

CONCESSÕES NO SETOR AEROPORTUÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

Geovana Lorena Bertussi e Júlia Queiroz Maranhão de Oliveira

THE PREVALENCE OF THE MONTREAL CONVENTION AFTER THE 2017 STF DECISION; WHAT ABOUT JURISDICTION?

Janny Carrasco e Delphine Defossez

TRATADO DE COOPERAÇÃO ESPACIAL ENTRE BRASIL E UCRÂNIA: REFLEXÕES SOBRE SUA CRIAÇÃO E EXTINÇÃO

Jayme Benvenuto Lima Junior, Ana Luísa Gomes Galvão,
Isabela Maria Pereira Paes de Barros e
Lara Rodrigues de Queiroz Tavares

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Elenild de Góes Costa, Soraya Oliveira dos Santos,
Josilene Botelho Moura e Sandra Maria de Medeiros

ORGANIZAÇÃO POLÍTICA COMO RESISTÊNCIA À PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NA PANDEMIA DA COVID-19

Francisco Meton Marques de Lima, Letícia Pereira Lima e
Pollyanna Sousa Costa Tôrres

INFLUÊNCIA DA INDUMENTÁRIA NAS REPRESENTAÇÕES JURÍDICAS - RELAÇÕES DE PODER E GÊNERO

Natália de Souza Lisbôa e Ana Carolina Silva

O CASO CHARLOTTESVILLE, A LIBERDADE DE EXPRESSIONE E O DISCURSO DE ÓDIO

Adrualdo de Lima Catão e Elenita Araújo e Silva Neta

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 5, N. 1 (jan./abr. 2021) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Quadrimestral. 2021.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias – Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Evandro Piza Duarte – Universidade de Brasília, Brasil

Fabiano Hartmann Peixoto – Universidade de Brasília, Brasil

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Janaína Lima Penalva da Silva – Universidade de Brasília, Brasil

Othon de Azevedo Lopes – Universidade de Brasília, Brasil

Simone Rodrigues Pinto – Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Ana Lúcia Sabadell – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ángel Oquendo – Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis – Universidade de Glasgow, Escócia

Francisco Mata Machado Tavares – Universidade Federal de Goiás, Brasil

José Octávio Serra Van-Dúnem – Universidade Agostinho Neto, Angola

Kimmo Nuotio – Universidade de Helsinque, Finlândia

Leonel Severo Rocha – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira – Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Masayuski Murayama – Universidade Meiji, Japão

Miguel Nogueira de Brito – Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos – Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl – Universidade Federal do Pará, Brasil

Olavo Bittencourt Neto – Universidade Católica de Santos, Brasil

René Fernando Urueña Hernandez – Universidad de Los Andes, Colômbia

Thiago Paluma – Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Thomas Vesting – Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Valesca Raizer Borges Moschen – Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Virgílio Afonso da Silva – Universidade de São Paulo, Brasil

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Simone Rodrigues Pinto – Universidade de Brasília, Brasil

EQUIPE DE REVISÃO E EDIÇÃO DE TEXTO

Anne Carolline Rodrigues da Silva Brito – Universidade de Brasília, Brasil

Bianca Guimarães Silva – Universidade de Brasília, Brasil

Ederson Rabelo da Cruz – Universidade de Brasília, Brasil

Gustavo de Assis Souza – Universidade de Brasília, Brasil

Izadora Nogueira dos Santos Muniz – Universidade de Brasília, Brasil

Lívia Cristina dos Anjos Barros – Universidade de Brasília, Brasil

Mariane Carolina Gomes da Silva Rocha – Universidade de Brasília, Brasil

DIAGRAMAÇÃO

Inez Lopes – Universidade de Brasília, Brasil

ASSISTENTES

Kelly Martins Bezerra – Universidade de Brasília, Brasil

Nara Cardoso de Oliveira Neto - Universidade de Brasília, Brasil

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Journal Law

V. 05, N. 01

Janeiro-Abril de 2021

SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL Inez Lopes	10
DOSSIÊ TEMÁTICO <i>Aviação Civil e Direito Espacial: Aspectos Regulatórios Nacionais e Internacionais</i>	14
CONCESSÕES NO SETOR AEROPORTUÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE CONCENTRAÇÃO DE MERCADO Geovana Lorena Bertussi Júlia Queiroz Maranhão de Oliveira	15
THE PREVALENCE OF THE MONTREAL CONVENTION AFTER THE 2017 STF DECISION; WHAT ABOUT JURISDICTION? Janny Carrasco Delphine Defossez	43
TRATADO DE COOPERAÇÃO ESPACIAL ENTRE BRASIL E UCRÂNIA: REFLEXÕES SOBRE SUA CRIAÇÃO E EXTINÇÃO Jayme Benvenuto Lima Junior Ana Luísa Gomes Galvão Isabela Maria Pereira Paes de Barros Lara Rodrigues de Queiroz Tavares	65

OUTROS TEMAS

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID 19 NO
JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Elenild de Góes Costa

Soraya Oliveira dos Santos

Josilene Botelho Moura

Sandra Maria de Medeiros

ORGANIZAÇÃO POLÍTICA COMO RESISTÊNCIA À
PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NA PANDEMIA DA
COVID-19

Francisco Meton Marques de Lima

Letícia Pereira Lima

Pollyanna Sousa Costa Tôrres

INFLUÊNCIA DA INDUMENTÁRIA NAS
REPRESENTAÇÕES JURÍDICAS - RELAÇÕES
DE PODER E GÊNERO

Natália de Souza Lisbôa

Ana Carolina Silva

O CASO CHARLOTTESVILLE, A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

Adrualdo de Lima Catão

Elenita Araújo e Silva Neta

NOTA EDITORIAL

A Revista Direito.UnB do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) apresenta a sua nova edição à academia e aos profissionais jurídicos e os demais interessados nos assuntos.

O dossiê temático *Aviação Civil e Direito Espacial: aspectos regulatórios nacionais e internacionais* apresenta três artigos.

O primeiro intitulado “*Concessões no Setor Aeroportuário Brasileiro: Uma Análise de Concentração de Mercado*”, de autoria de Geovana Lorena Bertussi e Júlia Queiroz Maranhão de Oliveira, realizam uma análise empírica sobre a concentração das concessões aeroportuárias no Brasil. O trabalho adotou duas medidas para o grau de concentração: a primeira relacionada aos passageiros pagos embarcados e a segunda referente à carga paga embarcada. Segundo as autoras, o resultado foi de que o mercado passou de *amplamente* concentrado na segunda rodada de concessão para *moderadamente* concentrado na quinta rodada. O artigo revela existir maior grau de concentração na carga paga embarcada do que quando usado passageiros pagos embarcados.

No segundo artigo “*The Prevalence of The Montreal Convention After the 2017 STF Decision: What About Jurisdiction?*”, as autoras, Delphine Defossez e Janny Carrasco, analisam os possíveis impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2017, que encerrou a disputa relacionada ao conflito entre tratado internacional e norma nacional, com a decisão favorável à prevalência da Convenção de Montreal sobre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), na jurisdição. Destacam, ainda, que a Convenção de Montreal contém um artigo que regula a jurisdição em caso de atraso (artigo 33, § 1) e outro nos casos de morte ou lesão corporal (artigo 33, § 2) e afirmam que esta norma está em consonância com o artigo 21.º do Código de Processo Civil (CPC). O conceito de *forum non conveniens* é discutido neste trabalho.

O terceiro artigo aborda questões de direito internacional do Espaço Exterior. O artigo “*Tratado de Cooperação Espacial entre Brasil e Ucrânia: Reflexões sobre sua Criação e Extinção*” analisa criticamente ao longo da elaboração, criação e implantação da autarquia Alcântara Cyclone Space (ACS). Destacam os problemas relacionados aos conflitos socioambientais internacionais e igualmente questões administrativas por parte dos governos brasileiro e ucraniano. Isto levou a um resultado negativo, em face da

dificuldade da criação do Centro de Lançamentos necessário à consecução do projeto ACS.

A segunda parte deste dossiê contém quatro estudos jurídicos, a partir de abordagens interdisciplinares, relacionadas às linhas do programa de pós-graduação em direito.

O próximo texto trata do “Ativismo Judicial e Judicialização da Saúde: Impactos da Pandemia de Covid-19 no Judiciário Brasileiro, de autoria de Elenild de Góes Costa, Soraya Oliveira dos Santos, Josilene Botelho Moura e Sandra Maria de Medeiros. O artigo estuda a atuação ativista do poder judiciário diante da inércia do ente executivo em efetivar as políticas públicas de saúde em tempos de pandemia de Coronavírus. O resultado da pesquisa revela as relações de poder e as formas de atuação/não-atuação dos poderes durante a pandemia revelando os resultados para um movimento de cidadania judicial, com fundamento nos enunciados constitucionais.

O quinto artigo apresenta reflexões no contexto atual da pandemia e os reflexos no mundo do trabalho. O artigo intitulado “*Organização Política como Resistência à Precarização do Trabalho na Pandemia da Covid-19*”, de Francisco Meton Marques de Lima, Leticia Pereira Lima e Pollyanna Sousa Costa Tôrres, investigam os efeitos da pandemia no mundo trabalho, em especial estuda os trabalhadores por aplicativo, que além de não terem direito ao distanciamento e/ou isolamento social conforme as recomendações da OMS, segundo os autores, também não receberam, em sua amplitude enquanto categoria, equipamentos de proteção contra o novo coronavírus (máscaras faciais e álcool em gel, por exemplo). O resultado deste grave problema e as péssimas condições de trabalho, engendraram dois movimentos: a greve global dos motoristas em 08/05/2019 e a paralisação nacional dos entregadores em 01/07/2020.

O próximo artigo estuda “*O Caso Charlottesville, a Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio*”, dos autores Aduardo de Lima Catão e Elenita Araújo e Silva Neta. A principal discussão se refere à problemática entre os limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional na atuação de grupos de extrema-direita (Unity and Security for America e Ku Klux Klan) e de defesa de minorias (Black Lives Matter). A pesquisa analisa o direito de liberdade de expressão e a origem do racismo institucional através da observância de diplomas legais (Alemanha, Estados Unidos e Brasil) com o objetivo de identificar os limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional no Caso Charlottesville.

“*A Influência da Indumentária nas Representações Jurídicas - Relações De Poder e Gênero*”, de *Natália de Souza Lisbôa e Ana Carolina Silva* apresentam o problema referente à noção de como a dignificação da advocacia pela moda/estética colonial se fundamenta na história social e ocidental da moda e viola o postulado da liberdade que é intrínseco à profissão da advocacia, o que, por conseguinte, limita seu pleno exercício pleno. A partir de uma análise histórico-social, as autoras propõem uma leitura epistêmica da indumentária jurídica binária e hierárquica a partir do olhar do Sul Global pelo feminismo decolonial.

A Revista Direito.UnB agradece a contribuição das autoras e dos autores com a divulgação de seus artigos e pesquisas, aos pareceristas que contribuíram com a qualidade científica destes trabalhos pelo método da revisão por pares (duplo-cego) e à equipe técnica que enriquecem cada edição.

Inez Lopes

Editora-chefe

Revista Direito.UnB

ARTIGOS - Aviação e Espaço

CONCESSÕES NO SETOR AEROPORTUÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

CONCESSIONS IN THE BRAZILIAN AIRPORT SECTOR: AN ANALYSIS OF MARKET CONCENTRATION

Recebido: 21/09/2020

Aceito: 07/04/2021

Geovana Lorena Bertussi

Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Doutora em Economia pela Universidade de Brasília (UnB) e
atualmente Professora Associada do Departamento de Economia da UnB.

Email: geovanalorena@gmail.com



<https://orcid.org/0000-0001-5929-2536>;

Júlia Queiroz Maranhão de Oliveira

Graduada em Economia pela Universidade de Brasília (UnB).

Email: juliaqueirozmo@gmail.com



<https://orcid.org/0000-0002-5022-5916>;

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise empírica acerca da concentração das concessões aeroportuárias no Brasil. Para isso, inicia-se com uma revisão da regulação no setor aéreo – mostrando seu breve histórico e falando das concessões. Como objetivo final do trabalho, é feito um cálculo da concentração de mercado das concessões para as concessionárias utilizando-se dos índices de razão de concentração e HHI. Para isso, considerou-se duas medidas para o grau de concentração, sendo elas passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada. Como resultado foi encontrado que o mercado passou de amplamente concentrado na segunda rodada de concessão para moderadamente concentrado na quinta rodada. Por fim, o grau de concentração medido pela carga paga embarcada mostrou índices de concentração mais elevados do que quando usado passageiros pagos embarcados.

Palavras-chave: Infraestrutura; Aeroportos; Concessões; Concentração; Concessionárias.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License

that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.



ABSTRACT

This work presents an analysis about concentration of airport concessions in Brazil. For this, it begins with a literature review in the airline sector - showing its history and talking about the concessions. As a final objective of the work, a calculation is made of the market concentration of concessions for concessionaires, using the concentration ratio and HHI indices. For the purpose, two measures for the degree of concentration were considered: paid passengers on board and paid cargo shipped. As a result, it was found that the market analyzed went from being largely concentrated in the second round of concession to moderately concentrated in the fifth round. Finally, the degree of concentration measured by the paid cargo shipped showed higher concentration rates than when using paid passengers on board.

Keywords: Infrastructure; Airports; Concessions; Concentration, Concessionaires.

1. Introdução

A infraestrutura é essencial para o progresso do crescimento econômico e para a construção de uma sociedade menos desigual. Um aumento de infraestrutura é diretamente relacionado com aumento de produtividade, crescimento econômico e diminuição da desigualdade social e pobreza. Logo, não há como se pensar em desenvolvimento, sem pensar em infraestrutura.

Contudo, o Brasil ainda carece de investimento nessa área. O país, desde 1980, sofre com quedas acentuadas em sua produtividade e em seu investimento em infraestrutura – que não chega atualmente a cobrir a depreciação. O crescimento econômico também passa por um momento difícil desde a crise de 2015/16. Tendo em vista a situação que o país se encontra, a necessidade de dar mais importância à infraestrutura não poderia ser mais atual.

Dentro de toda a infraestrutura, se encontra o setor de transportes e, mais especificamente, o setor aéreo, que é de extrema relevância para a economia como um todo e é o objeto de foco principal deste trabalho. Assim como em toda a infraestrutura do Brasil, o setor aeroportuário apresentou problemas na entrega e execução de obras e investimentos planejados, o que acabou por gerar um déficit em infraestrutura aeroportuária.

O cenário descrito acima é contrastado com um aumento da demanda pelo setor causado pelo crescimento do PIB, pela queda das tarifas no período e pela ascensão social que ocorreu na primeira década do século XXI. Essa situação motivou a entrada do setor privado e o início das rodadas de concessões em 2011 (MACHADO et al., 2019).

A concessão de aeroportos tem como objetivo aumentar a eficiência do setor,

atraindo investimentos que podem ser usados para melhorar a infraestrutura aeroportuária do Brasil. Para garantir a qualidade dos serviços por parte do concessionário, é essencial que certos critérios sejam fiscalizados por um órgão regulador – que no caso do setor aéreo é de responsabilidade da ANAC (ANAC, 2020a).

Considerando todos os aspectos em relação ao setor aeroportuário e as alterações de mercado geradas pelas concessões, o presente trabalho se propõe a analisar a concentração das concessionárias aeroportuárias durante esse processo, calculando os índices de concentração para as concessionárias, rodada a rodada. Para analisar a concentração no mercado utiliza-se o índice razão de concentração e o HHI. Duas medidas de concentração serão usadas e calculadas separadamente: passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada.

Os resultados apontam que o mercado de concessões aeroportuárias passou de um mercado amplamente concentrado (na segunda rodada) para um mercado moderadamente concentrado (após a quinta rodada) tanto quando consideramos a métrica de passageiros pagos embarcados, quanto consideramos como variável de medida a carga paga embarcada. Em todas as rodadas, os cálculos que se embasaram na primeira variável obtiveram resultados menores – ou seja, indicando um mercado menos concentrado – do que os embasados na segunda. Ou seja, os resultados mostram que o grau de concentração medido pela carga paga embarcada mostrou índices de concentração mais elevados do que quando usado passageiros pagos embarcados.

O artigo é composto por seis seções. A primeira é esta, que tem um caráter introdutório ao tema que será tratado ao longo do trabalho. A segunda traça um breve histórico de como a regulação foi aplicada no setor aéreo brasileiro especificamente às concessões, evidenciando as características principais das mesmas. A terceira parte mostra a metodologia de cálculo usada para verificar o nível de concentração nas concessões aeroportuárias brasileiras. A seção 4 mostra tais resultados, assim como uma descrição a respeito do perfil das concessionárias que ganharam os leilões. Por fim, a quinta parte é a conclusão de tudo que foi apresentado

2. Regulação aplicada às concessões do setor aéreo brasileiro

A primeira concessão foi o Aeroporto São Gonçalo do Amarante de Natal (RN) em 2011 e foi considerada um piloto com objetivo de testar o modelo antes de ampliá-lo. Foi o único projeto greenfield dentre as concessões, ou seja, o investimento foi feito no aeroporto quando ele ainda não havia sido construído. Já os investimentos nas demais concessões foram brownfield, ou seja, o investimento foi feito em aeroportos já prontos que precisavam de ampliação, reforma e modernização. Em 2012, ocorreu a

segunda rodada de concessões com aeroportos de maior relevância, em que o Aeroporto de Guarulhos (SP), Viracopos (Campinas SP) e de Brasília foram concessionados por respectivamente 20, 30 e 25 anos. Como limitação, o licitante poderia ganhar apenas um aeroporto (YOSIMOTO et al., 2016).

A terceira rodada de concessões foi em 2014, em que os Aeroportos Galeão (RJ) e Confins (MG) foram concessionados. Tanto na segunda, quanto na terceira rodada, a Infraero possuía a obrigatoriedade de participar em 49% do consórcio ganhador. Buscava-se utilizar do subsídio cruzado, já que a empresa poderia extrair renda desses aeroportos e subsidiar outros menores e menos atrativos em termos de investimento para o setor privado (YOSIMOTO et al., 2016).

Geralmente, nessas rodadas em que a Infraero participava, a estrutura acionária típica era de 51% para a participação privada – caracterizada como uma SPE, em que parte dessa porcentagem era dada para um sócio operador estrangeiro, e parte para um sócio não operador controlador e originário de empresas nacionais. Os sócios operadores geralmente possuíam uma maior parcela da participação privada e sua presença vinha com um intuito de ter uma parte do consórcio que já tivesse experiência comprovada como operador no setor aeroportuário. Um problema associado a essas rodadas de concessões é que, mesmo a Infraero tendo 49% de participação acionária, a empresa não realizava avaliação econômica alguma – o que é um comportamento incoerente com o fato da empresa ter a obrigação de contribuir com o pagamento de 49% da outorga (MACHADO et al., 2019).

Em todas as rodadas de concessões do setor aéreo, o ganhador do leilão foi estabelecido pelo maior valor de outorga oferecido. Também há diferenças em relação ao montante de pagamento exigido à vista, ao aporte inicial dos sócios privados, experiência prévia do operador, entre outros (TEIXEIRA et al., 2014). É importante ressaltar que as alíquotas vinculadas a outorga variável já eram pré-determinadas pelos editais, então a variável de leilão era apenas a outorga fixa, que é um pagamento realizado pelo vencedor determinado pelo seu lance durante o leilão (ANAC, 2020a).

Em 2017, foi realizado a quarta rodada de concessões, sendo a primeira licitação no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), que concedeu os aeroportos de Fortaleza (CE), Salvador (BA), Florianópolis (SC) e Porto Alegre (RS). Os aeroportos foram todos concessionados por 30 anos – com exceção do de Porto Alegre que foi por 25. Como limitação, o mesmo concessionário poderia ganhar mais de um aeroporto, mas estes não poderiam ser da mesma região. Em agosto de 2017, o Governo Federal decretou o fim da obrigatoriedade da participação acionária da Infraero nas concessões, o que passa a valer a partir desta rodada – um dos fatores para alta participação de estrangeiros na mesma (ANAC, 2020a). Isso ocorreu principalmente pela pressão que a participação da Infraero gerava nos caixas da União em um momento que o governo

estava priorizando restrições fiscais (MACHADO et al., 2019).

A quinta rodada, em 2019, licitou 12 aeroportos agrupados em três blocos: (i) o bloco do Nordeste, com os aeroportos de Recife (PE), Juazeiro do Norte (CE), João Pessoa (PB), Aracaju (SE), Campina Grande (PB) e Maceió (AL); (ii) o bloco do Centro Oeste, com quatro aeroportos de Mato Grosso -Cuiabá, Sinop, Rondonópolis e Alta Floresta -; e (iii) bloco do Sudeste, contando com os Aeroportos de Vitória (ES) e Macaé (RJ). Todos os blocos foram concessionados por 30 anos (ANAC, 2020a). O objetivo de realizar a concessão em blocos foi tornar os aeroportos mais atrativos para a iniciativa privada - em conjunto - do que seriam individualmente, pois muitos desses aeroportos não possuíam receitas significativas ou eram deficitários. Além disso, tirariam uma obrigação da Infraero em termos de manutenção e necessidade de realização de novos investimentos, uma vez que passariam a ser responsabilidade do setor privado (KASCHNER, 2019).

Como pode ser visto na tabela 1, há um resumo com as principais características das cinco primeiras rodadas de concessões, assim como as concessionárias ganhadoras.

Tabela 1 – As cinco rodadas de concessões do setor aeroportuário e suas principais características

Aeroporto	Concessionária	Parte da Infraero	Data de início.	Tempo de Contrato	Outorgas	Ágios
Primeira Rodada.						
Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN).	Inframérica.	0%	18 de janeiro de 2012.	28 anos.	Outorga fixa anual de 6,8 milhões.	229%
Segunda Rodada.						
Aeroporto de Guarulhos (SP).	GRU Airport.	49%	11 de junho de 2012.	20 anos.	Outorga fixa anual de 810,7 milhões e Outorga variável de 10% da alíquota.	374%
Aeroporto de Viracopos (SP).	Aeroportos Brasil Viracopos.	49%	11 de junho de 2012.	30 anos.	Outorga fixa anual de 127,4 milhões e Outorga variável de 5% da alíquota.	160%
Aeroporto de Brasília (DF).	Inframérica.	49%	24 de junho de 2012.	25 anos.	Outorga fixa anual de 180,4 milhões e Outorga variável de 2% da alíquota.	673%
Terceira Rodada.						
Aeroporto do Galeão (RJ).	RIOgaleão.	49%	07 de maio de 2014.	25 anos.	Outorga fixa anual de 760,8 milhões e Outorga variável de 5% da alíquota.	294%
Aeroporto de Confins (MG).	BH Airport.	49%	07 de maio de 2014.	30 anos.	Outorga fixa anual de 60,7 milhões e Outorga variável de 5% da alíquota.	66%

Quarta Rodada.						
Aeroporto Internacional de Fortaleza (CE).	Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Fortaleza.	0%	29 de agosto de 2017.	30 anos	Outorga dividida em outorga fixa (em que 25% deveria ser dado adiantado) e outorga variável de 5% da alíquota.	18%
Aeroporto Internacional de Salvador (BA).	Concessionária do Aeroporto de Salvador S.A. – CASSA.	0%	31 de agosto de 2017.	30 anos.		113%
Aeroporto Internacional Florianópolis (SC).	Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A.	0%	31 de agosto de 2017.	30 anos.		58%
Aeroporto Internacional de Porto Alegre (RS).	Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Porto Alegre.	0%	29 de agosto de 2017.	25 anos.		852%
Quinta Rodada.						
Bloco Nordeste.	Aeroportos do Nordeste do Brasil S.A.	0%	05 de setembro de 2019.	30 anos.	Outorga dividida em outorga fixa (em que 100% deveria ser dado adiantado) e outorga variável, prevista para variar a porcentagem de acordo com o bloco e com o ano.	1010% com pagamento antecipado.
Bloco Centro Oeste.	Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A.	0%	03 de setembro de 2019.	30 anos.		830% com pagamento antecipado.
Bloco Sudeste.	Aeroportos do Sudeste do Brasil S.A.	0%	05 de setembro de 2019.	30 anos.		4739% com pagamento antecipado.

Fonte: Elaboração própria usando dados de: ANAC (2020d, 2019b, 2019c, 2019d, 2018a, 2018b, 2018c, 2018d, 2018e, 2018f, 2018g, 2017a e 2017b) e PPI (2020).

Em relação aos dados da tabela acima, é importante ressaltar que as datas de início das concessões foram obtidas em ANAC (2020a). Entretanto, na quinta rodada de concessões não há especificações da data de início das concessões no site da ANAC. Logo, a data utilizada para essa rodada foi a data de assinatura dos contratos. Além disso, também é importante ressaltar que as concessionárias ganhadoras são compostas de grupos e empresas que partilham os aeroportos concedidos. No estudo do BNDES feito por Machado et al. (2019), é feita a divisão de tais grupos dentro de cada concessionária e qual é a porcentagem de participação de cada um em cada concessão. Isso pode ser visto na tabela 2 – lembrando que a Infraero Possui 49% de participação nos aeroportos da segunda e terceira rodada, logo as porcentagens dos grupos ganhadores dessas rodadas irão somar 51% e não 100%.

Tabela 2 – Os grupos vencedores dentro de cada consórcio ganhador

Aeroporto	Concessionária	Grupos
Primeira Rodada.		
Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN).	Inframérica.	Engevix (50%) e Corporación América (50%).
Segunda Rodada.		
Aeroporto de Guarulhos (SP).	GRU Airport.	Invepar (45,9%) e ACSA (5,1%).
Aeroporto de Viracopos (SP).	Aeroportos Brasil Viracopos.	Triunfo (22,95%), UTC (22,95%) e Egis (5,1%).
Aeroporto de Brasília (DF).	Inframérica.	Engevix (25,5%) e Corporación América (25,5%).
Terceira Rodada.		
Aeroporto do Galeão (RJ).	RIOgaleão.	Odebrecht (30,6%) e Changi (20,4%).
Aeroporto de Confins (MG).	BH Airport.	CCR (38,25%), Zurich Airport (12,24%) e Munich Airport (0,51%).
Quarta Rodada.		
Aeroporto Internacional de Fortaleza (CE).	Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Fortaleza.	Fraport AG (100%).
Aeroporto de Salvador (BA).	Concessionária do Aeroporto de Salvador S.A. – CASSA.	Vinci Airports (100%).
Aeroporto Internacional de Florianópolis (SC).	Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A.	Zurich Airport (100%).
Aeroporto Internacional de Porto Alegre (RS).	Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Porto Alegre.	Fraport AG (100%).
Quinta Rodada.		
Bloco Nordeste.	Aeroportos do Nordeste do Brasil S.A.	Aena (100%).
Bloco Centro-Oeste.	SPE Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A.	Socicam (85%) e Sinart (15%).
Bloco Sudeste.	Aeroportos do Sudeste do Brasil S.A.	Zurich Airport (100%).

