional de solidariedade ou compromisso com o desenvolvimento social e cultural. De forma predominante, estas plataformas são empregadas como instrumentos de replicação de conteúdos.

Spyer (2007, p. 21) considera que a Internet é uma mídia diferenciada “[...] porque possibilita a comunicação simultânea e de duas vias entre várias pessoas. [...] Em outras palavras, a Internet representa a união das possibilidades de interação do telefone com o alcance maciço da TV”. Contudo, é no mínimo ingênuo crer que as tecnologias de informação sejam capazes de oportunizar um ambiente efetivamente democrático de expressão e acesso à informação. Nem tão pouco é prudente reconhecer a Pirataria Digital como porta vós da emancipação cultural, já que de fato, o que obviamente se apresenta tecnologicamente é uma *fantástica possibilidade de reprodução*, uma espécie de extensionismo da *mimese social*.

Para o exercício da democracia em favor da emergência do conhecimento, da criatividade e da criticidade, a dialética entre liberdade e responsabilidade é necessária. Discutir o papel de grupos corporativos globais, dos sistemas de monopólio e do modelo jurídico da Propriedade Intelectual é evidentemente importante. Contudo, há que se ter prudência.

Não se pode confundir criticidade com mera oposição. Nem toda oposição é transformadora. Por vezes, a crítica pode esconder uma resistência comprometida com o dogma, e o dogma da cultura digital é o fascínio do poder sobre a máquina. A liberdade que a tecnologia oportuniza caminha de mãos dadas com a servidão. A mediação das relações humanas operada pelas TICs refina a contradição presente no plano da técnica.

O emprego da tecnologia implica sempre em uma configuração concorrente e dialética que se estabelece entre a liberdade e o controle.

Escolhas relativas a novas tecnologias libertam o ser humano de determinadas situações existenciais, porém o torna refém de novas. Assim, o exercício da liberdade implica em escolhas que demandam responsabilidades, de modo que não é possível desconsiderar esta relação. Azevedo (2008, p. 98) lembra que a atual era da informação “[...] revolucionou as estruturas, criando novos padrões sociais e redirecionando a economia que deixou de ter seu foco na propriedade material, passando-se à valorização do produto do intelecto humano”

Lanier (2012) destaca a importância da valorização (especialmente econômica) da expressividade criativa, mas reconhece a necessidade da (re)construção deste valor na atualidade. Ele propõe à reflexão sobre a possibilidade de uma terceira via, distinta do modelo estritamente proprietário, baseado nos limites tecnológicos de reprodução midiática (velha mídia), e diferente também do modelo amplamente libertário, defendido com base na abolição da escassez operada pelas TICs (cultura livre). Contudo, a escassez, na qualidade de variável que orienta a atribuição de valor econômico, não é uma questão determinada exclusivamente pelos limites da dimensão material. Para Lanier ela se apresenta como uma *convenção social necessária*. Explica o autor:

É comum a justificativa de que, se você copiar um arquivo de música digital, não está destruindo o original, de forma que nada foi roubado. O mesmo pode ser dito de você acessar ilegalmente o sistema de computadores de um banco e adicionar dinheiro à sua conta on-line.[...] O problema em cada caso não é que você tenha roubado de uma pessoa específica, mas que você prejudicou a escassez artificial que permite o funcionamento da economia. Da mesma forma, a expressão criativa na Internet se beneficiará de um contrato social que impõe um nível moderado de escassez artificial sobre as informações. (LANIER, 2012, p. 138).

Com o advento da Internet e a conseqüente derrogada do monopólio midiático, acredita-se que “todos” têm o poder de transformar o mundo. Contudo, ainda que a tecnologia tenha oportunizado meios poderosos para

comunicação, produção e reprodução do conhecimento em escala global, é preciso refletir sobre este poder.

Liberdade responsável e participativa é pressuposto para as ações humanas comprometidas com a sustentabilidade da vida em comum, do *ethos*. Neste sentido, liberdade é sinônimo de poder, entendido aqui como possibilidade existencial, como o poder para pensar e agir. Mas não há poder sem responsabilidade, na mesma medida que não há liberdade sem limite. Portanto, o libertarismo que, em parte, permeia a cibercultura mostra-se ingênuo e insustentável pois tende a privilegiar a mera replicação massiva de conteúdo, em detrimento do potencial latente da tecnologia em favor da criatividade e da emancipação intelectual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pirataria e inovação caminham em sentidos contrários. O signo pirata é produto de uma leitura tempestuosa e movediça da tradição, cujas matizes se mesclam na complexidade social. A moral do oportunismo e o idealismo libertário são elementos desta complexidade.

No âmbito empresarial, vencer a lógica produtivista que aponta para a busca desmesurada por lucro e sobrepuja a valorização da condição humana é um dos grandes desafios do século XXI. Na perspectiva da sociedade de consumo, é preciso combater a racionalidade que considera estritamente a equação *qualidade versus preço* e despreza qualquer outra observação sobre a efetiva procedência e os impactos ambientais e sociais gerados na produção de bens de consumo. Nestes e em outros contextos ainda encontramos o germe do oportunismo.