Fonte: Elaboração própria com dados de Machado et al. (2019).

Em termos de contexto econômico durante as rodadas de concessões, entre a terceira e quarta rodada, a crise econômica e política se instaurou no país. Isso resultou em uma diminuição da movimentação de passageiros nos aeroportos, assim como a diminuição de alguns índices de satisfação. As empresas vencedoras dos leilões foram afetadas pela diminuição de ritmo do mercado, o que acabou revelando um otimismo extremo no momento da realização dos leilões. O momento de crise acabou por transparecer certas fragilidades nos contratos das primeiras concessões, que tiveram o pagamento das outorgas afetado (MACHADO et al., 2019).

Nesse período de crise, os altos valores de outorga fixa a serem pagos pelos

concessionários bem como a queda na demanda por voos causaram um problema, um exemplo disso é o Aeroporto do Galeão que tinha um valor de outorga fixa no valor de 1 bilhão de reais em 2017, mas a receita do aeroporto não chegava a 900 milhões de reais (CARJ, 2017). Decorrente do risco de inadimplência que a outorga fixa demonstrou nesse período, o Governo Federal decretou, em 2017, que as concessionárias da primeira, segunda e terceira rodadas poderiam repactuar suas curvas de pagamento de outorga. Os aeroportos de Brasília, Guarulhos, Galeão e Natal aderiram à repactuação (MTPAC, 2017).

Justamente por esse risco enfrentado com a crise, que na quarta rodada, 25% da outorga fixa passou a ser requerido antecipadamente e os 75% remanescentes seriam pagos a partir do sexto ano de forma crescente até o décimo ano, a partir do qual as empresas voltariam a pagar parcelas fixas estabelecidas. Dessa forma, as empresas ganharam cinco anos de carência após o início da concessão, sendo esses primeiros anos justamente o período de investimentos mais custosos (ANAC, 2018e, 2018f, 2018g).

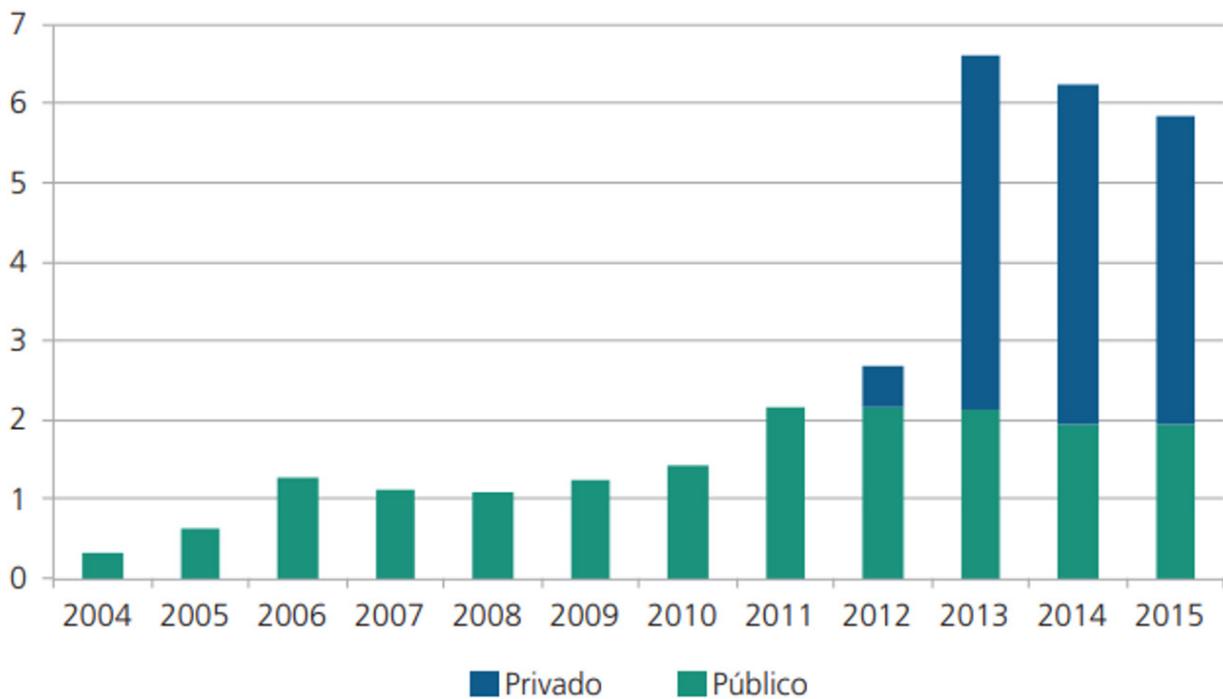
Já na quinta rodada, a outorga fixa anual foi eliminada e foi exigido o pagamento antecipado de 100% da outorga mínima. Além disso, o ágio – que representa a diferença entre o preço oficial e o que o comprador realmente paga - também foi pago antecipadamente. No quesito da outorga variável, foi estabelecido que as empresas teriam um período de carência de cinco anos e que apresentariam alíquotas crescentes do sexto ao décimo ano, a partir do qual as alíquotas passariam a ser fixas (ANAC, 2019b, 2019c, 2019d).

Além de altos valores de outorga, a obrigatoriedade de realização de grandes investimentos sem gatilho de demanda também foi prejudicial na crise. O gatilho de demanda funciona basicamente da seguinte forma: a partir do momento em que o aumento da demanda atinge determinado valor, a concessionária deve fazer investimentos adicionais até conseguir prestar o nível de serviço mínimo estipulado. Logo, os gatilhos de demanda são importantes por conseguirem alinhar o aumento da demanda com o aumento de investimento na ampliação da capacidade do aeroporto. Entretanto, mesmo sendo importante, não foi considerado em muitos dos contratos de concessões (MACHADO et al., 2019).

O Aeroporto de Viracopos foi um dos maiores exemplos de aeroporto com dificuldades no pagamento das outorgas e entregas de grandes investimentos. Isso ocorreu porque a crise econômica reduziu a demanda do aeroporto e também porque a UTC – participante do consórcio - foi flagrada pela Lava-Jato atuando em cartel nos contratos da Petrobrás. Isso prejudicou a obtenção de empréstimos e comprometeu a realização de investimentos previstos no contrato. Além da UTC, a empresa Odebrecht – que participava do consórcio do Aeroporto do Galeão – e a Engevix – que participava do consórcio do Aeroporto de Brasília e de São Gonçalo do Amarante – também foram investigadas na Lava-Jato (SENADO, 2016).

É importante ressaltar que, mesmo com os problemas levantados com a crise, o setor privado conseguiu contribuir para o aumento de investimentos aeroportuários, como pode ser visto no gráfico 1.

Gráfico 1: Investimentos públicos e privados no setor aeroportuário de 2004 a 2015 (em R\$ bilhão)



Fonte: Machado et al. (2019)

Tendo em vista a falta de investimento em infraestrutura no Brasil e a tendência ao aumento da demanda pelos serviços aeroportuários explicitados anteriormente, pode-se perceber que a entrada do setor privado foi benéfica no sentido de sanar uma parte da carência de investimento e montar uma base mais edificada para a expansão aeroportuária no futuro. Nove anos após a primeira concessão, já foram concedidos 22 aeroportos que são responsáveis por mais de dois terços da movimentação de passageiros do país (ANAC, 2019).

Dado os bons resultados das rodadas, o governo brasileiro anunciou a intenção de realizar a sexta rodada de concessões com vinte e dois aeroportos distribuídos em

três blocos: (i) Bloco Central formado por seis aeroportos, sendo eles o de Goiânia (GO), Palmas (TO), Teresina (PI), Petrolina (PE), São Luís (MA) e Imperatriz (MA); (ii) Bloco Norte formado pelos aeroportos de Manaus (AM), Tabatinga (AM), Tefé (AM), Rio Branco (AC), Cruzeiro do Sul (AC), Porto Velho (RN) e Boa Vista (RR); e (iii) Bloco Sul formado pelos aeroportos de Curitiba (PR), Foz do Iguaçu (PR), Londrina (PR), Bacacheri (PR), Navegantes (SC), Joinville (SC), Pelotas (RS), Uruguaiana (RS) e Bagé (RS) (ANAC, 2019a).

3. Metodologia

O objetivo final desse trabalho é a análise, por meio de cálculos de índices de concentração, da concentração de mercado das concessões aeroportuárias brasileiras. O número de passageiros pagos embarcados será usado como uma das medidas de concentração de mercado. Além do transporte de passageiros, a ABEAR (2016) e (2019) ressalta a relevância do transporte de cargas para o setor aéreo. Portanto, esse trabalho usará também como medida de grau de concentração de mercado o transporte de cargas paga embarcada, buscando analisar cada um deles de forma separada, para depois comparar os resultados.

A análise abarcará os períodos de 2012 – ano de início da primeira concessão – até 2019 – ano da última rodada de concessões. Durante esse período, 22 aeroportos foram concessionados e houve mudanças em consórcios depois dos leilões, mas as concessionárias permaneceram as mesmas. Apenas o aeroporto de Viracopos (SP) que indicou a possibilidade de mudança de concessionária, já que a Aeroportos Brasil que o administra está em Recuperação Judicial e há um estudo sobre a possibilidade de religar o aeroporto (INFRAERO, 2019). Entretanto, como ainda nada foi decidido em relação ao Aeroporto de Viracopos, para fins de cálculos, será mantida a concessionária Aeroportos Brasil.

O cálculo do grau de concentração será feito em duas etapas. A primeira delas será embasada no índice de proporção da concentração ou fração de concentração, que basicamente mede a proporção das maiores firmas do setor em relação ao total de firmas. A segunda delas será embasada no HHI, que é um índice calculado a partir da soma dos quadrados do market share de todas as firmas do mercado. Em ambos os índices, quanto maior for o resultado, mais concentrado o mercado é. Seguem as fórmulas dos dois índices de concentração:

Equação 1 – Fração de Concentração

$$C_n = \sum_{i=1}^n P_i \quad (1)$$

Em que C_n é o grau de concentração das n firmas, n é o número de firmas e P_i é a participação da firma i no mercado.

Equação 2 - Herfindahl-Hirschman Index

$$HHI = \sum_{i=1}^N P_i^2 \quad (2)$$

Em que HHI representa a concentração do mercado, N representa o número total de firmas do mercado e P_i a participação da firma i .

O primeiro índice apresentado é uma medida de mercado que revela a proporção ocupada pelas firmas selecionadas. Logo, o C_3 , por exemplo, informa a proporção do mercado que as 3 primeiras firmas possuem em relação às demais. Tal medida, apesar de ser boa para dar um apurado da concentração de mercado de determinada indústria ou setor, não consegue captar algumas mudanças, como o desaparecimento e surgimento de novas firmas. Além disso, não informa por completo o número de agentes no mercado, já que o C_n mostra o quanto n detém do mercado, mas não mostra em relação a totalidade do mercado (SHEPHERD e SHEPHERD, 2004).

Esse índice é constantemente analisado a partir do resultado de C_4 , ou seja, das quatro firmas com maior participação do mercado. Para Leite e Santana (1998) um resultado acima de 40% é considerado um grande indício de comportamentos oligopolísticos. Já para Shepherd e Shepherd (2004), o resultado do C_4 que indicaria um oligopólio seria acima de 70%. O CADE (2016) considera uma indicação para um forte oligopólio o C_4 acima de 75%. Logo, o presente trabalho irá calcular especificamente o C_4 de cada rodada para analisar indícios de oligopólio.

O segundo índice – HHI – é capaz de destacar mais ainda a concentração, dando um peso maior para quando há poucas firmas dominando o mercado. Isso ocorre pelo fato da soma de cada fator ser ao quadrado, logo, o HHI se torna mais elevado quando há poucas empresas dominando grande parte do mercado (TIMM, 2016).

O HHI é um índice amplamente adotado por satisfazer determinadas características que são importantes em um índice, como, por exemplo: é uma medida unidimensional, independe do tamanho do mercado, é capaz de dar uma dimensão da concentração total do mercado, é afetado pela mudança de participação de qualquer firma e a medida varia entre 0 e 1. Logo, diversos órgãos como o *U.S Department of Justice, the Federal Trade Commission* (USDOJ) e o CADE, utilizam o HHI como medidor do grau de concentração (OLIVEIRA, 2014). Por tais motivos e pelo fato de ser fácil de calculá-lo, se optou pela utilização desse índice nesse trabalho.

De acordo com o CADE (2016), um HHI abaixo de 0,15 (ou 1500 pontos) representa um mercado não concentrado; um HHI entre 0,15 e 0,25 (ou 1500 e 2500 pontos) representa um mercado moderadamente concentrado; e um HHI acima de 0,25 (ou 2500 pontos) representa um mercado altamente concentrado. Seguindo tais divisões, buscar-se-á analisar se o mercado de concessões é concentrado ou não.

Os cálculos serão feitos com base nas informações da tabela 2, que mostra os grupos ganhadores e suas respectivas participações em cada concessão. A concentração será calculada por rodada, se baseando na data de início de cada concessão mostrada na tabela 1. Portanto, a janela de tempo será distribuída da seguinte forma: a segunda rodada teve início em junho de 2012, logo, os dados de passageiros e cargas do mês seguinte – julho de 2012 – até o mês da próxima rodada de concessão – maio de 2014 – serão somados e usados para analisar a concentração da segunda rodada e assim por diante.

A exceção em relação ao que foi dito acima é no tocante a primeira rodada, que não haverá um cálculo exclusivamente para ela. Pois, embora o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante tenha sido concedido em janeiro de 2012, sua inauguração só veio posteriormente e ele só começou a operar em dezembro de 2013 (AEROPORTO DE NATAL, 2020). Logo, este aeroporto só será considerado nos cálculos a partir de dezembro de 2013, mês que está dentro do período abarcado pela segunda rodada de concessão. Por fim, o período total abarcado será de julho de 2012 a dezembro de 2019, já que por questões de disponibilidade dos dados, os meses de 2020 não serão considerados. A divisão dos períodos pode ser melhor vista na tabela 3.

Tabela 3 – Período analisado para o cálculo do grau de concentração em cada rodada de concessão

	Período abarcado para utilização dos dados e realização dos cálculos.
Segunda Rodada.	Julho de 2012 a maio de 2014.
Terceira Rodada.	Junho de 2014 a agosto de 2017.
Quarta Rodada.	Setembro de 2017 a setembro de 2019.
Quinta Rodada.	Outubro de 2019 a dezembro de 2019.

Fonte: Elaboração Própria.

O período de cada rodada começará no mês seguinte ao mês de início das concessões. Como os dados disponíveis são mensais, não é possível relacionar, por exemplo, o mês de junho de 2012 inteiro à concessão do Aeroporto de Brasília, se a data de efetiva passagem da gestão pública para a privada oficializada perante a ANAC foi só dia 24 de junho. Por isso, os dados serão considerados a partir do mês seguinte – situação que garante a consolidação dos dados de cada concessão. Em relação às empresas que em determinado momento venderam suas participações, os cálculos também serão feitos a partir do mês seguinte. Logo, se a Odebrecht realizou a venda de sua participação no Aeroporto do Galeão em setembro de 2017, a partir de outubro de 2017 ela não será mais contabilizada nos cálculos.

Depois de ter estabelecido a janela de tempo de cada rodada, os dados de passageiros e cargas serão somados separadamente e será feita uma distribuição de participação de mercado de cada consórcio. Os dados de passageiros pagos embarcados e de carga paga embarcada por aeroporto, assim como os dados em relação aos próprios aeroportos que serão mostrados no próximo capítulo, foram tirados diretamente da ANAC (2020e).

4. Análise dos Resultados

Como foi exposto anteriormente, nessa seção será feita a análise de concentração por passageiros pagos e carga paga considerando as concessionárias. Para tanto, as informações na Tabela 2 serão utilizadas. Inicialmente será considerado os acionistas privados dos consórcios ganhadores separados da Infraero. Dessa forma, será possível isolar a participação de tais acionistas e colocar em foco a participação da Infraero nos

consórcios mistos.

Como pode ser vista na Tabela 2, o cenário das concessionárias ganhadoras da segunda rodada de concessões era composto pela Inframérica, GRU Airport e Aeroportos Brasil Viracopos. Tais concessionárias eram responsáveis respectivamente pelos Aeroportos de São Gonçalo do Amarante e de 51% do de Brasília, por 51% do Aeroporto de Guarulhos e por 51% do Aeroporto de Viracopos. A partir disso, segue a tabela 04 com a participação individual de cada concessionária considerando passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada.

Tabela 04 – Participação de mercado das concessionárias na segunda rodada por passageiros pagos embarcados e por carga paga embarcada

Concessionária.	Soma de passageiros pagos embarcados no período de julho de 2012 a maio de 2014.	Participação Individual por passageiros pagos embarcados.	Soma de carga paga embarcada no período de julho de 2012 a maio de 2014 (kg).	Participação Individual por carga paga embarcada.
Infraero (Aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos).	27.993.311,92	48,94%	335.644.100,9	48,99%
Inframérica (Aeroportos de São Gonçalo do Amarante e de Brasília).	8.449.259,21	14,77%	35.535.540,27	5,19%
GRU Airport (Aeroporto de Guarulhos)	16.241.399,31	28,40%	224.339.104,5	32,74%
Aeroportos Brasil Viracopos (Aeroporto de Viracopos)	4.512.049,56	7,90%	89.661.410,37	13,08%
TOTAL	57.196.020	100%	685.180.156	100%

Fonte: Elaboração Própria.

A partir dos resultados, é possível perceber que a Infraero continua tendo a maior participação de mercado tanto quando consideramos passageiros pagos, quanto carga paga. A concessionária GRU Airport também possui alta participação nas duas formas de cálculo, evidenciando como o Aeroporto de Guarulhos possui uma alta movimentação, tanto de cargas como de passageiros. Em relação às demais concessionárias, nota-se

que a Inframérica possui uma participação bem maior em passageiros pagos do que carga paga e que a concessionária Aeroportos Brasil Viracopos possui uma participação maior em transporte de carga.

Como até o momento só havia quatro concessionárias no mercado, não tem sentido o cálculo de concentração das quatro empresas com maiores participações. Logo, para essa rodada, apenas o índice HHI será calculado, como pode ser visto na Tabela 05.

Tabela 05 – Índices de Concentração das concessionárias da segunda rodada considerando passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada

	Passageiros pagos embarcados.	Carga paga embarcada.
HHI	3482,19	3669,80

Fonte: Elaboração Própria.

Os dois resultados acima de 2500 indicam um mercado altamente concentrado, principalmente quando a carga paga embarcada é considerada. Esse grau de concentração de mercado também foi achado nos cálculos anteriores na segunda rodada.

Na terceira rodada, a concessionária RIOgaleão ganhou 51% do Aeroporto do Galeão e a Concessionária BH Airport ganhou 51% do Aeroporto de Confins. Lembrando que tanto nessa, quanto na rodada anterior, a Infraero ainda possuía 49% de todos os aeroportos concedidos até então – com exceção do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante. A tabela 06 mostra a participação de mercado de cada concessionária na terceira rodada.

Tabela 06 – Participação de mercado das concessionárias na terceira rodada por passageiros pagos embarcados e por carga paga embarcada

Concessionária.	Soma de passageiros pagos embarcados no período de junho de 2014 a agosto de 2017.	Participação Individual por passageiros pagos embarcados.	Soma de carga paga embarcada no período de junho de 2014 a agosto de 2017. (kg).	Participação Individual por carga paga embarcada.
Infraero (Aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos).	72.310.937,58	47,73%	660.076.389,8	48,28%
Inframérica (Aeroportos de São Gonçalo do Amarante e de Brasília).	18.863.439,53	12,45%	72.835.006,77	5,33%
GRU Airport (Aeroporto de Guarulhos)	30.702.413,61	20,26%	405.073.759,2	29,63%
Aeroportos Brasil Viracopos (Aeroporto de Viracopos)	7.757.235,66	5,12%	131.422.377,9	9,61%
RIOgaleão (Aeroporto do Galeão).	13.446.491,7	8,87%	80.900.027,55	5,92%
BH Airport (Aeroporto de Confins).	8.422.186,92	5,56%	16.782.891,81	1,28%
TOTAL	151.502.705	100%	1.367.090.453	100%

Fonte: Elaboração Própria.

Assim como na rodada anterior, a concessionária Aeroportos Brasil Viracopos possui a menor participação em termos de passageiros pagos embarcados, mas está em terceiro lugar em termos de participação de carga paga embarcada. Já BH Airport, concessionária que entrou nessa rodada possui a menor participação em termos de carga paga transportada, diferentemente da rodada anterior, em que essa posição era ocupada pela Inframérica. A RIOgaleão entra em quarto lugar tanto em termos de participação de mercado por passageiros pagos, como carga paga. A tabela 07 resume os índices de concentração da rodada.

Tabela 07 – Índices de Concentração das concessionárias da terceira rodada considerando passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada

	Passageiros pagos embarcados.	Carga paga embarcada.
C4	89,32%	93,44%
HHI	2979,67	3366,57

Fonte: Elaboração Própria.

Com um índice de concentração das quatro empresas com maior participação acima de 75% nas duas formas de cálculo, há um indicativo de oligopólio de acordo com todos os critérios apresentados anteriormente. O alto valor de tais porcentagens representa o número pequeno de concessionárias presentes até o momento da terceira rodada. Já o HHI, mesmo que tenha se reduzido em comparação com a rodada anterior, ainda apresenta um mercado altamente concentrado – assim como foi achado na terceira rodada considerando as empresas e não as concessionárias. Uma maior concentração continua sendo indicada quando se considera carga paga embarcada.

Com a concessão de quatro novos aeroportos na quarta rodada, mais três concessionárias entraram no mercado. É importante ressaltar que a Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Fortaleza e a Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Porto Alegre serão consideradas como a mesma concessionária neste trabalho, pois ambas pertencem inteiramente à Fraport AG. Além dela, a Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A. e a Concessionária do Aeroporto de Salvador S.A. também conseguiram aeroportos nessa rodada. A participação de mercado das concessionárias pode ser vista na tabela 08.

Tabela 08 – Participação de mercado das concessionárias na quarta rodada por passageiros pagos embarcados e por carga paga embarcada

Concessionária.	Soma de passageiros pagos embarcados no período de setembro de 2017 a setembro de 2019.	Participação Individual por passageiros pagos embarcados.	Soma de carga paga embarcada no período de setembro de 2017 a setembro de 2019 (kg).	Participação Individual por carga paga embarcada.
Infraero (Aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos).	47.087.674,06	37,53%	506.864.957,7	43,56%
Inframérica (Aeroportos de São Gonçalo do Amarante e de Brasília).	11.445.781,75	9,12%	52.061.468,94	4,47%
GRU Airport (Aeroporto de Guarulhos)	21.719.830,02	17,31%	295.548.917,8	25,40%
Aeroportos Brasil Viracopos (Aeroporto de Viracopos)	4.895.179,41	3,90%	117.466.987,3	10,09%
RIOgaleão (Aeroporto do Galeão).	7.838.336,37	6,25%	60.915.107,37	5,23%
BH Airport (Aeroporto de Confins).	5.521.101,39	4,40%	16.772.059,92	1,44%
Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Fortaleza e Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Porto Alegre	15.254.954	12,16%	82.391.089	7,08%
Concessionária do Aeroporto de Salvador S.A.	7.832.340	6,24%	24.250.670	2,08%
Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A.	3.862.660	3,08%	7.434.454	0,63%
TOTAL	125.457.857	100%	1.163.705.712	100%

Fonte: Elaboração Própria.

Das concessionárias que entraram nessa rodada, a Fraport Brasil S.A – considerando os Aeroportos de Fortaleza e Porto Alegre – apresentou a maior participação de mercado tanto em passageiros pagos, quanto carga paga, sendo a quarta concessio-

nária com maior participação de mercado em ambas formas de cálculo. As outras duas, assim como a primeira, apresentaram uma participação de mercado consideravelmente maior em passageiros pagos do que carga paga. Tal situação se repete para as demais concessionárias, com exceção da GRU Airport e Aeroportos Brasil Viracopos – que apresenta mais que o dobro de participação considerando carga paga e só está atrás da Infraero e da GRU Airport nessa participação. Os índices de concentração dessa rodada podem ser vistos na tabela 09.

Tabela 09 – Índices de Concentração das concessionárias da quarta rodada considerando passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada

	Passageiros pagos embarcados.	Carga paga embarcada.
C4	76,13%	86,13%
HHI	2061,59	2744,02

Fonte: Elaboração Própria.

O grau de concentração das quatro empresas com maiores participações nessa rodada ainda mostra indícios de oligopólio, assim como nas anteriores. Já o HHI apresentou mudanças em relação as outras rodadas, pois ao se considerar carga paga embarcada, ainda há evidências de um mercado altamente concentrado, entretanto, no caso de passageiros pagos embarcados, o resultado abaixo de 2500 indica um mercado moderadamente concentrado. Comparando com os cálculos anteriores considerando as empresas, na quarta rodada os valores para o HHI encontrados tanto para passageiros pagos, quanto para carga paga, indicavam um mercado moderadamente concentrado.

A quinta rodada de concessão foi responsável pela entrada das concessionárias Aeroportos do Nordeste do Brasil S.A (ganhadora do bloco Nordeste), SPE Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A (ganhadora do bloco Centro-Oeste) e Aeroportos do Sudeste do Brasil S.A (ganhadora do bloco Sudeste). A Aeroportos do Sudeste do Brasil S.A é representada inteiramente pela Zurich Airport, assim como a Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A. Pelo fato de ambas terem exatamente a mesma composição, optou-se neste trabalho por considerá-las como a mesma concessionária. Sendo assim, a tabela 10 mostra as participações de mercado das concessionárias nessa rodada.

Tabela 10 – Participação de mercado das concessionárias na quinta rodada por passageiros pagos embarcados e por carga paga embarcada

Concessionária.	Soma de passageiros pagos embarcados no período de setembro de 2017 a setembro de 2019.	Participação Individual por passageiros pagos embarcados.	Soma de carga paga embarcada no período de setembro de 2017 a setembro de 2019 (kg).	Participação Individual por carga paga embarcada.
Infraero (Aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos).	5.970.833,75	32,27%	60.603.520,95	38,73%
Inframérica (Aeroportos de São Gonçalo do Amarante e de Brasília).	1.441.872,18	7,80%	5.859.097,5	3,74%
GRU Airport (Aeroporto de Guarulhos)	2.873.660,79	15,53%	35.763.170,13	22,86%
Aeroportos Brasil Viracopos (Aeroporto de Viracopos)	653.040,72	3,53%	15.002.133,48	9,59%
RIOgaleão (Aeroporto do Galeão).	831.013,89	4,49%	5.842.804,29	3,73%
BH Airport (Aeroporto de Confins).	714.824,67	3,86%	2.266.855,65	1,45%
Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Fortaleza e Fraport Brasil S.A. Aeroporto de Porto Alegre	2.004.342	10,83%	13.119.576	8,38%
Concessionária do Aeroporto de Salvador S.A.	991.549	5,36%	3.910.687	2,50%
Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A e Aeroportos do Sudeste do Brasil S.A (Aeroporto de Florianópolis e Bloco Sudeste).	883.801	4,78%	4.313.742	2,76%
Aeroportos do Nordeste do Brasil S.A (Bloco Nordeste)	1.757.132	9,50%	9.020.176	5,76%
SPE Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A (Bloco Centro-Oeste).	377.650	2,04%	762.158	0,49%
TOTAL	18.499.720	100%	156.463.921	100%

Fonte: Elaboração Própria.

Das concessionárias ganhadoras dessa rodada, a Aeroportos do Nordeste do Brasil S.A foi a que mostrou uma maior participação de mercado nas duas formas de cálculo. Ao se considerar passageiros pagos, sua participação é ainda mais acentuada, chegando a participar das quatro empresas com maior participação. As demais também apresentam uma maior participação de mercado ao se considerar passageiros pagos embarcados. A partir disso, a tabela 11 resume os índices de concentração da rodada.

Tabela 11 – Índices de Concentração das concessionárias da quinta rodada considerando passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada

	Passageiros pagos embarcados.	Carga paga embarcada.
C4	68,14%	79,56%
HHI	1654,62	2261,96

Fonte: Elaboração Própria.

O resultado da concentração das quatro empresas com maior participação de mercado por carga paga embarcada ainda evidencia um indício de oligopólio. Entretanto, o resultado por passageiros pagos embarcados de 68,14% só mostra um indício de oligopólio de acordo com Leite e Santana (1998). Já os resultados do HHI por passageiros pagos e por carga paga – mesmo que significativamente maior do que o primeiro - mostram um mercado moderadamente concentrado – o que vai de acordo com o que foi encontrado para a quinta rodada nos cálculos para as empresas.

Caso a Infraero deixe de ser considerada de forma separada e caso passe a compor as concessionárias em conjunto com os acionistas privados em cada consórcio, provavelmente haverá uma diferença nos índices de concentração. Nesse caso, apesar de passar a ter menos agentes no mercado e, portanto, ter mais chances de um mercado mais concentrado, como a participação da Infraero é a maior do mercado, pode haver uma melhor distribuição de sua participação e acabar por acarretar em um mercado menos concentrado. Com um intuito comparativo, a tabela 12 irá mostrar o índice HHI de todas as rodadas ao considerarmos a Infraero como participante dos consórcios e não separadamente.

Tabela 12 – Índice HHI das concessionárias de todas as rodadas considerando passageiros pagos embarcados e carga paga embarcada

	Passageiros pagos embarcados.	Carga paga embarcada.
Segunda Rodada	4171,87	4882,77
Terceira Rodada	2581,96	3952,94
Quarta Rodada	1889,07	3096,34
Quinta Rodada	1562,27	2581,42

Fonte: Elaboração Própria.

Na segunda rodada, o índice HHI considerando a Infraero dentro dos consórcios indica um mercado mais concentrado – em termos de passageiros pagos e carga paga – do que os demais cálculos feitos até então para essa rodada. Já a partir da terceira rodada, o resultado do índice considerando passageiros pagos embarcados apresenta um resultado menor do que o que foi calculado anteriormente. Nesse caso, a partir da quarta rodada o mercado passa de altamente concentrado para moderadamente concentrado – se mantendo na quinta rodada. Já quando se considera carga paga embarcada, os resultados do índice são maiores do que os resultados mostrados para essas rodadas anteriormente e indica um mercado altamente concentrado em todas as rodadas.

5. Considerações Finais

Este trabalho avaliou o grau de concentração de mercado no setor aeroportuário após cada rodada de concessão, desde 2012 até 2019, abarcando os 22 aeroportos concedidos até então. Considerando os cálculos feitos, as concessões aeroportuárias na segunda rodada indicavam um mercado ainda altamente concentrado, situação que se manteve na terceira rodada. Em todos os cálculos, quando a variável de carga paga era utilizada, os resultados eram maiores. Logo, em termos gerais, o mercado de concessões é mais concentrado quando se considera movimentação de cargas, do que de passageiros

Na quarta rodada ainda havia indicativos de oligopólio seguindo todos os critérios apresentados. Isso foi sustentado na quinta rodada para cálculos de carga paga

embarcada, mas em termos de passageiros pagos, apenas seguindo os critérios de Leite e Santana (1998) havia indícios de oligopólio.

Foi percebido que mesmo com diversas mudanças nos consórcios ao longo das rodadas, houve uma diminuição contínua da concentração de mercado à medida que mais aeroportos iam sendo concedidos e mais concessionárias entravam no mercado. E nesse aspecto, os órgãos regulatórios aparentemente foram bem-sucedidos ao determinarem pré-requisitos nos leilões para tentarem impedir a concentração de mercado. Além disso, nesse período, houve aumento nos investimentos privados no setor e já há estudos que mostram maior eficiência na gestão privada dos aeroportos concedidos, em relação aos aeroportos que continuaram sob gestão da Infraero (CASTRO et al., 2019; RESENDE E CALDEIRA, 2020). Nesse sentido, os objetivos de atração de investimentos, maior eficiência e melhoria da infraestrutura aeroportuária buscados pelo governo e pela ANAC parecem ter sido alcançados ao longo do processo.

É importante ressaltar, ainda, que a Infraero tem um grande impacto nesse mercado. Logo, a expectativa de venda de suas participações em aeroportos com grandes movimentações, tanto de passageiros pagos embarcados, como de carga paga embarcada, possui um grande potencial de alterações no mercado. Tais alterações podem ser tanto no sentido de aumentar a concorrência, quanto no sentido contrário, dependendo de quem seja o comprador. A Recuperação Judicial da Aeroportos Brasil também pode resultar em um grande impacto no mercado, caso a relicitação do aeroporto seja feita (INFRAERO, 2019).

A análise de concentração feita neste trabalho não deve ser encarada de forma isolada e sim como uma das características do mercado. Um mercado com um grau moderado de concentração não suscita, necessariamente, características apenas positivas ou negativas. Entretanto, dado um certo grau de concentração e, ainda mais, a possibilidade de venda de parcelas de consórcios que representam uma grande parte do mercado, o papel do regulador se reforça como essencial.

Bibliografia final

ACSA. Company Profile. Disponível em: <https://www.airports.co.za/about-us/airports-company/company-profile>. Acesso em: 13/07/2020.

AENA BRASIL. Sobre nós. Disponível em: <https://www.aenabrasil.com.br/pt/corporativo/sobre-nos.html>. Acesso em: 21/04/2020.

AEROPORTO DE BRASÍLIA. Inframérica. Disponível em: <https://www.bsb.aero/br/o-aeroporto/a-inframERICA/>. Acesso em: 20/04/2020.

AEROPORTO DE GUARULHOS. Fato Relevante. Publicado em: 05/10/2015. Disponível em: http://ri.gru.com.br/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=54605&conta=28&id=217756. Acesso em: 20/04/2020.

AEROPORTO DE NATAL. Dados e Informações. Disponível em: <https://www.natal.aero/br/o-aeroporto/sobre-o-aeroporto/dados-e-informacoes/>. Acesso em: 17/04/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Anuário do Transporte Aéreo. 2019. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/dados-do-anuario-do-transporte-aereo>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Concessões. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>. Acesso em: 05/03/2020. 2020a.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Distribuição de slots ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/slot>. Acesso em: 04/04/2020. 2020b.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Institucional. Disponível em: https://www.anac.gov.br/A_Anac/institucional. Acesso em: 28/03/2020. 2020c.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães. Agência Nacional de Aviação Civil. 2020d.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Dados Estatísticos [Banco de dados]. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/dados-estatisticos/dados-estatisticos>. 2020e.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Consulta sobre Regulação Econômica de Concessões Aeroportuárias. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/Consultasobrerregulaoeconomicadeconcessesaeroporturias_

sextarodada.pdf. Acesso em: 01/02/2020. 2019a.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Bloco Centro-Oeste. Agência Nacional de Aviação Civil. 2019b.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Bloco Nordeste. Agência Nacional de Aviação Civil. 2019c.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Bloco Sudeste. Agência Nacional de Aviação Civil. 2019d.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). ANAC coleta subsídios para revisão da norma de slots em aeroportos coordenados. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2019/anac-coleta-subsidios-para-revisao-de-norma-de-slots-em-aeroportos-coordenados>. Acesso em: 15/07/2020. 2019e.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão. Agência Nacional de Aviação Civil. 2018a.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto Internacional de Guarulhos. Agência Nacional de Aviação Civil. 2018b.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto Internacional de Brasília. Agência Nacional de Aviação Civil. 2018c.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional De São Gonçalo Do Amarante. Agência Nacional de Aviação Civil. 2018d.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto de Florianópolis/Hercílio Luz. Agência Nacional de Aviação Civil. 2018e.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto Internacional de Fortaleza – Pinto Martins. Agência Nacional de Aviação Civil. 2018f.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto Internacional de Porto Alegre – Salgado Filho. Agência Nacional de Aviação Civil. 2018g.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto Internacional Tancredo Neves/Confins. Agência Nacional de Aviação Civil. 2017a.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Contrato de concessão para ampli-

ação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes do Aeroporto Internacional de Campinas. Agência Nacional de Aviação Civil. 2017b.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Decisão No 167 de 20 de setembro de 2017. Publicada em: 2017. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/aceso-a-informacao/reunioes-da-diretoria-colegiada/reunioes-deliberativas-da-diretoria/2017/18a-reuniao-deliberativa-da-diretoria/00058-515842-2017-52-extrapauta/decisao-no-167-de-20-de-setembro-de-2017>. Acesso em: 20/04/2020. 2017c.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Relatório-Processo: 00058.048130/2016-33. Publicada em: 12/01/2017. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/aceso-a-informacao/reunioes-da-diretoria-colegiada/reunioes-deliberativas-da-diretoria/2017/12a-reuniao-deliberativa-da-diretoria/00058-048130-2016-33/relatorio>. Acesso em: 20/04/2020. 2017d.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução n.338/2014. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes_2014/resolucao-no-338-de-22-07-2014-1. Acesso em: 15/07/2020. 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS (ABEAR). Panorama 2015: o setor aéreo em dados e análises. 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Panorama 2018: o setor aéreo em dados e análises. 2019.

BH AIRPORT. A concessão. Disponível em: <https://site.bh-airport.com.br/SitePages/pt/bh-airport/concessao.aspx>. Acesso em: 20/04/2020. 2020.

CASTRO, M.B; CUNHA, D.A; BERTUSSI, G.L.; ANDRADE, M. A efetividade das concessões de aeroportos no Brasil. First International Conference of the Third Sector: Management and Accounting Issues, Brasília, UnB, 2019.

CONCESSIONÁRIA AEROPORTO RIO DE JANEIRO (CARJ). Demonstrações financeiras de 2017 acompanhadas do relatório do auditor independente. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/galeao/documentosrelacionados/07demonstracoes-financeiras/2017/@@download/file/GIG%202017.pdf>. Acesso em: 06/04/2020. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração n. 08012.009497/2010-84. Relator: Conselheiro Olavo Chinaglia. Brasília. J. em: 14/12/2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Análise de Atos de Concentração Horizontal (guia). Versão preliminar. 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Pedido de Autorização Precária e Liminar no Ato de Concentração 08700.007756/2017-51. Publicado em: 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO_FplmV-GALKNmNOBELACyxrdsxf5dl0XfqYooAd0eUuysZV_eja9BzfTay_At3qKHHQujP6CyvNY-bquGXAPGz. Acesso em: 20/04/2020.

CORPORACIÓN AMÉRICA. Corporación América Internacional. Disponível em: <https://>

corporacionamerica.com/. Acesso em: 21/04/2020.

FLORIPA AIRPORT. Zurich Airport. Disponível em: <https://floripa-airport.com/sobre-o-grupo.html>. Acesso em: 21/04/2020.

FORTALEZA AIRPORT. A Fraport. Disponível em: <https://fortaleza-airport.com.br/pt/institucional/a-fraport>. Acesso em: 21/04/2020.

INFRAERO. **Infraero estuda formas para vender participações em aeroportos concedidos. 2019.** Disponível em: <https://www4.infraero.gov.br/imprensa/noticias/infraero-estuda-formas-para-vender-participacoes-em-aeroportos-concedidos/#>. Acesso em: 13/04/2020.

INFRAERO. **Sobre a Infraero.** Disponível em: <https://transparencia.infraero.gov.br/sobre-a-infraero/>. Acesso em: 20/04/2020.

INVEPAR. Quem Somos. Disponível em: <http://www.invepar.com.br/www.invepar.com.br/showbac.html?idMateria=kBqP7lgXSKUw5GhHlWfqFA==>. Acesso em: 21/04/2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Produto Interno Bruto. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 23/11/2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Serviços. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/servicos.html>. Acesso em: 04/04/2020.

KASCHNER, B.M. Concessão de Aeroportos em Blocos: A Experiência Internacional e o Caso Brasileiro. Rio de Janeiro: UFRJ/ Escola Politécnica, 2019.

LEITE, A; SANTANA, E. Índices de concentração na indústria de papel e celulose. Enegep. 1998.

MACHADO, B. et al. **A evolução Recente do Modelo de Concessão Aeroportuária sob Ótica da Financiabilidade.** BNDES Set. Rio de Janeiro. V.25, n.50, p. 7-65. 2019.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL, Portaria n. 135, de 28 de março de 2017.

MUSSOLINI, C. C.; TELES, V. K. **Infraestrutura e produtividade no Brasil.** Revista de Economia Política, São Paulo, v. 30, n. 4 (120), p. 645-662, out./dez 2010.

NOVA PARTICIPAÇÕES. História. Disponível em: <http://www.novaparticipacoes.com/historia/>. Acesso em: 21/04/2020.

OLIVEIRA, G. A. S. **Indicadores de concorrência. Versão Pública.** Documentos de trabalho do Departamento de Estudos Econômicos do Cade. N. 001. 2014.

PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTO. Aeroportos nas Regiões Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/aeroportos-nas-regioes-nordeste-centro-oeste-e-sudeste-14-aeroportos>. Acesso em: 16/03/2020.

RESENDE, C.; CALDEIRA, T. Privatization of Brazilian airports: a synthetic control approach. Economics Bulletin, Volume 40, Issue 1, pages 743-757, 2020.

SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL (SAC). Plano Aeroviário Nacional 2018 - 2038: objetivos,

necessidades e investimentos. 2019a.

SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL (SAC). Relatório de Desempenho dos Aeroportos. 2019b.

SHEPHERD, W. G.; SHEPHERD, J. M. **The economics of industrial organization**. 5ed. Long Grove: Waveland Press. 2004.

SOCICAM. Aeroportos. Disponível em: <https://www.socicam.com.br/aeroportos/?la=br>. Acesso em: 21/04/2020.

TEIXEIRA, C. P; TUROLLA, F.A.; OLIVEIRA, A.V. **As mudanças recentes e as perspectivas para o setor aeroportuário**. In: Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes. Organizador (es): Armando Castelar Pinheiro, Cláudio Roberto Frischtak, 2014.

TIMM, Luciana Lauser. **Regulação, Concentração de Mercado e Participação Externa: O Caso das Concessões Rodoviárias Brasileiras**. Trabalho de Conclusão de Curso – Departamento de Economia da Universidade de Brasília. 2016.

VINCI AIRPORTS. At a glance... International global player in the airport sector. Disponível em: <https://www.vinci-airports.com/en/at-a-glance>. Acesso em: 21/04/2020.

VIRACOPOS. A concessionária. Disponível em: http://viracopos.com/pt_br/institucional/a-concessionaria.htm. Acesso em: 20/04/2020.

YOSIMOTO, V. et al. **A lógica atual do setor aeroportuário brasileiro**. Revista do BNDES 45. 2016.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

THE PREVALENCE OF THE MONTREAL CONVENTION AFTER THE 2017 STF DECISION; WHAT ABOUT JURISDICTION?

A PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO DE MONTREAL APÓS A DECISÃO DO STF 2017; QUE ACONTECE COM A JURISDIÇÃO?

Recebido: 13/10/2020

Aceito: 24/04/2021

Delphine Defossez

Lecturer in law, Northumbria University, U.K.;
LL.B. in European Law, Maastricht University, The Netherlands;
LL.M. in Comparative European and International Law,
European University Institute, Italy; LL.M. in International
Commercial and Maritime Law, Swansea University, U.K;
Ph.D., Universidade de Brasília, Brazil.

E-mail: md.defossez91@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-7285-0491>

Janny Carrasco Medina

Postdoctor in Social Justice and Inequality in Latin America
from the Universidade de Brasília, UnB.

Post-Graduate Professor at the Pontifícia Universidade
Católica de Minas, PUC-MG.

PhD in International Law from the Universidade de Brasília, UnB.
Assistant Professor at Marta Abreu Las Villas Universidad, Cuba.

Master in Higher Education from the Universidad Marta Abreu Las Villas, Cuba.

Law Degree from Marta Abreu Las Villas Universidad, Cuba

. Email : jannycarrasco83@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-2183-9182>

RESUMO

Este artigo analisa os possíveis impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2017, que encerrou a disputa de longa data sobre a prevalência da Convenção de Montreal sobre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), na jurisdição. Na verdade, a Convenção de Montreal contém um artigo que regula a jurisdição em caso de atraso (artigo 33 (1)) e morte ou lesão corporal (artigo 33 (2)). Esta disposição está essencialmente em consonância com o artigo 21.º do Novo Código de Processo Civil (CPC). No entanto, em algumas situações, pode ocorrer um conflito. O artigo primeiro analisa a decisão e, em seguida, os conflitos entre o Artigo 33 de Montreal e o Artigo 21 do CPC. Em seguida, analisa várias interpretações do Artigo 33 em todo o mundo e o conceito de fórum non conveniens. Conclui que os conflitos poderiam estar presentes apenas na teoria, uma vez que algumas interpretações do artigo 33 estariam em linha com a forma como os tribunais brasileiros já decidem os casos.

Palavras-chave: Convenção de Montreal ; Novo CPC ; CDC ; Jurisdição ; Julgamento STF

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

This article analyses the possible impacts of the 2017 Brazilian Supreme Federal Court (STF) decision, which put an end to the long-standing dispute regarding the prevalence of the Montreal Convention over the Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), on jurisdiction. Indeed, the Montreal Convention contains an article regulating jurisdiction in case of both delays (Article 33(1)) and death or bodily injury (Article 33(2)). This provision is mostly in line with Article 21 of the Novo Código de Processo Civil (CPC). However, in some situations a conflict might occur. The article first analyses the decision and then the conflicts between Article 33 Montreal and Article 21 CPC. It then looks at various interpretations of Article 33 around the world and the concept of forum non conveniens. It concludes that the conflicts might only be present in theory, as some interpretations of Article 33 would be in line with the manner Brazilian courts already decide cases.

Keywords: Montreal Convention; New CPC; CDC; Jurisdiction; STF judgment

1. Introdução

The 2017 Brazilian Supreme Federal Court (STF) decision puts an end to the long-standing dispute regarding the prevalence of the Montreal Convention over the Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC). While the STF decision is a victory, it is not a complete one. Indeed, the eleven ministers unanimously ruled that moral damages should not be subject to any limit which is not in line with the Convention's wording as moral damages are excluded from the Convention altogether.

This decision also raises other questions and potentially creates another problem; jurisdiction. Indeed, the Montreal Convention does not only tackle air carriers' liability, it also contains a provision on jurisdiction. With the recent STF judgment, one can wonder whether, in the Brazilian legal system, the Convention will be prevailing over national laws as a whole or whether the judgment will only remain applicable to the CDC. As such the discussion is whether international law should prevail over national law¹ or not and whether the STF judgment was one of a kind that should stay this way.

Up until now, Brazil assumed a broad jurisdiction in consumer cases², with cases being resolved in Brazil while the connecting factors pointing to another country. According to Article 21 Novo Código de Processo Civil (CPC), Brazilian courts have jurisdiction if (I) the person is domiciled in Brazil, (II) the place of performance is in Brazil or (III) the

1 BRASIL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº1.480-DF (1997), 1997.

2 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Diário Oficial da União. [hereinafter Novo CPC]. Artigo 22(II).

place of the occurrence of the damage is in Brazil³. Article 22(II) establishes that in relation to consumers, Brazilian assumes jurisdiction if the consumer has his domicile or residence in Brazil. For instance, a Brazilian, residing in Italy, encountering a delay on an Alitalia flight from Rome to Florence due to a strike in Italy could still claim in Brazil if he is domiciled in Brazil⁴. However, according to Article 33(1) of the Montreal Convention, “An action for damages must be brought, at the option of the plaintiff, in the territory of one of the States Parties, either before the court of the domicile of the carrier or of its principal place of business, or where it has a place of business through which the contract has been made or before the court at the place of destination.” Applying the 2017 STF judgment by analogy, the Montreal would prevail and, therefore, the jurisdiction of Brazilian courts will be restricted in case the airlines does not have its place of business in Brazil. For instance, in the Alitalia example given above, if Alitalia does not have its place of business in Brazil, passenger X could only bring his case in Italy.

If the analogy is accepted, the STF judgment could, therefore, change more than just the relationship with the CDC. While the CDC and the Novo CPC have similar legal basis, the Novo CPC has been enacted much later than the CDC and after the Montreal was ratified. Consequently, courts might refuse to apply the Convention coupled with the STF judgment on the ground that the Novo CPC is a more recent norm, despite Article 13 CPC which establishes that the procedural norms in a treaty prevails. In most cases, Articles 33(1) Montreal and 21 CPC would give similar outcomes. However, in some situations, the Brazilian approach could lead to forum shopping; for instance, a Brazilian, residing temporarily in Sweden but maintaining his domicile in Brazil, traveling from Stockholm to Brussels with Brussels Airlines could still claim under Brazilian law according to Article 46 CPC⁵. Brazilian law differentiates domicile from residence; the domicile is where a person usually exercises his legal acts while the residence is where the person lives⁶.

This article first discusses the 2017 STF decision and its possible effects on jurisdiction. It then analyses the interpretations of courts around the world regarding Article 33 of the Montreal Convention. This analysis will demonstrate that the only real conflict

3 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Diário Oficial da União. O Artigo 21 dispõe in verbis:

Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

4 BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Diário Oficial da União. Artigos 21 and 46.

5 A person can have various domicile according to Article 71 of the Law 10.406. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União. Artigo 70-. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Artigo 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

6 DENIZ, Maria Helena. Curso De Direito Civil Brasileiro - Vol. 1 - 38ª Edição 2021: Volume 1.

between Articles 21 CPC and 33 Montreal could be circumvented by Brazilian courts by following a specific interpretation found in Italy and the US. Finally, the role of forum non conveniens in general and in the Brazilian legal system in particular could have in these cases.

2. STF decision

Although Brazil is a party⁷ to both the Warsaw⁸ and the Montreal Conventions, Brazilian courts have in the past regularly avoided the application of the Convention regimes where such provisions granted less extensive protections than national law, especially the Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC). One of these conflicts is linked to the fact that both Conventions established a fault-based system of responsibility while CDC establishes a strict and unlimited liability regime⁹. The burden of proof is on the service provider invoking one of the exemptions, namely that the fault is solely due to the passenger or that there is no defect on the side of the service provider¹⁰. Surprisingly, the CDC does not refer to force majeure or Act of God, adopting a similar system to maritime or road conventions¹¹. This omission is in direct contradiction with the “extraordinary circumstance” embodied in both the Warsaw and Montreal Conventions, and widely used under the European Regulation¹². This omission renders the CDC stricter than the other systems.

Despite the existence of a specific federal agency with its own rules to govern civil aviation, the services rendered by airline companies are made subject to the CDC. Be-

7 BRASIL. Decreto No. 5.910, de 27 de Setembro de 2006, Diário Oficial da União.

8 IATA. **Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air**, opened for signature Oct. 12, 1929, 137 L.N.T.S. 11, 49 Stat. 3000 (entered into force Feb. 13, 1933) [hereinafter Warsaw Convention].

9 BRASIL. Lei No. 8.078, de 11 de Setembro de 1990, art. 14, Diário Oficial da União. [hereinafter CDC]. O Artigo dispõe in verbis : O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre a fruição e risco.

10 I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; ou II - a culpa é exclusiva do consumidor ou do terceiro.

11 The same exclusions exist in the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, opened for signature May 19, 1956, 399 U.N.T.S. 189, as amended by Protocol to the CMR, opened for signature July 5, 1978 [CMR], 1208 U.N.T.S. 427; International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, opened for signature Aug. 25, 1924, 120 L.N.T.S. 155 [The Hague Convention], and the Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, opened for signature Feb. 23, 1968, as amended, 1412 U.N.T.S. 127 [The Hague-Visby Convention], all of which deal with the carriage of goods.