No cenário de intenso produtivismo, a qualidade e a ética tendem a perder espaço. Ao facilitarmos a reprodução, eliminamos quase que por completo a preocupação com as fontes. Especialmente para as TICs,

discriminar original e cópia é uma prática que perdeu sentido, isto porque, no plano da tecnologia digital, não há diferença sensível na reprodução de dados. Um conjunto de dados mostra-se absolutamente igual ao reproduzido. Este é um dos principais aspectos da cultura da cópia: a perda gradual da sensibilidade para distinguir cópias e, por consequência, reconhecer fontes. Para um estudante acrítico, não interessa a fonte da informação já que o valor da informação é autônomo, não depende de avaliação de procedência. Para o consumidor o mesmo ocorre, o produto vale por si mesmo, não interessa o lugar ou quem o produziu. Atualmente há uma forte tendência de valorização egoística do acesso ao conhecimento (ao produto) em detrimento da avaliação crítica das fontes. Sem fonte, sem procedência, a imitação ganha força e o que importa é a disponibilidade individual, o “acesso livre”.

Para a Inovação, a oportunidade - diferente do oportunismo - precisa ser compreendida como um conceito ético orientado ao respeito do espaço e integridade do(s) outro(s). Reconhecer o signo pirata como representação simbólica do protagonismo das transformações sociais pode ser um grande equívoco. É preciso pensar de forma complexa, ensina Morin (2011), e o pensar o complexo demanda a compreensão da dialógica entre liberdade e controle, entre a cultura livre e a propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

AS AVENTURAS de Peter Pan. Direção de Hamilton Luske, Clyde Geronimi, Wilfred Jackson. Walt Disney Company, 1953. (81 min.).

AZEVEDO, J. P. G. de. Os novos contornos do instituto proprietário. A função social dos direitos autorais. (In)acesso 'versus' funcionalização. In: BORGES, R. C. B.; CASTRO, C. L. B. de; AGRA, W. de M. (org.). *Novas perspectivas do direito privado*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

BARRETO, L. P. T. Pirataria e inclusão social. *Inclusão Social*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 19-20, out./mar., 2005. Disponível em: <https://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1500>. Acesso em: 10 set. 2022.

BARRIE, J. M. *Peter Pan*: edição comentada e ilustrada. Tradução Julia Romeu. São Paulo: Zahar, 2012.

BLUMENAU. Lei Complementar nº 666/2007. Cria o Conselho Municipal de Combate à Pirataria. Disponível em: <http://leismunicipa.is/aicnf>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria*: relatório. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.279, de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, p. 8353, 15 mai. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 3, 20 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

CARDOSO, G.; JACOBETTY, P. Navegando pela crise: Culturas de pertencimento e mudança social em rede. In: CASTELLS, M.; CARDOSO, G.; CARAÇA, J. (org.). *A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2013.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, v. I.

CUNHA, A. G. da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

DEFOE, D. *Uma história dos piratas*. Tradução Roberto Franco Valente. São Paulo: Zahar, 2008.

DISNEYPLUS. *As aventuras de Peter Pan*. 2022. Disponível em: <https://www.disneyplus.com/pt-br/movies/as-aventuras-de-peter-pan/20a1PB36VPVF>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ENGELMANN, W.; ARRABAL, A. K. O signo pirata na sociedade contemporânea: entre o oportunismo e o idealismo. *Revista Jurídica da FURB*, v. 19, n. 40, p. 93-110, set./dez. 2015. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5327>. Acesso em: 26 set. 2022.

GIGLIOL, E. M.; RYNGELBLUMI, A. L. Uma investigação sobre o ator consumidor na rede de pirataria e uma proposta de alternativa de estratégia de combate. *RAM, Revista de Administração Mackenzie*, v. 10, n. 4, São Paulo, jul./ago. 2009. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=195416863007>. Acesso em: 10 set. 2022.

ISAACSON, W. *Steve Jobs: a biografia*. Tradução Berilo Vargas, Denise Bottmann, Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

KUHN, G. *Life under the Jolly Roger: reflections on golden age piracy*. Oakland: PM, 2010.

LANIER, J. *Bem-vindo ao futuro: uma visão humanista sobre o avanço da tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- LEVY, P. *As tecnologias da inteligência*. São Paulo: Editora 34, 1993.
- LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. *A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- MACHADO, J. Sonho pirata ou realidade 2.0? In: TARIN, B.; BELISÁRIO, A. (org.). *Copyfight: pirataria e cultura livre*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012.
- MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- OLIVEIRA, G. J. de; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 8, n. 32, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v8i32.504>. Acesso em: 9 set. 2022.
- O'REILLY, T. *What is Web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software*. O'Reilly Publishing, 2005.
- PRONER, C. Propriedade Intelectual: para uma outra ordem jurídica possível. In: *Propriedade Intelectual: Para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SPYER, J. *Conectado: o que a Internet fez com você e o que você pode fazer com ela*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- SROUR, R. H. *Poder, cultura e ética nas organizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- TOZI, F. Pirataria, piratarias: imbricações entre espaço e técnica na contemporaneidade. *Revista Eopolítica*, São Paulo, n. 8, p. 41-61, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/ecopolitica/article/view/19463>. Acesso em: 9 set. 2022.