12 IATA. **Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air**, opened for signature Oct. 12, 1929, 137 L.N.T.S. 11, 49 Stat. 3000 (entered into force Feb. 13, 1933). Artigo 20; IATA. The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, opened for signature May 28, 1999, Artigos 19 & 20. [hereinafter Montreal Convention].

cause the CDC reiterates the principles of integral refund, moral damages, and objective responsibility – which, along with principles of economic order, are rooted in the Brazilian Constitution¹³ – the Code was considered the exclusive law applicable to consumers' cases. The main argument for the use of the CDC rather than the Warsaw Convention was that the Convention was appropriate for its time but does not fit modern reality. The objective of the Convention is predominantly economic, which was fundamental for the development of civil aviation, while the objective of the CDC is the protection of consumers. Therefore, the two instruments have different objectives, leading to the CDC being more appropriate to regulate cases involving consumers¹⁴.

Similarly to the situation with the Warsaw Convention, the Brazilian judiciary long established the prevalence of the CDC over the Montreal Convention. Even though the Montreal Convention entered into force after the CDC and is a more specific law, the Brazilian judiciary took a constitutional approach resulting in the prevalence of the CDC. However, in May 2017, the appeals brought by Air France and Air Canada were decided by the Brazilian STF, which came to the conclusion that the Conventions prevail in cases involving international carriage by air¹⁵. Minister Rosa Weber noted that the failure to apply the Conventions would prejudice the market, create judicial uncertainty, and increase prices to the detriment of consumers¹⁶. This means that claims arising from international carriage by air must be brought within two years of the event rather than the five years allowed by the Consumer Code.

The decision is, however, not a complete victory for the Conventions, as the eleven ministers unanimously ruled that moral damages should not be subject to any limit. Indeed, Article 22 CDC imposes a certain threshold on companies that offer public services, with airlines definitely falling within this category¹⁷. On top of that threshold, if the company fails to meet the required standards, it is under the obligation to fully and integrally compensate the consumer for both material and non-material damages¹⁸. This obligation exemplifies the compensation culture that exists in Brazil and was initially embodied in the CDC to “protect the dignity of the ordinary citizen, against so-called powerful

13 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional No. 9, de 9 de Novembro de 1995, Lex, Legislação Federal e Marginália, v. 59, p. 1966, out./dez. 1995. Artigos 5 XXXII e 170 v.

14 REBELLO PINHO, Rodrigo César. Ministério Público do Estado de São Paulo, O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. 12 June 2006. Disponível em: <http://feeds.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1207200605.htm>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

15 BRASIL. Rosolem v. Société Air France, S.T.F., Ap. Civ. No. RE 636.331/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, 25.05.2017.

16 Id. at 66.

17 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n  8.078 de 11 de setembro de 1990. Artigo 22 Os   rg  os públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

18 Id. art. 6(VI).

corporations and other institutions”¹⁹. Over the years, the initial aim was lost, resulting in the normalization of any awards for moral damages, which today are granted even for simple breaches of contract. However such interpretation goes against Article 29 of the Montreal Convention which clearly establishes that non-compensatory damages are not recoverable.

Furthermore, Articles 25 and 51 CDC greatly restrict any limitation of liability that the carrier could have tried to invoke. Article 51 also renders void no-show clauses²⁰. The CDC creates a balance between the parties but contrary to the situation in the European Union, this balance favors the consumer. Indeed, Article 39 of the CDC prohibits any situation that leaves the consumer in excessive disadvantage. Therefore, if any alteration to the flight occurs before the check-in time, the airline must contact the passengers by all possible means available, such as e-mail, company website, and telephone contact. In order to avoid falling within the prohibition of Article 39, airlines are required to seek confirmation that passengers had knowledge of the alteration. Passengers may refuse the alteration to their flight. The position of Brazilian law is that the contract previously established had been altered and therefore the customer has a right to refuse the changes. Similarly, if the passenger feels that the alternative is not viable, he/she could refuse the changes and start a compensation action for both material and moral damages. Of course, most of these cases are negotiated with the airline or sent for administrative adjudication to the National Agency of Civil Aviation (ANAC) and never reach the court system. When one does, the courts are even harsher than the CJEU and tend to fine companies much greater amounts than in Europe.

This decision consolidates the theory that airline lawyers in Brazil have been advocating for years: to balance two protections, Articles 5 XXXII and 178 of the Brazilian Constitution. Although this decision tries to make these two protections compatible – with the Supreme Tribunal noting in the Air France case that “consumer protection is not the sole directive that frames the economic order nor the sole constitutional imperative that must be observed by the law maker” – these two principles are per se incompatible due to the highly protective strict liability rules of the CDC and the compensation cultu-

19 MACARA, Peter; LIMA, Alexandre. **The Brazilian Supreme Court Upholds the Application of the Warsaw and Montreal Conventions**, *Air & Space Law*, vol. 43, 505–514, 2018, 507.

20 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº8.078 de 11 de setembro de 1990. Artigo 6 São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Artigo 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Artigo 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis .

re existing in Brazil. To find compatibility between these two norms, several STF judges have expressly noted that the right to award non-economic damages is not precluded by the Convention limits, meaning that Brazilian courts will still award moral damages for pain, discomfort, inconvenience, suffering, or stress. While Brazil will be more in line with international practice, the possibility of awarding non-economic damages on top of the damages provided by the Conventions partially safeguards the compensation culture in Brazil. The compensation culture in Brazil flows from Articles 159 and 186 of the Civil Code in conjunction with a broad interpretation of Article 5X of the Brazilian Constitution. Indeed, Article 5, X, of the Constitution refers to moral damages in cases of violation of human dignity, privacy, intimacy, or honor²¹.

In a similar manner, Judge Barroso indicated that “if we determined that the Warsaw Convention leaves the consumer wholly exposed, then, yes, I think we would have to declare the Convention unconstitutional,” which demonstrates the unwillingness of the Court to leave a consumer defenseless, even if this defenselessness is due to his own actions, such as in the case of *Air Canada*²².

This decision is a step toward a more “conventional” application of the Conventions, which will allow airlines to rely on defenses that were not available under the supremacy of the CDC. As previously recognized by both the STF and the Brazilian Superior Court (STJ), this decision would have general relevance to over 400 cases and it can be expected that this decision will open the floodgates²³. At the same time, the reluctance of the Court to give up non-economic damages affords an additional protection, which seems unreasonable regarding checked bags and controversial regarding delay, but which also means that Brazilian passengers will never experience the difficulties of recovering psychological damages in cases of bodily injury. The compensation culture was facilitated in the 1990s by the establishment of a small claims court system with low access costs. As Macara and Lima noted in relation to moral damages: “In claims against airlines, the situation was exacerbated by the view (often held by the Brazilian judiciary) that air travel is a special experience for most people, often connected with an important business or family event, or a well-earned holiday. This resulted in moral damages habitually being awarded for all types of claims by passengers, including even minor delays”²⁴.

Lower courts will have to follow this new precedent according to the new Brazilian procedural code. This will bring relief to airlines flying international routes to and from

21 CREMONEZE, Paulo Henrique. Dano Moral: **Quantificação da Indenização Segundo a Doutrina do “Punitive Damage,”** JUS.COM.BR. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18529/dano-moral-quantificacao-da-indenizacao-segundo-a-doutrina-do-punitive-damage>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

22 Both the Warsaw and the Montreal Conventions grant a time limit of two years for the passenger to act, after which any claims would normally be time-barred. However, the obiter of Judge Barroso makes it possible for the time limit of the CDC, five years, to still be applied.

23 MACARA, Peter; LIMA, Alexandre. **The Brazilian Supreme Court Upholds the Application of the Warsaw and Montreal Conventions,** *Air & Space Law*, vol. 43, 505–514, 2018, at 506.

24 *Id.* at 507.

Brazil as well as their insurers. Indeed, the CDC gives Brazilian judges jurisdiction to hear any case involving a Brazilian consumer, even if all the elements tend to favor another jurisdiction, according to Article 1. Unfortunately, the judgment does not resolve the high moral damages awards which are regularly made in addition to the limits established by the international Conventions and which substantially increase the amount of damages. The reason for maintaining the status quo on moral damages seems to flow from the fact that the Conventions do not provide any right to moral damages, while such right is enshrined in Brazil's Federal Constitution.

This approach makes Brazil a very attractive forum compared to Europe for instance. Brazilian living in Europe might start litigation in Brazil even if the connecting factors point to another jurisdiction as occurred in a 2018 case²⁵. Latam was condemned to compensate a couple who missed their New Year's Eve celebration with their family because of a delay. They were granted R\$ 20.000 (more or less 4600 euro) by the 24 Chamber of the SP first instance tribunal for a 19-hour delay. The couple travelled from London to Florianopolis on the 30th of December. From the facts of the case, it is not clear whether the couple really lives in Brazil, as the tickets in question were brought in Europe. While Latam is not subject to the EU Directive 261/2004, both were valid fora with Brazil being more generous than the UK in damages.

3. Article 33 Montreal vs Article 21 CPC

Since the STF ruled in favour of the application of the Montreal and Warsaw Conventions over the CDC, it could also mean that the provisions on jurisdiction contained in the Montreal Convention will prevail over the Novo Código de Processo Civil (CPC). One major difference between the CDC and the Novo CPC is that the latest entered in force after the Montreal Convention was ratified. This could be an argument to set aside the STF judgment and the Montreal Convention to continue applying the CPC. If, on the contrary, the judgment and the Convention prevails, following the application of Article 46 CPC, then depending on the interpretation given to Article 33 Montreal, the Convention might be incompatible with the CPC and would limit the broad jurisdiction assumed by Brazilian courts.

Article 33 of the Montreal Convention provides treaty jurisdiction for claims falling within Montreal's liability provisions and, therefore limits the fora in which the plaintiff may bring an action. It incorporates the original four jurisdictions of Article 28 Warsaw

25 BRASIL. Acórdão, 2017.000098416/SP, jul.14/12/2017.

Convention. Therefore, claims for damages under Article 33 MC can be brought in four different jurisdictions at the option of the plaintiff; 1) the domicile of the carrier, 2) carrier's principal place of business, 3) where the contract of carriage was made and carrier has a place of business, and finally 4) the destination. The place of residence is recognised as an option only in case of death or injury of the passenger, Article 33 (2). One obvious reason for such provision is to avoid conflicts of jurisdictions²⁶. As Mendelsohn and Lieux already pointed out regarding Article 28 of the Warsaw Convention, "these sites are all carrier-oriented, rather than plaintiff-oriented"²⁷. This approach runs contrary to the Brazilian approach which is overly plaintiff-oriented.

According to Article 21 Novo CPC, Brazilian courts have jurisdiction if (I) the person is domiciled in Brazil, (II) the place of performance is in Brazil or (III) the place of the occurrence of the damage is in Brazil. In theory, therefore, the STF judgment could mean that the jurisdiction of Brazilian courts will be restricted in case the airlines does not have its place of business in Brazil. For example, Brussels Airlines does not have its place of business in Brazil, therefore, in the situation of a Brazilian living outside Brazil and wanting to claim under Brazilian law, Brazilian courts would not have jurisdiction over the matter.

The main clash between Articles 33 Montreal and 21 CPC would be when all the factors point toward another jurisdiction, except the domicile of the plaintiff. In these situations, under the Montreal Convention, Brazil would not have jurisdiction while under the CPC it would. For instance, a Brazilian, residing temporarily in Sweden but maintaining his domicile in Brazil, traveling from Stockholm to Paris could still claim under Brazilian law just because he is domiciled in Brazil. In these situations, the willingness of Brazilian courts to declare themselves competent could result in further court proceedings to determine jurisdiction. This is especially true as Brazilian courts often are more generous in compensation, to the dislike of airlines²⁸.

This approach is exemplified in a 2018 case; a couple travelled from London to Florianopolis to spend New Year's Eve with their family. In addition to all the connecting factors pointing toward the UK, it seems that the couple was in fact domiciled in the UK and not in Brazil at the time of the lawsuit²⁹. For instance, the tickets in question were brought in Europe. This did not stop the 24 Chamber of the SP first instance tribunal to condemn Latam to compensate R\$ 20.000 (more or less 4600 euro) for a 19-hour delay. The main reason they could bring such claim is Article 46 CPC, which allows claimants

26 DEMPSEY, Paul S.; MILDE, Michael. **International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999**, McGill University Centre for Research in Air & Space Law, 2005, p. 217

27 MENDELSON, Allan I.; LIEUX, Renee. **The Warsaw Convention Article 28, the Doctrine of Forum Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff**, *Journal of Air Law and Commerce*, vol 68, 75-113, 2003, p.79

28 DEFOSSEZ, D. **I wish my mum was Brazilian: The regulation of passenger liability in the EU and Brazil**, *Issue in Aviation Law and Policy*, vol. 18, 2019

29 BRASIL. Acórdão, 2017.000098416/SP,jul.14/12/2017.

with various domicile to choose where to claim, resulting in forum shopping.

By possibly disregarding Article 33, Brazilian courts will, yet again not comply with international norms. However, it seems that in practice Article 33 has been subject to interpretation by courts around the world, with some interpretations in line with the tendency of the judiciary in Brazil. Consequently, the clash between Articles 33 Montreal and 21 CPC might only be a theoretical one.

4. Interpretation of Article 33 around the world

Article 33 of the Montreal Convention has been subject to interpretation by courts around the world. For instance, a US judgment maintained that ‘the place of destination’ should be interpreted in the same manner as it was under Article 28(1) of the Warsaw Convention; in a round trip, the place of destination is the same as the place of origin³⁰. In a 2018 Argentinian case, the judge took a more restricted approach to the place of destination. The court dismissed the lawsuit on the basis of Article 33. Interestingly, the judge held that the Montreal Convention took precedence over the Argentinian Consumer Protection law, which provides jurisdiction as does the CDC³¹.

In 2018, the Court of Justice of the European Union, following the reasoning of the Advocate General, establishes that the Convention not only establish jurisdiction at international level but also jurisdiction within a State³². In 2015, the Court already noted that Article 33 constitute a *lex specialis* and therefore, would prevail over the then Brussels I Convention³³.

One of the major points of contention is the concept of ‘place of business through which the contract has been made’, especially in an online setting. In 2018, a court in Quebec, sticking to the wording of the Convention, rejected the argument that the place of business could be where the tickets were brought³⁴. “The court held that it would be a misinterpretation of Article 33(1) to hold that the location of a personal computer should

30 USA. *Baah v. Virgin Atlantic Airways Limited*, 2007 WL424993 (S.D.N.Y. 2007); *Klos v. Polskie Linie Lotnicze*, 133 F.3d 164, 167-8 (2d Cir. 1997); *In re: Air Crash at San Francisco, California*, on July 6, 2013, 2017 WL 3484643 (August 14, 2017)

31 FREIDENBERG, Elizabeth Mireya. Federal court dismisses passenger claim based on Article 33 of Montreal Convention. Feb. 2019. Disponível em: <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Aviation/Argentina/Freidenberg-Freidenberg-Lifsic/Federal-Court-dismisses-passenger-claim-based-on-Article-33-of-Montreal-Convention#Decision>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

32 EU. Case C-213/18, *Adriano Guaitoli and others v easyJet Airline Co. Ltd*, ECLI:EU:C:2019:927, para 51.

33 EU. Case C-240/14, *Eleonore Prüller-Frey v Norbert Brodnig, Axa Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2015:567.

34 CANADA. *Charbonneau et al v Scoot Pte Ltd* 2018 QCCQ 1645.

be a place of business through which a contract was made”³⁵. Similarly, in *Noble Caledonia Ltd v Air Niugini Ltd*, a UK court ruled that the airline was not “carrying on its activities” in England by virtue of having an agreement with a local agent, upon whom a claim was served.

In 2019, the Italian Supreme Court ruled that ‘place of business through which the contract has been made’ must be understood broadly and not be restricted to the location of the server used to buy a ticket. The court was of the opinion that otherwise it would create uncertainty and would, therefore, not be consistent with the Convention’s intentions. Indeed, it would be difficult, if not impossible, for passengers to know where the server is based³⁶. Consequently, Article 33 has to be interpreted, so that in online purchases, the place of business corresponds to the place where the purchase order is made and the payment is likely to have taken place, which, in the Court’s opinion, is the domicile of the passenger³⁷. This position was reaffirmed by the Supreme Court in February 2020³⁸. Latvian courts follow a similar approach by constructing the term ‘place of business through which the contract has been made’ to cover both physical and online business, operated either by the carrier itself or its agent or representative³⁹.

In the 2020 case, the Court, when establishing the relationship between Article 33 and EU Regulation 261/2004, established that “in the matter of international air carriage of persons, the jurisdiction on a claim compensation and damage reimbursement for flight cancellation, shall be deemed under Art. 33 of the Montreal Convention of 1999 criteria (ratified and in force in Italy with Law 12/004) even if the air carriage contract provides for a prorogation of jurisdiction. It is because Montreal Convention shall apply to all the hypothesis of delay during the execution of the transport contracts from the departure to the final destination [thus including the hypothesis of delays listed in EC Reg. 261/04]”⁴⁰. This judgment confirms the supremacy of the Convention. The Court also ruled that “in such cases the Court at the place of destination or at a place of air carrier business throu-

35 CMS. Aviation: e-ticketing jurisdiction under the Montreal Convention 1999. 19 June 2018. Disponível em: <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2018/06/aviation-eticketing-jurisdiction-under-the-montreal-convention-1999>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

36 PADOVA Roberto; BRICCHI, Gabriele; SECCHIAROLI, Lucia. **Italian Supreme Court on Art.33 of Montreal Convention. Jurisdiction Criteria under EC261/2004 and Air Carrier General Terms and Conditions**. May 2020. Disponível em: <https://www.expertguides.com/articles/italian-supreme-court-on-art-33-of-montreal-convention-jurisdiction-criteria-under-ec2612004-and-air-carrier-general-terms-and-conditions/argmoegf>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

37 ITALY. Order No 18257/2019.

38 ITALY. Order No 3561/2020.

39 MEKONS, Ivars. **Liability for international air carriage of passengers in Latvia**. December 2019, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0449b4d5-75df-44d8-8542-b98ae66837c5>. Acesso em: 24 Janeiro 2021

40 PADOVA Roberto; BRICCHI, Gabriele; SECCHIAROLI, Lucia. **Italian Supreme Court on Art.33 of Montreal Convention. Jurisdiction Criteria under EC261/2004 and Air Carrier General Terms and Conditions**. May 2020. Disponível em: <https://www.expertguides.com/articles/italian-supreme-court-on-art-33-of-montreal-convention-jurisdiction-criteria-under-ec2612004-and-air-carrier-general-terms-and-conditions/argmoegf>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

gh which the contract has been made are competent. In case of online ticket purchase, the Joint Chambers of the Supreme Court confirmed that this latter place is the domicile of the passengers, where the latter received confirmation from the air carrier that their request to purchase a ticket has been accepted”⁴¹. In light of this interpretation, in the case of a Brazilian living in Sweden, if he did not change his domicile to Sweden, then relying on this interpretation⁴², Brazilian courts will have jurisdiction.

5. *Forum non conveniens* in Brazil

Article 33 establishes that the choice of forum is “at the option of the plaintiff”. However, this sentence does not give the plaintiff an absolute right to decide which court will hear the case. In fact, airlines have the right, depending on the law of the forum, to challenge jurisdiction and venue⁴³. While there has been discussion about the best interpretation in the US, it seems that courts agree that the intention of the Convention has never been to alter a country’s forum selection process⁴⁴. This claims seems substantiated by Article 33(4) stipulates that the questions of procedure are governed by the law of the court seized. As a result, the doctrine of *forum non conveniens* plays, in various countries, an important role in the interpretation and application of Article 33.

The doctrine of *forum non conveniens*, is a common law doctrine⁴⁵, which aims at preventing plaintiffs from choosing an inconvenient forum “when some significantly more convenient alternative forum exists”⁴⁶. The rationale of the rule “was to stop a vindictive plaintiff deliberately harassing a defendant through legal action in a remote and inconvenient location. Since taking a company to court in its own country could not amount to harassment, local corporations had no escape from their home courts under the traditional rule”⁴⁷. The US Supreme Court established the test in *Piper Aircraft Co. v. Reyno*⁴⁸, namely “(1) that an adequate alternative forum is available; (2) that relevant public and private interests weigh in favor of dismissal; and (3) that the plaintiff can

41 Id.

42 While this interpretation will never be binding in Brazil, Brazilian judiciary could use it as an example and could follow a similar reasoning

43 MENDELSON, Allan I.; LIEUX, Renee. **The Warsaw Convention Article 28, the Doctrine of Forum Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff**, Journal of Air Law and Commerce, vol 68, 75-113, 2003, p.80-81

44 USA. In re Air Crash Disaster Near New Orleans, La. on July 9, 1982, 821 F.2d 1147, 1161 (5th Cir. 1987); USA. Pan American World Airways, Inc. v. Lopez, 490 U.S. 1032 (1989); USA. Nolan v. Boeing Co., 919 F.2d 1058, 1068-69 (5th Cir. 1990)

45 It first appears in Scottish law. See: MAAG, Gordon E. Forum Non Conveniens in Illinois: a Historical Review, Critical Analysis, And Proposal For Change. S. ILL. U. LJ., vol. 25, 461, 2001, 463

46 LEWIS, Melinda R. **The Lawfare of Forum Non Conveniens: Suits by Foreigners in U.S. Courts for Air Accidents Occurring Abroad**, Journal of Air Law and Commerce, vol. 78, 320-354, 2013, p. 327

47 PETER PRINCE, **Bhopal 20 years on: forum non conveniens and corporate responsibility, Law and Bills Digest Section**, 8 February 2005

48 USA. Case 454 U.S. 235 (1981).

reinstate his suit in the alternative forum without undue inconvenience or prejudice”⁴⁹. José Alberto Silva notes that the decision of judges in the US to invoke *forum non conveniens* rests on two assumptions: it is not convenient to continue the process in the US and there is another alternative forum that is more convenient to resolve the dispute⁵⁰.

There have been various cases in the US, where the US courts dismissed a case on ground of *forum non conveniens*⁵¹. For instance, in the TAM runaway accident, where the plane crashed into a warehouse and fueling station, killing all 187 passengers and crew and 12 ground personnel, the Eleventh Circuit Court of Appeals dismissed the case on the basis of *forum non conveniens*. Even though one of the victims resided in the US, and therefore according to Article 33(2), the Florida court was an adequate forum, the Court of Appeals ruled that Brazil was the most adequate forum. While the doctrine of *forum non conveniens* has been helpful to avoid multiple litigations in case of air collision, in Brazil the STJ has ruled that this principle is not available in Brazil⁵².

As noted above, *forum non conveniens* is Common law concept, it raises the question as to whether this concept has an equivalent in legal systems of the Romano-German tradition. by analogy, *forum non conveniens* is equated to the declining jurisdiction. Although both concepts approach the waiver of jurisdiction differently, the declination of jurisdiction is fundamentally based on the conflict of internal and not international jurisdiction. In civil law, the bases for jurisdiction are defined by subjects, amounts, degrees or territories, but all within the internal jurisdiction of a certain State, an example

49 USA. Case 454 U.S. 235 (1981). at 241, 254-55; USA. Pierre-Louis v. Newvac Corp., 584 F.3d 1052, 1059 (11th Cir. 2009).

50 SILVA, Jose Alberto. **Declaratoria de forum non conveniens a Estados Unidos eligiendo como foro más conveniente el foro mexicano.** Jornadas ASADIP 2014. Porto Alegre. Edit Grafica RJR65 and ss.

51 USA. Pierre-Louis v. Newvac Corp., 584 E3d 1052 (11th Cir. 2009); USA. In re Air Crash Over The Mid-Atlantic on June 1, 2009, 34 Avi. 15,546 (N.D. Cal. 2010); USA. Tazoe v. Airbus S.A.S (2011) WL 294044 11th Cir. February 1, 2011; USA. King v. Cessna Aircraft, Co., 562 F.3d 1374 (11th Cir. 2009); USA. Leon v. Millon Air, Inc., 251 F.3d 1305 (11th Cir. 2001); USA. McDonnell Douglas Corp., 244 F.3d 1279 (11th Cir. 2001); Da Rocha v. Bell Helicopter Textron, Inc., 451 F. Supp. 2d 1318 (S.D. Fla. 2006)

52 BRASIL. **Medida Cautelar 15.398/RJ**, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 02.04.2009, publicado no DJe em 23.04.2009.

of this is Articles 21-25 of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015⁵³. By establishing specific connecting elements, the German Roman system, makes it impossible to create a real analogy of the forum non conveniens due to the impossibility of the judge to exempt, by law, his responsibility to know and decide on a litigation submitted to him.

In the Brazilian context, the application of the forum non conveniens is far removed from the Romano-German legal reality, not only due to the aspects of jurisdiction and competencies addressed here, but also because of the legislative inoperability of that legal figure. While Articles 64-66 refers to decline and the powers of the judge, the jurisprudence of the Superior Court of Justice leaves no room for doubts and interpretations on this matter. According to a decision of the 3rd Court of STJ, the forum non conveniens does not find legal support in the Brazilian procedural rules, which shows that it is impossible to match or resemble this concept. This impossibility is also exemplified by the 2011 decision of the French Cour de Cassation, the highest court in France, which ruled that a US court could not use the doctrine of forum non conveniens to dismiss a suit. The Court established that because the plaintiff could decide which jurisdiction rule the dispute, that choice cannot be changed or defeated by the use of internal procedural rules. The French court

53 BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Diário Oficial da União. Artigo 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Artigo 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Artigo 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Artigo 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Artigo 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§ 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.

sticked to the literal wording of the concept of “at the option of the plaintiff” by granting this right a nearly absolute nature, which has been largely criticised. In Brazil, a similar interpretation can be expected.

of this is Articles 21-25 of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015⁵⁴. By establishing specific connecting elements, the German Roman system, makes it impossible to create a real analogy of the *forum non conveniens* due to the impossibility of the judge to exempt, by law, his responsibility to know and decide on a litigation submitted to him⁵⁵.

In the Brazilian context, the application of the *forum non conveniens* is far removed from the Romano-German legal reality, not only due to the aspects of jurisdiction and competencies addressed here, but also because of the legislative inoperability of that legal

54 BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Diário Oficial da União. Artigo 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Artigo 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Artigo 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Artigo 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Artigo 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§ 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.

55 CASTILLO LARRANAGA, José. **Instituciones de derecho procesal civil**, 14a. ed., México: Porrúa, 1981, p. 87

figure. While Articles 64-66⁵⁶ refers to decline and the powers of the judge, the jurisprudence of the Superior Court of Justice leaves no room for doubts and interpretations on this matter. According to a decision of the 3rd Court of STJ⁵⁷, the forum non conveniens does not find legal support in the Brazilian procedural rules, which shows that it is impossible to match or resemble this concept. This impossibility is also exemplified by the 2011 decision of the French Cour de Cassation, the highest court in France, which ruled that a US court could not use the doctrine of forum non conveniens to dismiss a suit. The Court established that because the plaintiff could decide which jurisdiction rule the dispute, that choice cannot be changed or defeated by the use of internal procedural rules⁵⁸. The French court stuck to the literal wording of the concept of “at the option of the plaintiff” by granting this right a nearly absolute nature, which has been largely criticised⁵⁹. In Brazil, a similar interpretation can be expected.

It is worth mentioning that forum non conveniens and its civil law counterpart are legal figures that do not find an absolute similarity, so their analogous use would lead to the existence of legal misfortunes in matters of jurisdiction and competence in the civil law system. The forum the court that is hearing the matter is competent and rejects by virtue of finding one with greater powers to understand the matter. In the declination of the judge rejects for not being competent to decide on the matter. The only agreement on

56 Da Incompetência.

Artigo 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Artigo 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação.

Parágrafo único. A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar.

Artigo 66. Há conflito de competência quando:

I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes;

II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência;

III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.

57 MC n. 15.398-RJ, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 02.04.2009, publicado no DJe em 23.04.2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em : 24 Janeiro 2021.

58 FRANCE. Cour de cassation [Cass.] [supreme court for judicial matters] le civ., Dec. 7, 2011, Bull. civ. I, No. Q-10-30.919 (Fr.). See: MENDELSON, Allan I.; RUIZ, Carols J. The United States vs. France: Article 33 of the Montreal Convention and the Doctrine of Forum Non Conveniens, Journal of Air Law and Commerce, vol 77, 468-487, 2012

59 MENDELSON, Allan I.; RUIZ, Carols J. **The United States vs. France: Article 33 of the Montreal Convention and the Doctrine of Forum Non Conveniens**, Journal of Air Law and Commerce, vol 77, 468-487, 2012; THOMPSON THORNTON, J. United States: Forum Non Conveniens In The Age Of The Montreal Convention, September 2016). <https://www.mondaq.com/unitedstates/aviation/529618/forum-non-conveniens-in-the-age-of-the-montreal-convention>. Acesso em: 24 Janeiro 2021

these figures focuses on recognizing that there is another court that is competent to hear the matter.

6. Conclusão

The 2017 judgment could have more far-reaching consequences than expected. Up until now, Brazil assumed a broad jurisdiction in consumer cases⁶⁰, with cases being resolved in Brazil while most connecting factors pointing to another country. If the analogy is accepted, the STF judgment could, therefore, change more than just the relationship with the CDC. Indeed, the judgment would also restrict the scope of action of Brazilian's courts. While the CDC and the Novo CPC have similar legal basis, the Novo CPC has been enacted much later than the CDC and after the Montreal was ratified. Consequently, courts might refuse to apply the Convention coupled with the STF judgment on the ground that the Novo CPC is a more recent norm. It could still, however, be argued that the Montreal Convention prevails as it is a *lex specialis*. The prevalence of the *lex specialis* is also recognised by Article 13 CPC.

While in theory this could have a great impact, this article has demonstrated that the interpretation of Article 33(1) around the world varies. Consequently, even if Brazil assumes a broad jurisdiction, it will still be in line with some of the existing interpretations, especially regarding online sales. Moreover, in most cases, Articles 33(1) Montreal and 21 CPC would give similar outcomes. However, in some situations, the Brazilian approach could lead to forum shopping. The only remaining question is what would happen in situations similar to the Brazilian living in Sweden one. In that case, it seems that only a judgment by the STF will be able to settle such issue.

Finally, the non-recognition by Brazil of *forum non conveniens* might create a difficulty when dealing with Common law countries, at least in theory. A broad interpretation of the sentence “at the option of the plaintiff” can be expected, which will be in line with the French interpretation, although widely criticised. Until now, all bet are opened as it will require a decision from the STF to bring any certainty.

60 BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Diário Oficial da União. Artigo 22(II)

Bibliografia final

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de 60 Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alternando e inserindo parágrafos. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência: legislação federal e marginália. São Paulo, v. 59, p. 1966, out./dez. 1995.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015, Diário Oficial da União.

BRASIL. Decreto No. 5.910, de 27 de Setembro de 2006, Diário Oficial da União.

BRASIL. Lei No. 8.078, de 11 de Setembro de 1990, Diário Oficial da União.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União.

BRASIL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº1.480-DF (1997), 1997.

BRASIL. Medida Cautelar 15.398/RJ, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 02.04.2009, publicado no DJe em 23.04.2009.

BRASIL. Resp. 1.633.275/SC de 2016.

BRASIL. Acórdão, 2017.000098416/SP, jul.14/12/2017.

BRASIL. Rosolem v. Société Air France, S.T.F., Ap. Civ. No. RE 636.331/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, 25.05.2017.

CANADA. Charbonneau et al v Scoot Pte Ltd 2018 QCCQ 1645.

CASTILLO LARRANAGA, José. **Instituciones de derecho procesal civil**, 14a. ed., México: Porrúa, 1981.

CMS. **Aviation: e-ticketing jurisdiction under the Montreal Convention 1999**. 19 June 2018. Disponível em: <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2018/06/aviation-eticketing-jurisdiction-under-the-montreal-convention-1999>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

CONVENTION FOR THE UNIFICATION OF CERTAIN RULES RELATING TO INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR, opened for signature Oct. 12, 1929, 137 L.N.T.S. 11, 49 Stat. 3000 (entered into force Feb. 13, 1933).

CONVENTION FOR THE UNIFICATION OF CERTAIN RULES RELATING TO INTERNATIONAL

AL CARRIAGE BY AIR, opened for signature May 28, 1999, Montreal.

CREMONEZE, Paulo Henrique. Dano Moral: **Quantificação da Indenização Segundo a Doutrina do “Punitive Damage,”** JUS.COM.BR. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18529/dano-moral-quantificacao-da-indenizacao-segundo-a-doutrina-do-punitive-damage>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

DEFOSSEZ, D. **I wish my mum was Brazilian: The regulation of passenger liability in the EU and Brazil,** Issue in Aviation Law and Policy, vol. 18, 2019.

DEMPSEY, Paul S.; MILDE, Michael. **International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999,** McGill University Centre for Research in Air & Space Law, 2005.

DENIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro - Vol. 1 - 38ª Edição 2021: Volume 1**

EU.CaseC-213/18,AdrianoGuaitoliandothersveasyJetAirlineCo.Ltd,ECLI:EU:C:2019:927.

EU. Case C-240/14, Eleonore Prüller-Frey v Norbert Brodnig, Axa Versicherung AG, ECLI:EU:C:2015:567.

FRANCE . Cour de Cassation [Cass.] civ., Dec. 7, 2011, Bull. civ. I, No. Q-10-30.919 (Fr.).

FREIDENBERG, Elizabeth Mireya. Federal court dismisses passenger claim based on Article 33 of Montreal Convention. Feb. 2019. Disponível em: <https://www.international-lawoffice.com/Newsletters/Aviation/Argentina/Freidenberg-Freidenberg-Lifsic/Federal-Court-dismisses-passenger-claim-based-on-Article-33-of-Montreal-Convention#Decision>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

ITALY. Order No 18257/2019.

ITALY. Order No 3561/2020.

LEWIS, Melinda R. **The Lawfare of Forum Non Conveniens: Suits by Foreigners in U.S. Courts for Air Accidents Occurring Abroad,** Journal of Air Law and Commerce, vol. 78, 320-354, 2013.

MAAG, Gordon E. **Forum Non Conveniens in Illinois: a Historical Review, Critical Analysis, And Proposal For Change.** S. ILL. U. L.J., vol. 25, 461, 2001.

MACARA, Peter; LIMA, Alexandre. The Brazilian Supreme Court Upholds the Application of the Warsaw and Montreal Conventions, Air & Space Law, vol. 43, 505–514, 2018.

MEKONS, Ivars. **Liability for international air carriage of passengers in Latvia.** December 2019. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0449b4d5-75df-44d8-8542-b98ae66837c5>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

MENDELSON, Allan I.; LIEUX, Renee. **The Warsaw Convention Article 28, the Doctrine of Forum Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff,** Journal of Air Law and Commerce, vol 68, 75-113, 2003.

MENDELSON, Allan I.; RUIZ, Carols J. **The United States vs. France: Article 33 of the Montreal Convention and the Doctrine of Forum Non Conveniens**, Journal of Air Law and Commerce, vol 77, 468-487, 2012.

PADOVA Roberto; BRICCHI, Gabriele; SECCHIAROLI, Lucia. Italian Supreme Court on Art.33 of Montreal Convention. Jurisdiction Criteria under EC261/2004 and Air Carrier General Terms and Conditions. May 2020. Disponível em: <https://www.expertguides.com/articles/italian-supreme-court-on-art-33-of-montreal-convention-jurisdiction-criteria-under-ec2612004-and-air-carrier-general-terms-and-conditions/argmoegf>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

PETER PRINCE. Bhopal **20 years on: forum non conveniens and corporate responsibility**, Law and Bills Digest Section, 8 February 2005.

REBELLO PINHO, Rodrigo César. Ministério Público do Estado de São Paulo, O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. 12 June 2006. Disponível em: <http://feeds.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1207200605.htm>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

SILVA, Jose Alberto. **Declaratoria de forum non conveniens a Estados Unidos eligiendo como foro más conveniente el foro mexicano**. Jornadas ASADIP 2014. Porto Alegre. Edit Grafica RJR65 and ss.

THOMPSON THORNTON, J. United States: **Forum Non Conveniens In The Age Of The Montreal Convention**, September 2016). Disponível em: <https://www.mondaq.com/unitedstates/aviation/529618/forum-non-conveniens-in-the-age-of-the-montreal-convention>. Acesso em: 24 Janeiro 2021.

USA. Baah v. Virgin Atlantic Airways Limited, 2007 WL424993 (S.D.N.Y. 2007).

USA. Da Rocha v. Bell Helicopter Textron, Inc., 451 F. Supp. 2d 1318 (S.D. Fla. 2006).

USA: In re Air Crash Disaster Near New Orleans, La. on July 9, 1982, 821 F.2d 1147, 1161 (5th Cir. 1987).

USA. In re Air Crash Over The Mid-Atlantic on June 1, 2009, 34 Avi. 15,546 (N.D. Cal. 2010).

USA. In re: Air Crash at San Francisco, California, on July 6, 2013, 2017 WL 3484643 (August 14, 2017).

USA. King v. Cessna Aircraft, Co., 562 F.3d 1374 (11th Cir. 2009).

USA. Klos v. Polskie Linie Lotnicze, 133 F.3d 164, 167-8 (2d Cir. 1997).

USA. Leon v. Millon Air, Inc., 251 F.3d 1305 (11th Cir. 2001).

USA. McDonnell Douglas Corp., 244 F.3d 1279 (11th Cir. 2001).

USA. Nolan v. Boeing Co., 919 F.2d 1058, 1068-69 (5th Cir. 1990).

USA. Pan American World Airways, Inc. v. Lopez, 490 U.S. 1032 (1989).

USA. Pierre-Louis v. Newvac Corp., 584 E3d 1052 (11th Cir. 2009).

USA. Piper Aircraft Co. v. Reyno 454 U.S. 235 (1981).

USA. Tazoe v. Airbus S.A.S, 631 F.3d 1321 (2011).



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

TRATADO DE COOPERAÇÃO ESPACIAL ENTRE BRASIL E UCRÂNIA: REFLEXÕES SOBRE SUA CRIAÇÃO E EXTINÇÃO

SPACE COOPERATION TREATY BETWEEN BRAZIL AND UKRAINE: REFLECTIONS ON ITS CREATION AND EXTINCTION

Recebido: 18/10/2020

Aceito: 26/04/2021

Jayme Benvenuto Lima Junior

Professor de Direito Internacional Público da
Universidade Federal de Pernambuco, UFP
Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq
Email: benvenutolima@uol.com.br
<https://orcid.org/0000-0001-7521-866X>



Ana Luísa Gomes Galvão

Graduanda em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco, UFPE
Integrante do grupo Asa Branca Aerospace.
Email: analuisaggalvao@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8754-7054>



Isabela Maria Pereira Paes de Barros

Graduanda em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco, UFPE
Integrante do grupo Asa Branca Aerospace.
Email: ipaesb@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-2262-4108>



Lara Rodrigues de Queiroz Tavares

Graduanda em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco, UFPE
Integrante do grupo Asa Branca Aerospace.
E-mail: laratavares22@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7121-0193>



RESUMO

Este artigo tem como objetivo fazer uma análise do projeto de criação e dos desdobramentos da autarquia Alcântara Cyclone Space (ACS), enquanto uma parceria entre os governos brasileiro e ucraniano para exploração espacial. Tem-se como objeto de análise os antecedentes que motivaram a criação da autarquia binacional, suas delimitações jurídicas e regulamentares e o contexto político no qual a empresa estava inserida, para que, ao final, seja possível fazer uma avaliação mais completa e detalhada das problemáticas que levaram à extinção da parceria entre os estados-nação. Ao longo da elaboração, criação e implantação da ACS, emergiram conflitos socioambientais internacionais e problemas administrativos por parte de ambos os governos, de modo a dificultar a efetiva criação do Centro de Lançamentos necessário à consecução do projeto. A metodologia utilizada é a de revisão bibliográfica, com o recurso a livros e artigos acadêmicos, além de artigos de cunho jornalístico. O resultado obtido é que o projeto que instituiu a ACS foi eivado de problemáticas não consideradas no planejamento, tampouco sanadas ao longo da execução, as quais dificultaram uma parceria que poderia ter sido benéfica para impulsionar o setor aeroespacial brasileiro e ucraniano.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

Palavras-chave: Alcântara Cyclone Space; binacional; joint venture; exploração espacial; Centro de Lançamento de Alcântara.

ABSTRACT

This article aims to analyze the project for the creation and development of the Alcântara Cyclone Space (ACS), considering it was a partnership between the Brazilian and Ukrainian governments for space exploration. The antecedents that motivated the creation of the binational, its legal and regulatory delimitations and the political context in which the company was inserted are the object of analysis, so that, in the end, it may be possible to make a more complete and detailed assessment of the problems that led to the extinction of this partnership. Throughout the preparation, creation and implementation of the ACS, international socio-environmental conflicts and administrative problems on the part of both governments emerged, hindering the effective creation of the Launch Center needed for the project. The methodology used is the bibliographic review, with the use of books and academic articles, in addition to journalistic articles. The result obtained is that the project that instituted the ACS was riddled with problems not considered in the planning, nor remedied, which hindered a partnership that could have been beneficial to boost the Brazilian aerospace sector.

Keywords: Alcântara Cyclone Space; binational; joint venture; space exploration; Alcântara Launch Center

1. Introdução

Atualmente, Atualmente, o espaço sideral é um local objeto de preocupação por parte de vários países, e muitos buscam desenvolver suas tecnologias espaciais, principalmente de satélites e foguetes, para que possam se destacar e obter algum tipo de autonomia na área espacial. O Brasil se evidencia por possuir centros de lançamentos de excelência. É o caso do Centro de Lançamento da Barreira do Inferno (CBLI) - que teve mais de 300 lançamentos de satélites e foguetes bem sucedidos em apenas um ano após o seu primeiro lançamento - e do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA) - que possui capacidade para lançar foguetes de médio e grande porte, e se encontra em uma das melhores localizações do mundo para a finalidade de determinados lançamentos espaciais.

Entretanto, no que diz respeito à produção de foguetes a serem utilizados nesses centros, não se pode afirmar que o Estado brasileiro seja propriamente bem-sucedido. É certo que o Brasil possui um grande potencial para a realização de lançamentos,

destacando-se junto a outros países, e poderia, caso direcionasse esforços nesse sentido, crescer significativamente na área, alcançando o reconhecimento internacional, lucros com a atividade e um maior grau de autonomia no campo espacial. Vem dessa compreensão a importância de pautar a pesquisa científica na área.

Tendo em vista que o CLA possui uma localização privilegiada, é importante que o Brasil invista na utilização da instalação de modo a impulsionar o país no contexto do mercado espacial. É daí que surge o acordo, potencialmente sinérgico, feito entre o Brasil e a Ucrânia, em relação ao qual nos aprofundaremos no presente artigo.

Será explicado o que levou ambos os países a assinarem o acordo, e o que ocorreu após a assinatura, passando por pontos jurídicos e políticos essenciais, e chegando ao desfecho do acordo. Pretendemos expor as razões pelas quais o acordo não teve o resultado que esperado, não só no quesito financeiro, como também nas expectativas de se obter uma autonomia espacial. Para tanto, utilizamos conceitos e formulações do solidarismo francês, como forma de investigação da posição social dos Estados envolvidos no acordo.

Objetiva-se demonstrar que o Brasil não se planejou adequadamente para a parceria com a Ucrânia, considerando para isso fatores internos, tais como administrativos, ambientais e financeiros, bem como os externos, com a interferência norte-americana em programas estratégicos brasileiros.

A metodologia utilizada para a elaboração do artigo é a revisão bibliográfica e documental. Foram realizadas consultas à literatura especializada, entre as quais livros, artigos acadêmicos e matérias jornalísticas, além de textos legais, legislações relacionadas ao acordo entre o Brasil e a Ucrânia e à criação da empresa Alcântara Cyclone Space.

2. Aspectos Internos e Externos e a Assinatura do Acordo com a Ucrânia

Para tratarmos do acordo preparado entre o Brasil e a Ucrânia, mostra-se essencial que seja feita uma consideração prévia do histórico brasileiro no setor espacial, com o objetivo de compreender o que levou o país a entender como positiva a possibilidade de promover acordos de cooperação com outros países.

A guerra fria mostrou-se um divisor de águas na história do setor espacial, tendo sido a época de maior crescimento do setor. Não coincidentemente, foi na década de 1960 que se iniciou o programa espacial brasileiro, a partir de uma cooperação com a

National Aeronautics and Space Administration (NASA) (ARAÚJO, 2014).

Em 12 de outubro de 1965 iniciou-se, na cidade de Natal, no Rio Grande do Norte, a construção do primeiro centro de lançamento espacial do país, o Centro de Lançamento da Barreira do Inferno (CLBI), que obteve excelentes resultados no ano que se seguiu à sua inauguração, tornando-se um dos centros de lançamentos mais utilizados do mundo, com mais de 300 lançamentos bem-sucedidos (NASCIMENTO, 2013).

Na sequência, em 1979, houve a aprovação da Missão Espacial Completa Brasileira (MECB), com o objetivo de desenvolver um programa espacial brasileiro que buscasse não só desenvolver satélites e veículos lançadores, como também centros de lançamentos. A partir de análises realizadas, a MECB percebeu que o Centro de Lançamento da Barreira do Inferno (CLBI), apesar do sucesso obtido, não suportava lançamentos de médio e grande porte, além de não haver possibilidade de expansão de suas instalações por causa da especulação imobiliária em seu entorno. Tornou-se clara a necessidade de construção de um novo e maior centro, originando-se o CLA, localizado no Maranhão (ARAÚJO, 2014).

As boas condições climáticas e topográficas dessa nova localização, e a proximidade com a linha do equador - onde há o aproveitamento máximo da rotação da terra no impulsionamento de certos objetos enviados ao espaço -, permitem uma economia de até 31% no gasto do propelente ou combustível dos foguetes em relação a outros centros que existem no mundo. É possível, então, aumentar a quantidade de carga transportada e operar com custos reduzidos (ARAÚJO, 2014).

Contudo, um dos eventos mais marcantes do CLA ocorreu em 2003, quando o terceiro protótipo do VLS-1 explodiu, matando 21 funcionários, entre eles técnicos extremamente especializados. A explosão, causada pela falta de investimentos governamentais suficientes na área, que permitissem a utilização de equipamentos seguros de forma satisfatória, demonstrou o que, até hoje, segue sendo um dos maiores empecilhos para o desenvolvimento espacial brasileiro. Assim, percebendo o alto custo dos projetos espaciais, o Estado viu como oportuno o estabelecimento de processos de cooperação com outros países, os quais compartilhassem com ele os custos de produção (NASCIMENTO, 2013).

Aliado a isso, o Brasil não possuía nenhum foguete de lançamento próprio, nem sequer detendo tecnologias para a fabricação de satélites geoestacionários, sendo, desse modo, incapaz de suprir suas demandas internas. A situação demonstrava-se, então, inaceitável para um país que buscava atrair o interesse de outros Estados ou de empresas transnacionais (NASCIMENTO, 2013).

Para que compreendamos melhor o contexto em que o Brasil estava inserido ao resolver realizar o acordo com a Ucrânia cabe, ainda, ressaltar o que estava ocorrendo no âmbito internacional. A partir de 1990, com o fim da Guerra Fria, emergiu um sistema

entendido como unipolar, com a centralização do poder nos Estados Unidos, superpotência emergente ao longo do século XX (MONSERRAT FILHO, SALIN, 2003; HUNTINGTON, 1999).

Ressalte-se, ainda, o ponto em que os autores trouxeram a visão de Peter van Fenema sobre as consequências desse sistema no âmbito espacial:

Peter van Fenema explica com propriedade as consequências disso na prática espacial: “Na medida em que as políticas americanas baseadas na segurança nacional mantêm uma distância entre o “ter” espacial dos EUA e o “não ter” de outros países e, assim, amplia a distância tecnológica e econômica entre as duas partes, estas políticas geram, simultaneamente, efeitos ameaçadores à paz, à segurança e à estabilidade. Isso afeta não apenas os interesses econômicos, políticos e de segurança dos EUA, mas também os interesses correspondentes da comunidade mundial como um todo (p. 267).

Assim, fica clara a dificuldade, à época, dos diversos Estados se desenvolverem no âmbito espacial, então dominado pelos EUA, que por sua vez buscavam manter o status quo (HUNTINGTON, 1999). Nesse contexto, os países que possuíam condições semelhantes, procuraram se unir e cooperar para superar a assimetria na distribuição de poder. Foi por este motivo que o Brasil resolveu se unir à Ucrânia, objetivando um crescimento e uma maior visibilidade na esfera internacional (NASCIMENTO, 2013).

As relações diplomáticas entre os dois países se iniciaram em 1992, e em 1995 foi assinado o Tratado sobre as Relações de Amizade e Cooperação. Em 1997, houve uma tentativa de acordo da empresa brasileira Infraero, duas empresas ucranianas e a italiana Fiat Avio para que fosse formado um consórcio com o Brasil, objetivando o lançamento, no Centro de Lançamento de Alcântara (CLA), de cargas úteis, a partir dos foguetes ucranianos, como o Cyclone-4. O acordo, entretanto, não deu certo, uma vez que o primeiro cliente seria a empresa norte-americana Motorola, enquanto o Departamento de Estado estadunidense se insurgiu negando apoio ao acordo, propagando, tanto para a Motorola, quanto para o governo italiano, que o Brasil supostamente proliferaria tecnologia de mísseis (BITTENCOURT NETO, 2011). Sobre a questão, a doutrina internacionalista ressalta ser a cooperação e o compartilhamento de custos a melhor maneira de desenvolvimento de projetos espaciais pelos Estados emergentes (BARBOSA, 1999), trazendo um indício de que o empecilho imposto pelos EUA pode ter sido um fator importante para o insucesso do acordo da ACS.

Em novembro de 1999, os dois países desenvolveram uma nova parceria, assinando o Acordo-Quadro sobre Cooperação na utilização do espaço para fins pacíficos. A

relação entre ambos permaneceu se desenvolvendo, e, em 2002, para que a Ucrânia e o Brasil pudessem fechar acordo de lançamentos a partir do Centro de Lançamentos de Alcântara, foi assinado o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas (AST), somando-se a isso o Memorando de Entendimentos para o uso do CLA (BITTENCOURT NETO, 2011). Por fim, em outubro de 2003, os países assinaram o Tratado para Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Cyclone-4 para lançamentos do CLA. Enquanto o Brasil desenvolveria o Centro de Lançamento, a Ucrânia desenvolveria o Cyclone-4 (NASCIMENTO, 2013).

Dois anos depois, em 2006, foi assinado o tratado que gerou a criação da empresa Alcântara Cyclone Space (ACS), a qual representou de forma clara uma sinergia entre a Ucrânia e o Brasil, com a promessa de suprir as necessidades de ambos. Da Ucrânia, porque, além de não possuir condições geográficas favoráveis, não possuía um Centro de Lançamento próprio para o envio dos foguetes herdados da ex-URSS. Do Brasil, porque possuindo um dos melhores lugares do mundo para lançamentos, com histórico de lançamentos bem-sucedidos de foguetes de sondagem e meteorologia, não logrou sucesso na construção de foguetes de lançamento, apesar dos esforços com o VLS, não possuindo também satélites geoestacionários próprios (BITTENCOURT NETO, 2011; AMARAL, 2010; MONSERRAT FILHO, 2003).

O acordo com a Ucrânia visava não só o compartilhamento de tecnologia, como também a divisão dos custos de manutenção da ACS, para que fosse realizado o lançamento do Cyclone-4, com previsão para 2014, cujos lucros compensariam os investimentos realizados. O valor estabelecido para custeio do Brasil foi de U\$460 milhões, correspondente a 50% do capital social da ACS (ARAUJO, 2014).

O Brasil ficou responsável, conforme o Tratado, pelo aprimoramento da infraestrutura geral do CLA, iniciando-se em 2010 com os trabalhos na infraestrutura do solo, preparação de acessos, suspensão vegetal e implantação de canteiros. O processo continuou em 2012, com a construção dos prédios e estradas de acesso, sendo também de responsabilidade brasileira os investimentos em segurança, rastreamento e meteorologia (NASCIMENTO, 2013).

O acordo teve repercussões externas e internas, não tendo sido bem visto por vários atores nacionais e internacionais. Cabe ressaltar aqui algumas dificuldades do projeto, que serão melhor detalhadas na sequência, tais quais as questões relacionadas à população do município de Alcântara, restrições orçamentárias e questões administrativas do projeto, a concessão de licenças ambientais e o risco de poluição causada pelo combustível utilizado no Cyclone 4, a Hidrazina. É importante ressaltar que tais fatores foram motivo de protesto por parte de atores internos, que chegaram a peticionar para

que fossem feitas alterações no acordo com a Ucrânia ou, caso contrário, fosse terminada a parceria espacial (ARAÚJO, 2014).

Quanto aos fatores externos, destaca-se a influência dos Estados Unidos nas decisões estratégicas tomadas pelo Brasil, que via com bons olhos a possibilidade de assinar o acordo de Salvaguardas Tecnológicas com uma das maiores potências espaciais, possuidora de aproximadamente 80% dos satélites do planeta (MONSERRAT FILHO, 2003). Em 2015, por fim, o Brasil denunciou o Tratado sobre a Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4, alegando falta de viabilidade comercial, ou, em outros termos, desigualdades tecnológico-comerciais entre os dois países. Em 2017, foram constituídos grupos de trabalho para romper de vez o tratado, bem como realizar a liquidação da ACS e o equacionamento da questão fundiária e patrimonial do CLA (SENADO NOTÍCIAS, 2019).

No ano de 2018, foi recebida a Medida Provisória 858/2018 pelo Congresso Nacional, a qual dizia respeito à extinção definitiva da ACS, determinando também um prazo para a finalização da atuação dos membros do conselho de administração e da diretoria, junto ao término dos mandatos dos membros do conselho fiscal (SENADO NOTÍCIAS, 2018).

Diante dos aspectos fáticos já apresentados, é possível desenvolver uma leitura da sequência dos acontecimentos a partir da teoria sociológica de Émile Durkheim, transplantada para a doutrina jurídica internacional por León Duguit. Isso porque, transferindo a noção durkheimiana de solidariedade entre os indivíduos para o cenário internacional, Duguit reconhece uma divisão de tarefas e funções entre os membros que o compõem (DRI, 2010), de forma a proporcionar uma solidariedade intersocial, eventualmente transformada em regras de direito.

Fazendo uso de tal reflexão teórica, resta clara a designação dos participantes do tratado que culminou na criação da ACS para a execução de atividades específicas e distintas, definidas de acordo com as forças políticas e econômicas vigentes. Enquanto a Ucrânia passaria a concentrar a atividade intelectual necessária à realização dos lançamentos, restaria ao Brasil a atribuição de fornecimento de matéria prima e aperfeiçoamento da infraestrutura, resultando em uma conjuntura favorável aos partícipes.

Ocorre que, como previsto por Louis Le Fur no campo teórico, a tese de Duguit não comportava a possibilidade de existir uma solidariedade que encaminhasse para um resultado prejudicial algum dos envolvidos na relação (COSTA, 1958). Nesse sentido, uma negociação internacional que impusesse uma solidariedade através de força de qualquer natureza, materializando uma relação desequilibrada, não poderia sequer ser considerada fonte ou norma de direito internacional. É com base em tais preceitos que desenvolve-se a presente investigação dos percalços atinentes à criação e extinção da ACS.

3. Aspectos Jurídicos e Regulatórios da Alcântara Cyclone Space

A Alcântara Cyclone Space (ACS) foi uma *joint venture*¹ firmada entre o Brasil e a Ucrânia, tendo como objetivo o lançamento de foguetes ucranianos Cyclone-4 a partir da base brasileira de Alcântara, através do intercâmbio técnico e científico necessário para a viabilidade do projeto (BRASIL, 2005).

O instrumento internacional que firmou tal parceria, o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara (doravante, Tratado de criação da ACS), foi assinado em outubro de 2003 e ratificado em abril de 2005 (BRASIL, 2005), demonstrando a importância da atuação estatal na formulação e execução de políticas no setor espacial. À época da assinatura do referido documento jurídico, a Ucrânia havia virado o maior parceiro institucional na cooperação internacional brasileira em lançamentos de veículos ou objetos espaciais (NASCIMENTO, 2013).

Esse tratado fez referência a uma série de documentos internacionais previamente acordados entre ambos os países, como o Tratado sobre Relações de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia, de 25 de outubro de 1995; o Acordo-Quadro entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia sobre a Cooperação nos Usos Pacíficos do Espaço Exterior, de 18 de novembro de 1999; e o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia sobre Salvaguardas Tecnológicas relacionadas à Participação da Ucrânia em Lançamentos a partir do CLA, de 16 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2005), assinado durante reunião na cidade de Kiev, entre os presidentes Fernando Henrique Cardoso e Leonid Kuchma Danylovych (NASCIMENTO, 2013). Na mesma reunião, foi, ainda, assinado o Memorando de Entendimento sobre a utilização do Centro de Lançamentos de Alcântara e o lançamento de veículos ucranianos (MONSERRAT FILHO, 2002:2003), que será visto em tópico posterior.

Ainda sobre o Tratado de criação da ACS, tal documento preocupou-se em fazer menção às disposições de tratados sobre exploração espacial de extrema relevância do sistema da Organização das Nações Unidas, como o Tratado sobre os Princípios que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Utilização do Espaço Sideral, Incluindo a Lua e Outros Corpos Celestes, de 1967; a Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, de 1972; e a Convenção Relativa ao Registro de Objetos Lançados no Espaço Cósmico, de 1975 (BRASIL, 2005),

¹ Joint venture é um modelo de associação de interesses, por meio da criação de uma pessoa jurídica, por outras duas (ou mais) pessoas jurídicas com a finalidade de cumprimento de objetivos específicos, além de divisão proporcional dos riscos.

demonstrando a importância e o cumprimento das obrigações adquiridas perante o sistema de Direito Internacional por parte de ambos os países constituintes. Dentre tais obrigações, frise-se, por exemplo, a cooperação internacional entre Estados-nações para o desenvolvimento tecnológico e a manutenção da paz e da segurança internacional na exploração espacial, além da utilização livre e com destinação à humanidade da Lua e de demais corpos celestes (NASCIMENTO, 2013).

Outrossim, o Tratado de criação da ACS trouxe à luz as obrigações pactuadas por ambos os Estados perante o Memorando de Entendimento entre a Agência Espacial Brasileira e a Agência Espacial Nacional da Ucrânia sobre a Utilização de Veículos de Lançamento Ucranianos a partir do CLA, de 16 de janeiro de 2002; e seu Protocolo Adicional, de 18 de abril de 2002, demonstrando o amplo arcabouço jurídico que foi firmado previamente, para dar sustentáculo às operações da Alcântara Cyclone Space (BRASIL, 2005).

Deu-se origem, então, à binacional supramencionada, que teve caráter de pessoa jurídica de Direito Internacional, aplicando-se diretamente a ela as disposições contidas em tratados internacionais, em seu estatuto e ato constitutivo, sendo as legislações brasileira e ucraniana apenas de caráter residual (BITTENCOURT NETO, 2011), utilizadas nas situações especificadas pelo Tratado. Assim, a Alcântara Cyclone Space teve sua sede em Brasília e, de acordo com as disposições do tratado que a constituiu, era gerida por uma Assembleia Geral de Acionistas, um Conselho de Administração e uma Diretoria, além de ter a incumbência de criar um Sítio de Lançamento no Centro de Lançamento de Alcântara, no Maranhão, o qual seria utilizado exclusivamente pela própria ACS (BRASIL, 2005).

Ademais, tal documento designou a Agência Espacial Brasileira (AEB) e a Agência Nacional da Ucrânia (NSAU) - agências nacionais de ambos os países envolvidos - como Autoridades Competentes pelo gerenciamento das operações da joint venture, no artigo 4 (BRASIL, 2005), no mesmo sentido do Estatuto da empresa, em seu artigo 2 (ESTATUTO da Alcântara Cyclone Space, 2005). Quanto aos deveres das partes contratantes, a parte brasileira ficou obrigada a desenvolver a infraestrutura geral do Centro de Lançamento necessária para o lançamento do Veículo de Lançamento Cyclone-4, fabricado pela parte ucraniana (BRASIL, 2005). O projeto, a construção e a operação do Sítio de Lançamentos seria de responsabilidade da ACS, financiada, igualmente, por ambos os países (RIBEIRO JÚNIOR, 2019).

O Tratado de criação da ACS, da maneira que foi idealizado, possibilitaria, também, a prestação de serviços de lançamento não só para os programas nacionais de ambos os países envolvidos, como também para clientes comerciais, permitindo uma absorção tecnológica, através de atividade internacional de natureza técnica e econômica, que pudesse ser benéfica para ambos os países (NASCIMENTO, 2013).

O Estatuto da empresa foi aprovado em dezembro de 2005, e sua publicação, no Brasil, deu-se por meio da Portaria MCT nº 559, de agosto de 2006. O corpo diretor da ACS era composto por um Diretor Geral brasileiro e um Diretor Geral ucraniano, simultaneamente, para mandatos de quatro anos. Dessa forma, para contrair qualquer obrigação ou outorgar procurações em nome da Alcântara Cyclone Space, era necessário que houvesse a assinatura de ambos os diretores - demonstrando a paridade na parceria. Além disso, a diretoria também exercia as funções de coordenação, organização e gestão de atividades diárias da empresa, com a submissão de orçamentos anuais, linhas básicas de atividades da empresa e propostas de modificação de regulamento interno e estrutura organizacional ao Conselho de Administração. Também exerciam a representação da ACS, em âmbito cível e judicial (ESTATUTO..., 2005).

Outro ponto relevante do Estatuto que constituiu a ACS é a disposição, em seu art. 26, que demonstra a colaboração de ambos os países perante produção e desenvolvimento tecnológico (ESTATUTO..., 2005) para além de somente a parte brasileira ter que desenvolver a infraestrutura do Centro de Lançamento e a parte ucraniana fabricar o foguete Cyclone-4 (BRASIL, 2005). O referido artigo dispunha sobre a própria empresa ter que assegurar proteção à propriedade intelectual criada, desenvolvida ou obtida no curso da implementação de suas atividades. No mesmo sentido, bens intangíveis ou propriedade intelectual, registrada ou não, que fossem desenvolvidos, criados ou adquiridos por quaisquer das partes, em atividades relacionadas à ACS, seriam propriedade comum de ambas (ESTATUTO..., 2005).

Em tal aspecto, cabe uma observação: a atividade brasileira ao longo do projeto teria um caráter mais secundário, não havendo transferência de tecnologia entre os países, efetivamente pelo tratado entre ambos ter um caráter comercial. Porém, disposições como a mencionada acima, bem como outras normativas assinadas por ambos quanto a um programa de cooperação bilateral e desenvolvimento paritário de foguetes Cyclone-5, demonstram que eventualmente haveria absorção, por parte do Brasil, da tecnologia ucraniana de lançamento de foguetes, podendo impulsionar o governo brasileiro na seara da exploração espacial (COSTA; SILVEIRA, 2010).

O Memorando de Entendimento trazia disposições semelhantes acerca do desenvolvimento tecnológico conjunto entre as partes e compromissos de cooperação mútua. Nesse aspecto, seu artigo 1º mencionava o compromisso entre o Brasil e a Ucrânia de ampliação da cooperação através da exploração tecnológica conjunta, visando o desenvolvimento de ambos os países, além de trazer possíveis áreas de cooperação relacionadas à propulsão líquida de satélites e lançadores, aos sistemas de guiagem e controle e ao aprimoramento de veículos de lançamento (MARQUES, 2017).

No caso de conflitos que envolvessem a Alcântara Cyclone Space, seu Estatuto dispunha, ainda, nos artigos 28 e 29 que, no caso de quaisquer disputas envolvendo

nacionais ou residentes de um dos países, a lei aplicável seria a lei local ou nacional. Todavia, em caso de conflitos entre as partes brasileira e ucraniana na aplicação das disposições dos tratados pactuados, prevaleceriam os princípios da boa-fé e da transparência e seriam consideradas, de maneira resolutiva, as práticas e experiências de outras joint ventures de Direito Internacional e de outras empresas de regime binacional (ESTATUTO..., 2005).

3.1 Aspectos regulatórios das atividades da Alcântara Cyclone Space

Quanto aos aspectos regulatórios da Alcântara Cyclone Space, o Memorando de Entendimento mencionado foi o principal documento para estabelecimento da delimitação da infraestrutura necessária para utilização do Cyclone-4 (AGÊNCIA BRASIL, 2003), apesar de haver disposições anteriores sobre a matéria, por legislações correlatas. Tais tratativas trouxeram balizas mais específicas acerca dos aspectos regulatórios da ACS, complementados, posteriormente, por portarias brasileiras, como será visto no presente subtópico.

Ademais, o Tratado sobre Relações de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia, de 25 de outubro de 1995, e que entrou em vigor em 20 de novembro de 1997 (portanto, assinado antes da formação do Tratado de criação da ACS), trouxe normativas importantes em prol da construção da regulação do que veio a ser a Alcântara Cyclone Space, em sentido semelhante ao Memorando. Em seu artigo V, por exemplo, dispunha que as partes contratantes deveriam atuar de maneira recíproca e em conformidade com as normas de Direito Internacional, através do uso de tecnologias seguras ao meio ambiente e a sua proteção na exploração de recursos naturais (BRASIL, 1995:1997).

Além disso, o Acordo-Quadro entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia sobre a Cooperação nos Usos Pacíficos do Espaço Exterior, de 18 de novembro de 1999, doravante Acordo-Quadro, em matéria de regulação operacional da empresa, remeteu ao Regime de Controle de Tecnologias de Mísseis², do qual ambos os Estados eram membros (BRASIL, 1999:2006). Nesse aspecto, este foi um dos documentos essenciais na regulamentação das atividades que poderiam ser exercidas pela ACS, além de ter tido um papel fundamental para a entrada de tecnologia espacial no Brasil (FOLHA DE S.PAULO, 1995).

Já o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da

² Este Regime, conhecido internacionalmente como MTCR, é um acordo, originalmente criado pelos países do “Grupo dos 7”, com o propósito de regular o acesso de nações em desenvolvimento à tecnologia de mísseis e armas de destruição em massa.

Ucrânia sobre Salvaguardas Tecnológicas Relacionadas à Participação da Ucrânia em Lançamentos a partir do Centro de Lançamento de Alcântara, de janeiro de 2002, trouxe as principais normativas públicas em matéria de regulamentação das atividades da ACS. Tal documento especificava os procedimentos de salvaguarda tecnológica que deveriam ser seguidos por ambos os Estados para as atividades de lançamento espacial de foguetes e procedimentos relacionados, como o acesso aos veículos de lançamento, equipamentos da plataforma e das espaçonaves e outros itens relevantes (BRASIL, 2002:2004).

O governo brasileiro, por exemplo, deveria disponibilizar, no Centro de Lançamento de Alcântara (MA), áreas para montagem e manutenção de Veículos de Lançamento ucranianos e permitir o acesso de pessoas autorizadas pelo governo da Ucrânia a essas áreas, com limites claramente definidos. A Ucrânia, por outro lado, deveria exigir que os Licenciados Ucranianos envolvidos com as atividades de lançamento elaborassem um Plano de Controle de Tecnologias, como disposto no art. IV (BRASIL, 2002:2004).

Outrossim, o art. VI determinou que o Governo ucraniano e brasileiro deveriam supervisionar e acompanhar a implementação dos Planos de Controle de Tecnologias que fossem apropriados para o projeto, determinando que os procedimentos de segurança deveriam ser aprovados pelo Governo da Ucrânia para as atividades de lançamento espacial que envolvessem ambos os países. Permitiu-se, ainda, que a Ucrânia pudesse inspecionar e controlar todas as áreas definidas pelos contratantes que estivessem destinadas ao acordo de lançamento espacial da ACS, nas quais estivessem armazenados os Equipamentos da Plataforma de Lançamentos, Equipamentos Afins e Dados Técnicos dos Licenciados Ucranianos.

Nesse sentido, o acesso a essas instalações e áreas, reservadas para o trabalho com Veículos de Lançamento previstos no acordo, seria feito exclusivamente pelo Governo da Ucrânia e por seus Licenciados. Também foram trazidas outras disposições sobre o transporte e montagem adequados dos objetos de lançamento espacial (BRASIL, 2002:2004), demonstrando o nível de segurança e segredo tecnológico resguardados pelo Estado ucraniano.

Além disto, criaram-se, ainda, normas para casos de atraso, cancelamento ou falha de lançamento, sendo de maior importância as últimas, por trazerem obrigações de busca e resgate, para os Estados-partes, de todos os componentes ou destroços dos Veículos de Lançamento, em sentido semelhante à Convenção Relativa ao Registro de Objetos Lançados no Espaço Cósmico e ao Acordo sobre o Salvamento de Astronautas e Restituição de Astronautas e de Objetos Lançados no Espaço Exterior (BRASIL, 2002:2004), e em consonância com os parâmetros de responsabilidade internacional da Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais (BRASIL, 1973).

4. Circunstâncias Políticas que Interferiram no Acordo

Para estabelecer uma investigação detalhada acerca do empreendimento conjunto firmado entre o Brasil e a Ucrânia, é necessário considerar, ainda, o contexto político em que os dois Estados se inseriam.

Historicamente relacionada à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), a Ucrânia, do início do século XXI, estava dando seus primeiros passos, considerando sua independência tardia em 1991 e a promulgação de sua Constituição apenas em 1996. Apesar das semelhanças culturais entre Ucrânia e Rússia, tendo em vista que mais de 20% da população ucraniana tem origens russas e cerca de metade tem o russo como principal idioma, habitando principalmente os territórios que fazem fronteira com a Rússia, os dois Estados vivem em constante tensão. O tema é brilhantemente tratado por Fabiano Mielniczuk em seu artigo “Identidade como fonte de conflito: Ucrânia e Rússia no pós-URSS”, publicado em 2006 na Revista Contexto Internacional. O autor acrescenta que, não obstante a riqueza do solo ucraniano tornar próspera a atividade agrícola, a Ucrânia lida com a dependência energética em relação ao país vizinho, o que a coloca em posição de hipossuficiência.

De tais circunstâncias deriva a prática russa de aproveitar-se de seus créditos comerciais para angariar o apoio político-militar ucraniano, sob ameaças de suspensão das transações do petróleo e gás natural. Em contrapartida, o governo ucraniano lança mão do seu controle sobre os dutos de combustíveis localizados em seu território, utilizados para escoar os recursos energéticos russos para o restante da Europa, e amplia as taxas de passagem. O resultado de tal impasse é o fato de a Ucrânia ter que lidar constantemente com a pressão política exercida pela Rússia que, somada às crises econômicas ocasionadas pela abertura do sistema socialista, resultaram em uma conjuntura política bastante instável (MIELNICZUK, 2006).

Outro fator a ser considerado é que o Estado ucraniano teve para si grande parte da estrutura bélica da antiga URSS, tendo esta continuado a ser desenvolvida mesmo depois da dissolução do antigo Estado socialista. Não seria incorreto enunciar que o poderio militar ucraniano predominou na Europa Ocidental, ao menos até a ruptura da bilateralidade da corrida espacial ocorrida durante a Guerra Fria, período em que a potência bélica foi reduzindo paulatinamente sua infraestrutura e cujo clímax se deu com o acidente nuclear na cidade de Chernobyl, fator crucial para a adoção da política de desarmamento nuclear (GLOBAL SECURITY, 2006).

O desastre da usina nuclear na Ucrânia Soviética foi o principal gatilho para o início da execução de uma política de desmilitarização. Esta se apresenta como uma

das características que pode ter aproximado os dois países para a celebração do acordo brasileiro-ucraniano: ambos são signatários e adotaram medidas para concretização do Tratado do Espaço Sideral, de 1967, e do Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares, de 1968, diplomas cujo escopo são a utilização pacífica das explorações tecnológicas.

O contexto da política espacial brasileira na transição entre os séculos XX e XXI também acabava por aproximar os dois estados. Se, por um lado, a construção do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA) ocasionou as primeiras atividades espaciais brasileiras, que ocorreram apenas em 1989, os investimentos mais expressivos no Programa Espacial apenas puderam ser observados a partir da política externa do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (NASCIMENTO, 2013) e, portanto, de maneira tardia.

Identifica-se, por conseguinte, uma compatibilidade de interesses dos dois estados. Enquanto a Ucrânia teria, sob seu domínio, uma significativa estrutura bélica e um grande interesse de expandir sua própria rede aeroespacial, apesar de não possuir condições geográficas para tanto, o Brasil começava a entender a importância dos investimentos na área e controlava uma das bases de lançamentos mais privilegiadas do globo, embora não detivesse a tecnologia necessária para confecção e lançamento de foguetes, fazendo com que o primeiro lançamento brasileiro suborbital, cuja natureza é das mais simples, somente tenha acontecido em 1965, seguido por três falhas tentativas de colocar satélites em órbita (AMARAL, 2009).

Os distintos históricos político, científico e econômico dos dois países os levaram, portanto, a um denominador comum no âmbito das relações internacionais, qual seja, a ampliação de parcerias externas com a finalidade de aperfeiçoar o setor tecnológico e, em específico, o aeroespacial.

Ocorre que o ambiente internacional envolve, ainda, uma terceira variável, cujas influências foram menos favoráveis para o Brasil. Para discuti-la, é necessário considerar que as tratativas diplomáticas para a celebração do acordo espacial com a Ucrânia foram inauguradas em 1998 através do já mencionado consórcio que pretendia executar um projeto da empresa Fiat Avio, de origem italiana, cujo objetivo era promover o lançamento do foguete denominado Cyclone-4 no CLA, ajuste viabilizado através da Infraero, conveniada à Agência Espacial Brasileira e ao Ministério da Aeronáutica.

O supracitado consórcio consolidou a ACS, nascida com o propósito de inserir os envolvidos no comércio espacial internacional voltado para o transporte de cargas úteis. A princípio, a joint venture parecia caminhar para a consecução da sua finalidade, pois já na sua criação teria atraído a atenção e o interesse dos EUA, por meio da empresa Motorola, potencial primeira cliente.

Ao ser provocado pela empresa sobre a viabilidade do contrato, todavia, o Departamento de Estado norte-americano desestimulou fortemente a iniciativa através de um documento direcionado ao governo italiano por meio do qual desaconselhava o

prosseguimento da parceria (MONSERRAT FILHO, 2002:2003). Em discurso na Câmara dos Deputados, por ocasião da sessão solene de homenagem às vítimas do acidente ocorrido em Alcântara, o deputado Inácio Arruda mencionou tal documentação, concluindo por sua reprovabilidade:

O mais curioso é que o Governo dos Estados Unidos, visando obstar um negócio que lhes pareceu promissor para o Brasil, endereçara ao Governo italiano um non paper — documento diplomático envergonhado, obscuro, desleal, aéctico e repleto de subterfúgios — no qual recomendou a sustação do acordo negociado entre a empresa italiana FIAT Avio e a brasileira INFRAERO para lançamentos comerciais a partir da base de Alcântara. (...) Estados Unidos, Itália, Ucrânia e Brasil alinham-se entre os 97 países que assinaram e ratificaram o Tratado do Espaço e sabem que nenhum país pode exercer pressão unilateral para impedir a realização de programas e negócios espaciais de qualquer outro país. Se um programa ou um negócio espacial fere os princípios internacionalmente adotados, o caso deve ser tratado por via internacional, multilateral, mediante consultas e negociações entre todos os países inscritos, e não por decisão individual e arbitrária de qualquer país em separado, muito menos via non paper. Este artifício visou concretamente anular um acordo comercial em curso de negociação, transparecendo como concorrência desleal para obstruir o surgimento de nova alternativa no mercado de lançamentos espaciais, contrariando igualmente as normas de livre comércio e livre concorrência da Organização Mundial do Comércio (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003, online).

Numa tentativa de desvencilhar-se do entrave imposto pelos EUA, o presidente Fernando Henrique Cardoso foi pressionado a propor acordo de salvaguarda das tecnológicas, assinado em 2000, após muitas discussões e que, a despeito da positividade da doutrina especializada (MONSERRAT FILHO, 2001), materializou uma medida precária, em face da influência norte-americana no âmbito espacial e da ameaça de imposição de novos embargos.

A supremacia dos EUA no setor espacial, até o início do século XXI, é inquestionável, considerando a expressividade do percentual de participações americanas na confecção de satélites, que chegou a corresponder a 80% da produção mundial (MONSERRAT FILHO, 2002:2003). Nesse sentido, não obstante ser coerente a tentativa do governo brasileiro de recrutar o apoio norte-americano para desvencilhar os processos de celebração de acordos com outros estados através da garantia de clientela das empresas americanas, o acordo de salvaguarda em questão deve ser estudado com a devida parcimônia, de modo a considerar a ausência de concessões mútuas e eventuais desequilíbrios na relação sinalagmática internacional e verificar, tecnicamente, a eficácia do diploma.

Por ora, na análise dos percalços atinentes à parceria investigada, apresenta-se suficiente a premissa consolidada pela doutrina especializada de que o acordo de

salvaguardas firmado com Washington representou uma medida necessária à eficácia das tratativas brasileiro-ucranianas, pelo fato de garantir-lhes o êxito através da atração de empresas americanas. Pontua-se, por conseguinte, que o acordo em apreço continha dentre suas disposições, no seu art. III, alínea F, a previsão de que eventuais colaborações com outros estados deveriam seguir as diretrizes firmadas com os EUA, o que, para Monserrat Filho (2002:2003), evidenciava um estímulo à concretização de futuros acordos com diferentes nações.

É pertinente ressaltar, ainda, os fenômenos políticos nacionais que influenciaram direta ou indiretamente a empreitada brasileiro-ucraniana, dentre os quais está a petição pública denominada “ACS - Mudanças Já ou o Destrato do Acordo”, cujos objetivos eram promover uma reformulação da binacional ou, alternativamente, vendê-la parcialmente para a iniciativa privada.

Tal pretensão estaria respaldada em três principais fatores: na toxicidade dos combustíveis utilizados para a manutenção dos foguetes e sua prejudicialidade para a população e para a natureza; na utilização de tecnologias consideradas, pelos autores, como obsoletas e poluentes, o que teria levado outras agências espaciais estrangeiras a abandoná-las; e no fato de que a atividade intelectual e científica de desenvolvimento era realizado exclusivamente na Ucrânia, sem participação brasileira nas funções de alto nível.

Apesar de ter causado uma polêmica acentuada e ter gerado muitas dúvidas em torno da viabilidade do projeto do foguete Cyclone-4, o abaixo-assinado não teve uma receptividade expressiva pela população e, até junho de 2015, contava com apenas 785 assinaturas.

Os entraves ao desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro remetem, por fim, a um importante aspecto cultural que termina por interferir em todos os tipos de produção intelectual e científica brasileira: o hábito colonial de exportação de matérias primas e importação de tecnologias e manufaturados, prática diretamente relacionada à ausência de recursos financeiros suficientes para a realização de investimentos de vulto no setor científico (AMARAL, 2009).

Assim, apesar de a já mencionada complementaridade atinente à troca da infraestrutura e geografia brasileiras favoráveis pela expertise ucraniana sobre construção e lançamento de projéteis, materializando a binacional ACS, evidenciar a probabilidade de êxito na celebração de um acordo de cooperação espacial, a mesma também representou a perpetuação do costume comercial brasileiro de não se envolver na produção de alta tecnologia e nos trabalhos intelectuais estratégicos, aspecto a ser considerado no diagnóstico dos resultados do acordo.

5. Questões que Acarretaram a Denúncia do Tratado e a Extinção da ACS

Apesar de aparentar ser promissora, a parceria entre o Brasil e a Ucrânia no lançamento de foguetes Cyclone-4 não deu certo. Em julho de 2015, por meio do Decreto nº 8.494, o Brasil denunciou o Tratado de criação da ACS, sob o fundamento de que, ao longo da execução de tal acordo, teria havido desequilíbrio na relação tecnológica-comercial entre ambos os países (BRASIL, 2015).

A denúncia do tratado foi o começo da extinção da Alcântara Cyclone Space, confirmada, posteriormente, por meio da Medida Provisória nº 858, de 2018 (BRASIL, 2018), e pelo documento legislativo gerado a partir dessa MP, a Lei nº 13.814, de 17 de abril de 2019. Ambas detalharam a extinção da ACS, dispendo sobre a União suceder a empresa em seus bens, seus direitos e suas obrigações contraídas no Brasil, determinando a abertura do processo de inventariança e outros atos de dotação orçamentária do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (BRASIL, 2019).

Os motivos reais para a denúncia do tratado e o fim de tal parceria, contudo, são mais profundos. É importante pontuar que os entraves enfrentados pelo governo brasileiro perpassaram: i) questões quilombolas; ii) problemas ambientais; iii) divergências populares; iv) má-gestão financeira; v) má-gestão administrativa; e vi) alianças internacionais.

Quanto ao primeiro ponto, a construção do Sítio de Lançamento em Alcântara gerou conflitos com grupos quilombolas da região, prejudicando o desenvolvimento do projeto. A partir de 1986, por meio de Decreto Federal nº 92.571, a área passou por processos de reassentamento de populações locais, interrompidos em 1988. Mesmo assim, isso permitiu que o Estado obtivesse áreas suficientes para a construção das instalações do aeroporto, vila residencial, centro técnico e Sítio de Lançamento do complexo do VLS (RIBEIRO JÚNIOR, 2019).

Inúmeros desentendimentos começaram a surgir nos anos posteriores, por problemas gerados nas primeiras fases dos reassentamentos, que não incluíam, ainda, as reivindicações das populações quilombolas³. A complexidade do litígio aumentou com a publicação de edital, em 04 de novembro de 2008, no Diário Oficial da União, sobre o processo administrativo visando à regularização fundiária das terras quilombolas em Alcântara. A área delimitada como terra remanescente de quilombos, abarcando 78,1 mil hectares, abrangia todo o território destinado à zona de segurança operacional do CLA, ao qual restou apenas 8.713 hectares dos 62.000 hectares inicialmente idealizados para

³ É importante detalhar que, em 1986, ainda não havia a criação da Fundação Palmares, e a identificação e demarcação de áreas quilombolas ainda era pouco explorada e apoiada pelas comunidades locais (RIBEIRO JÚNIOR, 2019).

sua operacionalização (AMARAL, 2009; RIBEIRO JÚNIOR, 2019).

Alguns fatores ainda foram somados a um desgaste maior com as populações quilombolas locais. A exemplo da divulgação por parte do Governo, da INFRAERO e da ACS sobre a comercialização dos serviços de lançamento no Centro de Lançamentos de Alcântara, o que gerou conflitos com as comunidades locais, as quais se sentiram lesadas por não poderem participar de tais atividades lucrativas (RIBEIRO JÚNIOR, 2019).

Outro elemento importante a ser considerado, e que não atingiu apenas a questão quilombola, como também a questão ambiental, foi a permissão para a instalação da empresa - por meio de licença ambiental - necessária para a construção da Alcântara Cyclone Space. Em 2008, a instalação da empresa ainda estava em fase de estudos ambientais, visando atender às exigências do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Ainda que essa problemática tenha sido contornada, por meio de negociações com o Ministério da Defesa, que permitiu que a instalação da empresa fosse feita dentro do Centro de Lançamento de Alcântara, em uma área de menos da metade da idealizada originalmente, a ACS teve que esperar a finalização de um Acordo de Conduta com a 5ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, no qual renunciava à instalação de suas operações fora do CLA (AMARAL, 2009).

Tais negociações atrasaram a emissão da Licença Prévia do IBAMA em mais de um ano, só sendo obtida em 2010. Ademais, mesmo com a promulgação de tal documento, a ACS ainda ficou condicionada a uma série de novas exigências, como estudos de campo, informações técnicas e medidas socioambientais, para obtenção de licenças de caráter mais duradouro e autorização de atividades (AMARAL, 2009).

Outro ponto polêmico do acordo com a Ucrânia foi o tipo de propelente utilizado nos foguetes Cyclone-4. Tal combustível era um composto de Dimetilhidrazina Assimétrica (UDMH) - componente tóxico - e Tetróxido de Nitrogênio (N₂O₄) (ANGELO, 2010; RIBEIRO JÚNIOR, 2019), consistindo um dos alvos da petição pública elaborada contra a maneira como a binacional estava sendo conduzida (PETIÇÃO PÚBLICA, [20--]).

A Hidrazina é um composto químico de fórmula N₂H₄. Quando liberada no ambiente, fragmenta-se em Óxido Nítrico (NO₂), substância que, se inalada pelos pulmões, transforma-se em HNO₃ (ácido nítrico), de alta toxicidade. Mesmo assim, o composto fora utilizado, por décadas, em propulsões espaciais, e ainda é empregado em produtos de limpeza e tratamentos de câncer, com os cuidados adequados. Em ambiente aeroespacial, utilizada como propelente, é importante o cuidado com o transporte e o armazenamento do produto (BASTOS NETTO; SALLES, 2006).

Pelos motivos expostos, entretanto, desde a década de 1990 diversos países vêm buscando alternativas ao uso de N₂H₄ (LOPES, 2010). A própria Ucrânia desenvolveu mecanismos de controle de acidentes na família dos foguetes Cyclone-4, criando filtros

nos motores que evitassem que gases tóxicos resultantes da queima de Hidrazina poluíssem o meio ambiente (NASCIMENTO, 2013).

Para mais, o fato de nem o Brasil, nem a Ucrânia produzirem o propelente - que ficou sob a responsabilidade da ACS, quando da divisão de responsabilidades entre as partes do Tratado de criação da empresa - tornou-se outro empecilho. Isso porque a autarquia dependeria de uma série de inconvenientes para obter o produto, como preço no mercado internacional, normas de transporte de materiais inflamáveis e tóxicos, sujeição às eventuais suspensões e embargos no fornecimento do produto, sob o entendimento do MTCR, e dependência de um país estrangeiro para provê-lo (RIBEIRO JÚNIOR, 2019).

Os aspectos citados até aqui foram objeto de críticas através da petição pública já mencionada. No entanto, a despeito desta não ter angariado a anuência esperada, as insatisfações da opinião pública envolviam muitos outros fatores, para além da qualidade da tecnologia que estava sendo empregada e dos impactos ambientais observados.

Para a compreensão plena da matéria, deve-se considerar o montante superior a 400 milhões de reais dos cofres públicos investidos na ACS, conforme constantemente veiculado na mídia quando tratando da matéria (MALTCHIK, 2013; REBELLO, 2018). Tais valores foram gastos principalmente em obras de infraestrutura, sem que nenhum foguete tenha sido lançado, o que contribuiu para a formação no imaginário popular de absoluto insucesso da empresa.

É pertinente atentar para o fato de que, apesar de vultoso, o investimento brasileiro no projeto, por si só, não constituiu uma falha ou incoerência da Administração Pública. Este consistiu no cumprimento dos encargos assumidos pelo Estado brasileiro quando da celebração do tratado, correspondendo à metade do orçamento de execução dos projetos da ACS, vez que a Ucrânia seria responsável pela integralização do restante.

A quantia pode se apresentar desconexa se considerado o histórico brasileiro de investimentos no Programa Espacial. Isso porque, se considerado o período entre os anos de 1980 e 2010, não é possível identificar qualquer coerência na alocação de recursos ao longo dos anos, uma vez que o montante a ser investido era determinado pelo grupo político a ocupar a chefia do Poder Executivo. Tal cenário evidencia uma falta de consistência suficiente para desmantelar qualquer projeto espacial estratégico (AMARAL, 2009).

Soma-se aos entraves para a concretização do projeto espacial brasileiro-ucraniano à excessiva burocracia enfrentada pelos executores do programa para acomodar as instalações da ACS no interior do Centro de Lançamento de Alcântara. Não obstante a binacional ter obtido a cessão para realizar a instalação, a empresa enfrentou diversas decisões judiciais e obstáculos ao fornecimento de licenças pelo IBAMA, principalmente em decorrência da titularidade quilombola dos terrenos circundantes ao CLA.

Uma vez instalada a empresa, as atividades da binacional ainda foram prejudicadas

pelas já conhecidas dificuldades suportadas pelos funcionários de Alcântara, quais sejam os obstáculos físicos ocasionados pelo isolamento geográfico do Centro, fazendo com que o deslocamento de materiais e de colaboradores representasse um custo elevado. Mesmo sem a concretização de qualquer lançamento, já se vislumbrava a necessidade de transporte dos foguetes e equipamentos através dos transportes aéreo e marítimo, elevando exponencialmente os custos do traslado.

Um último fator, essencial a ser comentado aqui, foram as alianças internacionais, mais especificamente o relacionamento do Brasil com os EUA. Sabe-se, conforme já ressaltado anteriormente, que os EUA representaram e ainda representam uma das maiores potências espaciais, dominando em torno de 80% dos satélites do planeta (MONSERRAT FILHO, 2003; SENADO NOTÍCIAS, 2019).

Em razão disso, o Brasil viu como uma grande oportunidade a possibilidade de retomar e de fato concretizar o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas com os Estados Unidos, visando possibilitar o uso comercial do Centro de Lançamento de Alcântara para lançamentos de foguetes norte-americanos, bem como de outros países que utilizam tecnologias norte-americanas. Ao debaterem o fim do acordo com a Ucrânia, tornou-se claro o intuito do legislativo brasileiro de abrir espaço para um futuro acordo com os EUA (SENADO NOTÍCIAS, 2019).

O AST era tido como positivo, dentre outros motivos, pelo fato de que sem ele praticamente nenhum satélite comercial poderia ser lançado de plataformas brasileiras, em razão da insegurança gerada por receio do roubo de tecnologia. Com o acordo de Salvaguardas, no entanto, esse cenário muda completamente, e o Brasil torna-se atrativo para o lançamento pelo CLA (SENADO NOTÍCIAS, 2019; RIBEIRO JUNIOR, 2019).

Além disso, havia também a possibilidade de crescimento e desenvolvimento econômico e social do Maranhão, favorecendo inclusive o aprimoramento profissional da sua população. Isso poderia ocorrer em razão de um incentivo do Estado no sentido de preparar profissionais para trabalhar no centro de lançamento e nas empresas que lá atuariam, ajudando no crescimento, inclusive, de empresas e startups da região, movimentando e melhorando, desse modo, a economia e a qualidade de vida local (NITAHARA, 2019).

Fica clara a influência dessa possibilidade de acordo com os EUA na decisão de extinguir acordo com a Ucrânia. Trata-se de assunto debatido exaustivamente pelos membros do legislativo ao votarem na MP que extinguiu a ACS, com o objetivo de abrir espaço para futuros acordos, como o de Salvaguardas Tecnológicas com os Estados Unidos. A derrocada do acordo com a Ucrânia, e os diversos anos de investimentos financeiros perdidos, abriu caminho e necessidade para que o Brasil e os Estados Unidos assinassem o acordo, com a previsão de início de lançamentos a partir de 2022 (ITAMARATY, 2019).

6. Conclusão

Este artigo partiu do princípio de que a relação diplomática entre o Brasil e a Ucrânia, que culminou na criação da binacional Alcântara Cyclone Space era, em primeiro lugar, promissora. A cooperação espacial entre os dois Estados materializou a união de vontades de dois entes estatais cujos objetivos e aparatos operacionais eram complementares.

Diante de tais constatações, surgiu a necessidade de averiguação dos reais motivos que levaram ao insucesso da parceria, dentre os quais se destacou a hipótese de que o fenômeno decorreu da ingerência do Estado brasileiro, seu despreparo para celebração de uma parceria de tal monta e para lidar com as influências negativas externas, a exemplo das tentativas do governo americano de descontinuar as tratativas entre Brasil, Ucrânia e Itália.

Foi demonstrado que, considerando apenas a posição extremamente favorável do CLA, sob controle brasileiro, bem como os equipamentos e tecnologia ucranianos para a produção de foguetes, a empresa tinha potencial para atingir os dez lançamentos e os US\$ 500 milhões de faturamento anuais previstos pelos teóricos na época (MONSERRAT FILHO, 2002:2003).

Todavia, os governantes envolvidos no projeto, no final da década de 1990, não eram capazes de prever as adversidades que eles próprios e seus sucessores teriam que enfrentar. Se, sob a ótica externa, o Brasil teria que considerar os interesses dos EUA como potência espacial para manter o projeto viável através da atração do interesse de clientes americanos, aos aspectos internos deveria ter sido dada igual atenção, visto que se apresentariam como tão prejudiciais quanto aqueles.

Dentre os principais empecilhos internos, destacou-se a impossibilidade de desenvolvimento de uma infraestrutura satisfatória no interior do CLA devido ao pertencimento dos territórios circundantes à comunidade quilombola, bem como a inconsistência da política espacial estratégica decorrente do revezamento de poder.

Reiteramos que o desequilíbrio da equação tecnológico-comercial alegado pelas autoridades brasileiras na ocasião da denúncia do Tratado já era presente desde a sua celebração, uma vez que o aparato jurídico dos diplomas firmados para a execução das atividades da ACS arquitetava uma relação rígida na qual o Brasil desempenhava sua clássica função de fornecer os meios para que outra nação realizasse a atividade intelectual com recursos brasileiros, em decorrência da salvaguarda relativa a não transferência de tecnologias. Restou configurada, portanto, uma relação de solidariedade que conduziu ao prejuízo de uma das partes, nos termos do que foi teorizado por Louis Le Fur em crítica aos trabalhos de Duguit.

Também não se deve deixar de considerar a pontuação acerca da repercussão que a intenção brasileira de firmar futuros acordos com os EUA teve sobre a decisão final relativa ao rompimento do projeto de cooperação com a Ucrânia. Para além da análise sobre ter o governo brasileiro alcançado seus objetivos, é inegável que a mera expectativa de celebração foi elemento decisivo para o distrato.

Assim sendo, se o progresso do Programa Espacial Brasileiro dependia do êxito das atividades da ACS, conforme previam seus gestores (AMARAL, 2009), as conclusões atinentes aos resultados da parceria firmada com a Ucrânia não são nem um pouco animadoras. Após gastos cerca de meio bilhão de reais e sem resultados concretos, a situação espacial brasileira volta a se assemelhar ao que se observava no final da década de 1990.

Desta forma, mostram-se fundamentais as discussões políticas, científicas e acadêmicas sobre do tema, considerando que é necessário refletir sobre as decisões e medidas adotadas pelas autoridades responsáveis com o fito de não repetir os desacertos históricos, conforme pretendeu provocar este artigo.

Bibliografia final

AGÊNCIA BRASIL. **Roberto Amaral viaja à Ucrânia para reforçar cooperação na área espacial.** 25 mai. 2003. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2003-05-25/roberto-amaral-viaja-ucrania-para-reforcar-cooperacao-na-area-espacial>. Acesso em: 08 out. 2020.

AGÊNCIA ESPACIAL BRASILEIRA. **Portaria nº 5, de 21 de fevereiro de 2002.** Disponível em: https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/Portaria_5_AEB_-2002.pdf. Acesso em: 09 out. 2020.

ARAÚJO, Carlos Alberto Gonçalves. **O Programa Espacial Brasileiro: uma oportunidade para o fortalecimento do poder nacional.** Revista da Escola Superior de Guerra, vol.29, n.58, p 80-99, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://ebrevistas.eb.mil.br/index.php/RESG/article/view/2022/1628>. Acesso em: 09 out. 2020.

ARAÚJO, Carlos Alberto Gonçalves. **Portaria nº 120, de 26 de agosto de 2014.** Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25888647_PORTARIA_N_120_DE_26_AGOSTO_DE_2014.aspx. Acesso em: 09 out. 2020.

AMARAL, Roberto. **Por que o Programa Espacial Brasileiro Engatinha.** In: ROLLEMBERG, Rodrigo (rel.); VELOSO, Elizabeth Machado (coord.). A política espacial brasileira entre 1961-2012. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p. 129-145.

ANGELO, Cláudio. **Foguete ucraniano custará R\$ 1 bilhão ao Brasil.** São Paulo: Folha de S. Paulo, 11 de setembro de 2010. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/ciencia/2010/09/797249-foguete-ucraniano-custara-r-1-bilhao-ao-brasil.shtml>. Acesso em: 11 out. 2020.

BARBOSA, Márcio Nogueira. A Importância Estratégica da Cooperação Internacional na Área do Espaço. Parcerias Estratégicas - número 7 - Outubro/1999.

BASTOS NETTO, D.; SALLES, C. A. R. **Quem tem medo da hidrazina?** Revista Espaço Brasileiro, v. 1, n. 1, p. 16-17, jan. 2007. Disponível em: <https://brazilianspace.blogspot.com/2013/01/quem-tem-medo-da-hidrazina.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Direito Espacial Contemporâneo: responsabilidade internacional.** Curitiba: Juruá, 2011. 170p.

BRASIL. Decreto nº 71.981, de 22 de março de 1973. Promulga a convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais. Presidência da República. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D71981.html. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 2.392, de 20 de novembro de 1997. Promulga o Tratado sobre as Relações de Amizade e Cooperação, celebrado entre o Governo da República Federativa

do Brasil e o Governo da Ucrânia, assinado em 25 de outubro de 1995. Presidência da República. 1995:1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2392.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.266, de 8 de novembro de 2004. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia sobre Salvaguardas Tecnológicas Relacionadas à Participação da Ucrânia em Lançamentos a partir do Centro de Lançamento de Alcântara, concluído em Kiev, em 16 de janeiro de 2002. Presidência da República. 2002:2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5266.htm#:~:text=D5266&text=DECRETO%20N%C2%BA%205.266%20DE%208,16%20de%20janeiro%20de%202002. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.436, de 28 de abril de 2005. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara, assinado em Brasília, em 21 de outubro de 2003. Presidência da República. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5436imprensa.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%205.436%2C%20DE%2028%20DE%20ABRIL%20DE%202005.&text=Promulga%20o%20Tratado%20entre%20a,21%20de%20outubro%20de%202003. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.894, de 14 de setembro de 2006. Promulga o Acordo-Quadro entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Ucrânia sobre Cooperação nos Usos Pacíficos do Espaço Exterior, celebrado em Kiev, 18 de novembro de 1999. Presidência da República. 1999:2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5894.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.494, de 24 de julho de 2015. Torna pública a denúncia, pela República Federativa do Brasil, do Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara, firmado em Brasília, em 21 de outubro de 2003. Presidência da República. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8494.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Diário Oficial da União. Nº 25, 5 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=125&data=05/02/2002&captchafield=firstAccess>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.814, de 17 de abril de 2019. Dispõe sobre a extinção da empresa binacional Alcântara Cyclone Space. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/30910248/publicacao/30910301>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 858, de 2018. Extinção da empresa binacional Alcântara Cyclone Space. 2018. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/134666>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Portaria MCT nº 559, de 31.08.2006. Ministério da Ciência e Tecnologia. Publicado no DOU de 04/09/2006, Seção I, pág. 77. Disponível em: http://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/migracao/Portaria_MCT_n_559_de_31082006.html. Acesso em: 04 out. 2020.

Câmara dos Deputados - DETAQ. Sessão: 177.1.52.O. Orador: Inácio Arruda. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=177.1.52.O&nuQuarto=7&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=11:32&sgFaseSessao=BC%20%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=10/09/2003&txApellido=INACIO%20ARRUDA&txFaseSessao=Breves%20Comunicações%20%20%20%20%20%20%20%20%20&dtHoraQuarto=11:32&txEtapa=Com%20redação%20final>. Acesso em: 10 set. 2003.

COSTA, Raymundo; SILVEIRA, Virgínia. **Críticos não veem valor estratégico em acordo espacial com ucranianos**. Valor Econômico, 2010. In: Jornal GGN, 2010. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/tecnologia/defesa-tecnologia/o-acordo-espacial-brasil-ucrania/>. Acesso em: 11 out. 2020.

COSTA, Moacyr Lobo da. O fundamento do direito internacional na doutrina de Duguit: exposição e crítica. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 53, p. 282-293, 1958.

DRI, Clarissa. **Antiformalismo jurídico e direito internacional: teoria e prática à luz do pensamento de Georges Scelle**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Puc-Sp, São Paulo, n. 3, jan. 2010.

ESTATUTO da Alcântara Cyclone Space. 2005. Disponível em: <http://antigo.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/arquivos/legislacao/13283.pdf>. Acesso em: 02 out. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. **O que é o acordo internacional. 9 jun. 1995**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/6/09/brasil/40.html>. Acesso em: 07 out. 2020.

GLOBAL SECURITY. Ukraine Special Weapons. 2006. Disponível em: <https://www.globalsecurity.org/wmd/world/ukraine/index.html>. Acesso em: 08 fev. 2021.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Lonely Superpower**. Foreign Affairs, vol. 78, no. 2, mar-abr. 1999. Pp. 35-49.

ITAMARATY. Entrada em vigor do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas Brasil-Estados Unidos – Nota conjunta do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e do Ministério da Defesa. 19 dez. 2019. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21172-entrada-em-vigor-do-acordo-de-salvaguardas-tecnologicas-brasil-estados-unidos-nota-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-do-ministerio-da-ciencia-tecnologia-inovacoes-e-comunicacoes-e-do-ministerio-da-defesa>. Acesso em 13 out. 2020.

LOPES, Raíssa. **Motor foguete movido a etanol já é realidade**. Revista Espaço Brasileiro. v. 9, Abr/Mai/Jun. 2010. Disponível em: <https://brazilianspace.blogspot.com/2010/07/motor-foguete-movido-etanol-ja-e.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

MALTCHIK, Roberto. **Projeto de meio bilhão de reais para lançamento comercial de satélites está em xeque. O Globo, 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/projeto-de-meio-bilhao-de-reais-para-lancamento-comercial-de-satelites-esta-em-xeque-7210946>**. Acesso em 13 out. 2020.

MARQUES, Renato. **Réquiem para o Programa Espacial Brasil-Ucrânia**. Interesse Nacional, 2017. Disponível em: <http://interessenacional.com.br/2017/09/20/requiem-para-o-programa-espacial-brasil-ucrania/>. Acesso em: 08 out. 2020.

MIELNICZUK, Fabiano. **Identidade como fonte de conflito: Ucrânia e Rússia no pós-URSS**. Contexto int. [online]. 2006, vol.28, n.1, pp.223-258.

MONSERRAT FILHO, José. **A parceria entre Brasil e Ucrânia para o uso comercial do Centro de Lançamento de Alcântara**. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. 2002:2003. Disponível em: <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1751.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

MONSERRAT FILHO, José. **The Discussion in the Brazilian National Congress of the Brazil-USA Agreement on Technology Safeguards Relating to the Use of Alcântara Spaceport**. Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial. 2001. Disponível em: <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1727.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

NASCIMENTO, Emmilyne Christine do. **A política espacial brasileira entre 1961-2012: a cooperação brasil/ucrânia e a empresa binacional alcântara cyclone space**. 2013. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relações Internacionais, Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2013.

NITAHARA, Akemi. **Governo quer explorar Base de Alcântara comercialmente, diz Pontes**. Agência Brasil, 2019. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/governo-quer-explorar-base-de-alcantara-comercialmente-diz-pontes#:~:text=O%20acordo%20assinado%20esta%20semana,22\)%2C%20o%20ministro%20da%20Ci%C3%AAncia](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/governo-quer-explorar-base-de-alcantara-comercialmente-diz-pontes#:~:text=O%20acordo%20assinado%20esta%20semana,22)%2C%20o%20ministro%20da%20Ci%C3%AAncia). Acesso em 13 out. 2020.

PETIÇÃO PÚBLICA. **Abaixo-assinado ACS - Mudanças Já ou o Destrato do Acordo**. [20--]. Disponível em: <https://peticaopublica.com.br/?pi=P2012N31169>. Acesso em: 12 out. 2020.

REBELLO, Aiuri. **Brasil tenta há 2 anos encerrar parceria com Ucrânia que custou R\$ 483 mi e não lançou foguete**. UOL, 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/02/15/tcu-critica-projeto-brasileiro-que-custou-r-483-mi-e-nao-lancou-foguete-fragil-e-otimista.htm>. Acesso em 13 out. 2020.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Histórico e perspectivas do uso comercial do Centro de Lançamento de Alcântara e a retomada dos lançamentos orbitais do Programa Espacial Brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://bonifacio.net.br/wp-content/uploads/documentos/CLA-PEB.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. **Aprovada MP que extingue acordo com Ucrânia para lançamento de satélites**. 16 abr. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/16/aprovada-mp-que-extingue-acordo-com-ucrania-para-lancamento-de-satelites>. Acesso em: 09 out. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Comissão aprova relatório sobre extinção de acordo com Ucrânia para lançamento de satélites. 27 mar. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/27/comissao-aprova-relatorio-sobre-extincao-de-acordo-com-ucrania-para-lancamento-de-satelites> Acesso em: 12 out. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. MP extingue empresa espacial criada com a Ucrânia para explorar base de Alcântara. 27 nov. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/27/mp-extingue-empresa-espacial-criada-com-ucrania-para-explorar-base-de-alcantara>. Acesso em: 09 out. 2020.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

ARTIGOS - outros temas

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

ACTIVISMO JUDICIAL Y JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD: IMPACTOS
DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN EL PODER JUDICIAL BRASILEÑO

Recebido: 03/07/2020

Aceito: 07/08/2020

Elenild de Góes Costa

Professora Adjunta de Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Brasília.
Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela UnB.
Pesquisadora do Grupo Trabalho, Constituição e Cidadania.



E-mail: renataqdutra@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0736-8556>

Josilene Botelho Moura

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.
Pesquisadora do Grupo Trabalho, Constituição e Cidadania.



E-mail: raianne.lc@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8717-3497>

RESUMO

O presente artigo trata da atuação ativista do poder judiciário diante da inércia do ente executivo em efetivar as políticas públicas de saúde em tempos de pandemia de Coronavírus. Objetivo: Analisar o impacto da primeira onda da pandemia de COVID-19 no poder judiciário e neste contexto o fenômeno do ativismo judicial na busca da efetivação de garantias constitucionais. Metodologia: Trata-se de uma revisão bibliográfica, de caráter qualitativo, de literaturas, doutrinas, legislações e jurisprudências afins, disponíveis nos bancos de dados da BDTD (Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações); Plataforma Sucupira; CONPEDI; LexML Brasil; GlobaLex; Banco de Teses da CAPES; e, consubstanciada com pesquisa quantitativa de dados de nos Tribunais de Justiça dos 24 estados brasileiros e do Distrito Federal, sendo os indicadores: direito à saúde, UTI, respiradores, oxigênio x COVID-19. Resultados: De março a dezembro de 2020 constatou-se o registro de 32.827 acórdãos 6.252 decisões monocráticas, totalizando 39.079 julgados relacionados à COVID-19; os pedidos verificados foram 20.640 pedidos de concessão de prisão domiciliar para pacientes do grupo de risco; 468 pedidos de leitos em UTI; 521 pedidos de respiradores e 241 pedidos de oxigênio em todo Brasil. Conclusão: Frente à inércia do poder executivo, o poder judiciário, provocado pelos clamores populares vem atuando de forma ativista e proativa na concretização de direitos fundamentais, criando um movimento de cidadania judicial, postura esta, amparada por sua função precípua de zelar pelo efetivo cumprimento dos enunciados constitucionais.

Palavras-chave: COVID-19, Ativismo Judicial, judicialização da saúde, garantias constitucionais.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMEN

Este artículo trata sobre el desempeño activista del Poder Judicial ante la inercia del ente ejecutivo en la implementación de políticas de salud pública en tiempos de la pandemia del Coronavirus. Objetivo: Analizar el impacto de la pandemia COVID-19 en el poder judicial y, en este contexto, el fenómeno del activismo judicial en la búsqueda de garantías constitucionales efectivas. Metodología: Se trata de una revisión bibliográfica, de carácter cualitativo, de literatura, doctrinas, leyes y jurisprudencia similar, disponible en las bases de datos del BDTD (Biblioteca Digital Brasileña de Tesis y Disertaciones); Plataforma Sucupira; CONPEDI; LexML Brasil; GlobalLex; Banco de Tesis CAPES, apoyado por la investigación cuantitativa de datos de los Tribunales de Justicia de los estados brasileños y del Distrito Federal, con los siguientes indicadores: derecho a la salud, UCI, respiradores, oxígeno x COVID-19. Resultados: De marzo a diciembre de 2020, se registraron 32,827 sentencias y 6,252 decisiones monocráticas, totalizando 39,079 sentencias relacionadas con COVID-19; las solicitudes verificadas fueron: 20.640 solicitudes de arresto domiciliario para presos en el grupo de riesgo; 468 solicitudes de camas de UCI; 521 pedidos de respiradores y 241 pedidos de oxígeno en todo Brasil. Conclusión: Frente a la inercia del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, provocado por reclamos populares, ha venido actuando de manera activista y proactiva en la realización de los derechos fundamentales, generando un movimiento de ciudadanía judicial, una postura sustentada por sus principales función de asegurar la aplicación efectiva de las declaraciones constitucionales.

Palabras clave: COVID-19, Activismo Judicial, judicialización de la salud, garantías constitucionales

1. Introdução

Nos termos do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas, sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como, possibilite o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Diante desta previsão constitucional e das limitações do Estado em prover o acesso à saúde de forma digna e igualitária a todo cidadão, observa-se que a efetivação desse direito previsto constitucionalmente vem sendo objeto de intensa judicialização em todo o Brasil.

No cenário fático que embasa a presente discussão destaca-se de um lado, a inércia dos poderes executivo e legislativo em realizar políticas públicas de saúde mais eficazes,

e, de outro, o protagonismo ativista do poder judiciário, quando provocado pela sociedade a atuar pró-ativamente diante da falta de iniciativa dos outros poderes, a fim de cobrar a efetividade dos enunciados constitucionais.

Pretendendo analisar a referida problemática no contexto pandêmico da primeira onda da Síndrome Respiratória aguda Grave – COVID-19, o presente estudo realizou pesquisa quantitativa nos Tribunais de Justiça dos 24 Estados brasileiros e no Distrito Federal, a fim de identificar o número de processos tratando da matéria de saúde referentes ao Novo Coronavírus que chegou ao Brasil no início do ano de 2020, tornando-se a partir de então, caso de saúde pública de dimensão mundial, conforme anunciado pela Organização Mundial da Saúde (OMS)¹ em 30 de janeiro de 2020.

Antes da pandemia, o sistema Único de Saúde (SUS) já se encontrava sucateado, com oferta de serviços básicos e paliativos para maior parte da população, enquanto, casos mais graves, com necessidades de tratamentos complexos não recebiam atendimento; operando assim, abaixo da linha do viável.

No contexto da primeira onda da pandemia de COVID-19, a atenção à saúde pública, tornou-se ainda mais precária com a intensificação de demandas por vagas em leitos da Unidade de Terapia Intensiva (UTIs), respiradores, oxigênio e pessoal especializado para atuar na linha de frente, tais como, médicos, intensivistas, enfermeiros e fisioterapeutas, entre outros.

No judiciário brasileiro, cenário pré-pandemia, já se observava a procura da população pela prestação jurisdicional no afã de obter do Poder Público o fornecimento de medicamentos, tratamentos de alto custo e especialidades médicas; porém, como advento da pandemia, a partir de março de 2020 intensificaram-se os pedidos de tutela de urgência por estes serviços.

Neste contexto, o dever do Estado de promover o acesso da sociedade ao SUS, de forma igualitária e universal, restou ainda mais prejudicado em função de questões orçamentárias, de falta de planejamento, de disputas políticas e da corrupção que inoportunamente tira proveito da situação caótica da saúde pública brasileira nesses tempos de crise.

A par das reivindicações da população brasileira, o poder judiciário vem atuando de forma pró-ativa no intuito de fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional na

¹ Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-Coronavírus&Itemid=812> Acesso em: 01.02.2021

garantia de direitos constitucionalmente tutelados; bem como, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se porta-voz dos anseios sociais frente à inércia, desorganização e déficits de planejamento do poder executivo.

Diante desse panorama, os poderes executivo e legislativo reclamam em seu favor que a interferência do poder judiciário em assuntos que extrapolam o âmbito da sua competência afronta o princípio constitucional da separação dos poderes e a autonomia de outros entes igualmente instituídos pelo Poder Constituinte.

Alegam ainda que a judicialização da saúde compromete a independência da gestão administrativa à luz do princípio da universalidade da prestação do serviço de saúde pública; bem como, o seu planejamento orçamentário, o qual já exige do governo medidas emergenciais de investimentos para que amplie a capacidade de atendimento; sobretudo, frente à alta demanda por vagas de leitos em UTIs e criação emergencial de hospitais de campanha em diversos estados brasileiros, para atender às vítimas do Novo Coronavírus.

Sobre a competência para implementar e executar políticas públicas de saúde, a doutrina diz que os direitos sociais são os fundamentos do Estado Democrático de Direito, assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil; e, são efetivados por meio das políticas públicas, que por sua essência, são manifestações dos poderes públicos, através do Poder Executivo e Poder Legislativo, em regra.

Nesse sentido, segundo a teoria da Reserva do Possível⁶ a promoção e execução de ações e serviços voltados à atenção da saúde competem, exclusivamente, ao poder executivo, que por meio da administração pública, deve utilizar os seus recursos materiais e humanos mediante previsão de recursos, planejamento orçamentário e política sanitária do Estado brasileiro, respeitando as suas limitações.

Por outro lado, contrário a esse entendimento, na esfera jurídica, Barroso (2013), IngoSarlet, Marinoni & Mitidiero (2016) amparados pela função precípua da Corte Constitucional e pelo princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, como balizador do Estado Democrático de Direitos, defendem que o judiciário não pode omitir-se de apreciar, de acordo com a previsão legal o direito à saúde, quando provocado a fazê-lo, dando justo provimento de acordo com as leis e normas vigentes do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a cobrar da administração pública que cumpra o seu papel.

Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADPF n.45 MC/DF², pelo voto do ministro Celso de Mello, em não reconhecer o princípio da “reservado possível” como justificativa para inviabilizar a prestação do Estado em favor dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Diante desta tensão entre o poder judiciário e o poder executivo, ambos defendendo as possibilidades e limites de suas competências, entende-se urgente e necessário fomentar em âmbito acadêmico a discussão a respeito do ativismo judicial na judicialização da saúde, de forma clara e objetiva, sem ignorar os custos dos direitos e a escassez de recursos; mas também, levando em conta a função precípua do Supremo Tribunal Federal como guardião da supremacia da Carta Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Ante o exposto, o presente estudo tem como objetivo principal analisar o impacto da primeira onda da pandemia de COVID-19 no poder judiciário, e nesse contexto, o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da saúde na busca da concretização de direitos e garantias sociais, inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Com os objetivos específicos, pretende-se identificar os temas mais relevantes relacionados à pandemia de COVID-19 que chegaram ao judiciário brasileiro no período de março a dezembro de 2020; analisar a aplicação do direito constitucional na efetivação do direito social à saúde, numa perspectiva de adequação da legislação às necessidades da sociedade; e, contribuir para a discussão acadêmica do tema.

Para tanto, a fim de alcançar os objetivos propostos, o estudo será dividido em três capítulos a seguir descritos: 1) Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades; 2) Pesquisa Quantitativa nos Tribunais de Justiça estaduais e no Distrito Federal sobre direito à saúde e COVID-19; 3) Judicialização da saúde.

Para fins metodológicos, o estudo dispõe de uma revisão bibliográfica, que inclui leis, doutrinas e jurisprudências dos tribunais brasileiros, voltadas ao tema proposto;

2 “[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]” (BRASIL, STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg.29.04.04) Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12726197>>Acesso:01.02.2021

e, com o intuito de balizar as discussões e considerações tecidas no presente estudo, realizou-se pesquisa quantitativa nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, tomando como referência o Relatório Justiça em Números no período de março a dezembro de 2020, para fins de comparação quantitativa, dos indicadores: direito à saúde, UTI, respiradores e oxigênio x COVID-19.

Nesse sentido, espera-se com a presente pesquisa contribuir para o enriquecimento pessoal, além de fomentar a reflexão acadêmica e social a respeito do estudo proposto, sem, contudo, esgotá-lo, visto se tratar de tema complexo, abrangente e que envolve um grande leque de atores e cenários dentro da estrutura política, jurídica, legislativa e administrativa brasileiras.

2. Ativismo judicial na judicialização da saúde: limites e possibilidades.

Inicialmente o estudo analisa as alegações da administração pública em relação à atuação do poder judiciário, que por meio de um protagonismo ativista judicial voltado à solução das demandas que versam sobre questões de saúde, impõe a satisfação de tutelas de urgências pelo Estado, intervindo assim, na administração pública e políticas do SUS, dirigindo a alocação dos seus recursos e desrespeitando a autonomia conferida constitucionalmente a este ente público.

Considerando o exposto, observa-se segundo as normas constitucionais e a doutrina clássica positivista defendida por Pontes de Miranda (1946), que a saúde consta no rol dos direitos sociais de segunda geração, previstos constitucionalmente e que devem ser efetivados pelo poder executivo.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, com o fortalecimento da jurisdição constitucional, temas que deveriam ser tradicionalmente tratados pela esfera legislativa e política, passaram a ser cobrados pela sociedade na esfera judiciária, a fim de dar plena efetividade aos seus direitos sociais, frente à inércia dos órgãos competentes, sobretudo, no que se refere à garantia constitucional do direito à saúde.

Nesse sentido, no intuito de dar legitimidade a práxis ativista dos Tribunais, como observa Ingo Sarlet e Figueiredo (2014), o judiciário criou técnicas interpretativas que lhe permitem uma compreensão mais ampla em assuntos que não são ordinariamente de sua alçada; para isso criou, equipes de apoio especializado, compostas por profissionais da área da saúde a fim de respaldar o convencimento dos magistrados na análise dos casos concretos.

A respeito do ativismo judicial, critica Veloso (2014) que o protagonismo do

judiciário vem conferindo aplicabilidade direta e imediata a normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, que necessitam de regulamentação e atuação do ente executivo para produzirem todos os seus efeitos. No entanto, ignorando esta premissa, juízes e tribunais, vêm concedendo tutelas de urgência, obrigando a Administração Pública dar o provimento imediato, ainda que não haja previsão orçamentária para tal; portanto, entende-se que a interferência do poder judiciário na gestão orçamentária da administração pública da saúde e do poder executivo é indevida por extrapolar os limites de sua função e afrontar o princípio da separação dos poderes da república.

A despeito do alegado, o STJ entende que:

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada (grifou-se) (STJ, RESP nº 1041197- MS, Ministro Humberto Martins - Segunda Turma).”

Neste cenário jurídico-político-administrativo, observa-se que o ponto conflitante concentra-se na alegação de que o Poder Judiciário encontra o seu limite de atuação, no fato de que as políticas públicas, no âmbito dos direitos sociais, devem ser promovidas por meio de leis, projetos, ações e diretrizes desenvolvidas e concretizadas, via de regra, pelos Poderes Legislativo e Executivo visando à efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, em observância obrigatória ao Estado Social Democrático.

O Poder Judiciário por sua vez refuta tal argumento com a interpretação de que:

Embora as políticas públicas sociais devam ser desenvolvidas e concretizadas via poderes Executivo e legislativo; se esses Poderes supramencionados não cumprem seu papel de gestor dos interesses da sociedade, o Poder Judiciário, com fundamento na própria Constituição vigente, encontra respaldo para atuar na efetivação dos direitos sociais. (STF, ADPF nº45 MC/DF).

Nesse conflito de competências entende-se que prevalece o entendimento que melhor atende a efetividade de fato dos enunciados constitucionais em relação aos direitos fundamentais e sociais da população brasileira.

a. ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E CONCEITO

Embora, parte da doutrina, compartilhe do entendimento de Leal (2010, p.24) que a terminologia “Ativismo Judicial” é usada desde o final do século XIX por Frans Klein, (1901) e depois em 1916 quando na Bélgica questionava-se o protagonismo dos juízes frente a temas de grande relevância social, o entendimento que prevalece é que a sua legitimação e consolidação, enquanto instituto jurídico é conferida ao protagonismo da Suprema Corte americana quando da decisão de segregação racial, tendo esta por primeiro se fortalecido e consolidado a separação dos poderes e o federalismo.

Já nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes (2009, p. 2), falou-se pela primeira vez em Ativismo Judicial em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger.

Embora existam inúmeras conceituações atribuídas ao ativismo judicial, optou-se pela definição trazida por Barroso (2008, p.92) que diz: “consiste em uma postura adotada pelo Magistrado com relação à interpretação das leis e da Constituição, o que possibilita que este amplie o alcance das normas decorrentes, sobretudo, de possível retraimento do papel dos Poderes Legislativo e executivo.”

Neste sentido Aragão (2013, p. 60) pressupõe que o ativismo judicial se justifica na ampliação da ingerência do judiciário nos outros poderes a fim de concretizar os valores e objetivos da república constitucionalmente previstos.

Já para outros doutrinadores, tais como Gomes (2009, p. 21), o termo em questão significa a “extrapolação dos poderes do judiciário”, o qual age para além do que lhe fora outorgado pela Carta Maior do ordenamento jurídico vigente no país.

A par destes conceitos e entendimentos divergentes sobre o tema pode-se entender o ativismo judicial nas seguintes perspectivas:

Entende-se ativismo judicial como procedimento que faculta os magistrados legislarem; contestarem atos constitucionais oriundos de outros poderes; questionar a validade de decisões que divergem dos cânones constitucionais brasileiros, sem, contudo, perder de vista que o ativismo judicial sempre é invocado para preservar direitos (VALLE, 2009, p. 21).

Para tanto, o ativismo judicial pode ser classificado de duas formas, o revelador, e o inovador; o primeiro invocado em face de lacunas constitucionais e o segundo que cria regras de interpretação a fim de dar amplitude ao alcance da norma constitucional.

b. JUDICIALIZAÇÃO: ORIGEM E CONCEITO

Segundo Negri (2002, p. 13) a judicialização é assunto presente na sociedade desde o início dos séculos XVII e XVIII, como fruto das Revoluções Francesa e Americana as quais consolidaram o Estado de Direito e solidificam os direitos e deveres políticos, através de um movimento que se denominou à época de “Racionalização da Política”, por meio do qual buscava-se a positivação da vontade política do povo; sendo este, um marco embrionário da judicialização, sobretudo da política.

Explica Melo (2015, p.56) que foi neste cenário que se deu a organização legislativa da política, posto que, a Assembleia Nacional Constituinte institucionalizou o poder político garantindo ao povo a soberania popular e o poder representativo.

Considerando o exposto, infere-se conforme os ensinamentos de Barroso (2015, p.23) que as leis são produto da política e representam um meio de conter os resultados diversos da vontade constituinte que a gerou, portanto, cabe como função precípua do poder judiciário o fazer cumprir a lei promulgada de acordo com os parâmetros constitucionais.

Quanto ao conceito de judicialização, Maciel e Koerner (2012), indicam que este vocábulo expressa uma conotação político-social para fazer referência ao dever legal de exame jurídico de certo tema ou a preferência de uso de via judicial para a solução de um litígio.

c. RAZÕES PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Significativa contribuição sobre o fenômeno da judicialização no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi dada pelos autores Marcos Faro de Castro (1997), Werneck Vianna (2007) e Ariosto Teixeira (1997), estes estudos são uníssonos no sentido de identificar algumas razões para a judicialização, dentre as quais se podem citar: “a separação dos poderes; a ineficácia das instituições que detém o poder; o sistema democrático; o exercício dos direitos políticos; a utilização dos tribunais para sanar divergências entre oposições políticas e a ingerência de grupos com interesses privados” (ARAGÃO, 2013, p.67).

Além de tais razões políticas apresentadas pelos autores supracitados, podem-se identificar de acordo com Barroso (2008) alguns motivos jurídicos para a judicialização da saúde, tais como, a garantia dos direitos humanos; o controle constitucional do ordenamento jurídico pátrio; a positivação constitucional das garantias e direitos individuais e sociais e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo estes, os elementos que motivam a expansão das competências jurisdicionais do judiciário

brasileiro.

d. DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Antes de finalizar este breve estudo conceitual, faz-se necessário esclarecer a diferença entre Ativismo Judicial e Judicialização.

Muito embora os temas ativismo judicial e judicialização versem sobre a atuação do poder judiciário, que extrapola de alguma forma o limite de sua competência, não são expressões sinônimas.

De acordo com Aragão (2013, p. 69) o “Ativismo Judicial” é um fenômeno encontrado em diversas sociedades contemporâneas e implica em opções por parte de juízes quando da interpretação das regras constitucionais, enquanto que a judicialização é decorrente da adoção de determinado parâmetro constitucional utilizado frente ao fato concreto levado a presença do judiciário independente da vontade política isolada.

3. Pesquisa quantitativa sobre judicialização da saúde na pandemia – março a dezembro de 2020.

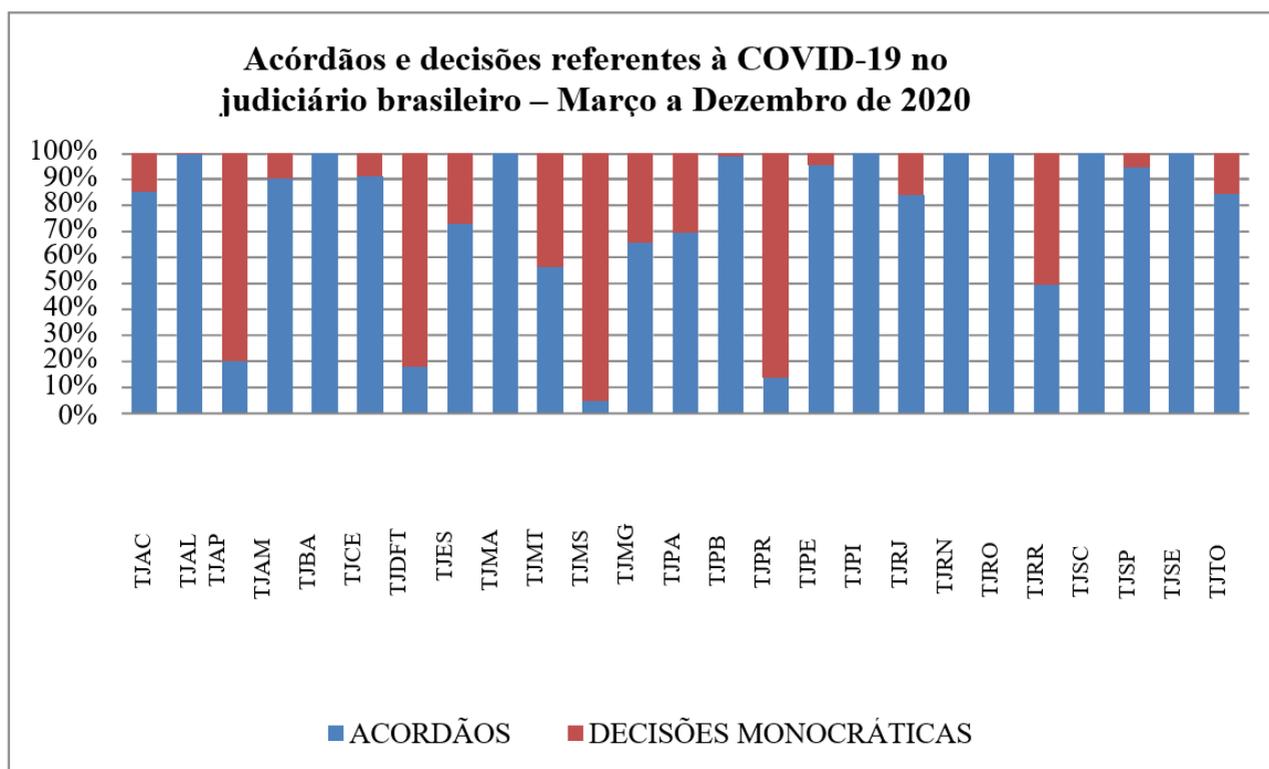
Trata-se de uma pesquisa quantitativa tendo como objeto decisões monocráticas e acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros e do Distrito Federal e Territórios– TJDF, no período compreendido entre o mês de março a dezembro de 2020, tendo como objetivo quantificar o fenômeno da judicialização da saúde, no período da 1ª onda da pandemia de COVID-19 no Brasil. Para tanto, elegeu-se como amostragem dos julgados, acórdãos e decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais brasileiros referentes às questões voltadas a saúde pública.

Para realizar as buscas por decisões e acórdãos referentes à saúde pública nos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal, utilizou-se a plataforma virtual dos respectivos tribunais, onde foram colhidas as informações utilizadas como parâmetro para traçar um panorama geral da judicialização da saúde no Brasil, naquele período.

Ato contínuo procedeu-se a análise estatística dos dados coletados, a fim de obter um resultado quantitativo, de demandas voltadas a essa temática.

O resultado da pesquisa segue tabulado em gráficos e tabelas do programa Microsoft Excel de forma didática e metodológica para facilitar a compreensão, discussão e conclusão do estudo proposto; para tanto, estabeleceu-se comparações entre os dados numéricos obtidos a por estados e DF, a partir dos indicadores: acórdãos e decisões monocráticas publicados no período do estudo, conforme gráficos a seguir:

Gráfico 1 – Direito à Saúde COVID-19: Acórdãos e decisões dos Tribunais de Justiça-Brasil, de março a dezembro de 2020



Fonte: Gráfico elaborado pela autora da pesquisa com base nos Dados do portal da Justiça em número

Pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça das 24 capitais brasileiras e do DF, no período compreendido entre março a dezembro de 2020, constatou-se o registro de 32.827 (trinta e dois mil oitocentos e vinte e sete) acórdãos e 6.252 (seis mil duzentos e cinquenta e duas) decisões monocráticas, totalizando 39.079 (trinta e nove mil e setenta e nove) acórdãos e decisões monocráticas referentes à COVID-19 no período compreendido no estudo.

Nesse período, os estados apresentaram os seguintes números: Alagoas 735 acórdãos e 1 decisão monocrática; Amapá 5 acórdãos e 20 decisões; Amazonas 298 acórdãos e 32 decisões; Bahia 2 acórdãos; Ceará 1866 acórdãos e 186 decisões; Distrito Federal 306 acórdãos e 1383 decisões; Espírito Santo 97 acórdãos e 36 decisões; Goiás 128 acórdãos; Maranhão 32 acórdãos e 25 decisões; Mato Grosso 58 acórdãos e 1154 decisões; Mato Grosso do Sul 1730 acórdãos e 904 decisões; Minas Gerais 183 acórdãos e 81 decisões; Pará 205 acórdãos e 3 decisões; Paraná 85 acórdãos e 549 decisões; Pernambuco 81 acórdãos e 4 decisões; Piauí 4 acórdãos, Rio Grande do Sul 7 acórdãos; Rio Grande do Norte; 117 Acórdãos e 2400 decisões; Roraima 41 acórdãos; Rondônia 239

acórdãos e 246 decisões; Santa Catarina 13 acórdãos; São Paulo com 26.201 acórdãos e 1.530 decisões monocráticas; Sergipe com 1 acórdão, Tocantins 288 acórdãos e 54 decisões.

Destacaram- com maior e menor incidência respectivamente, o Estado de São Paulo com 26.201 acórdãos e 1.530 decisões monocráticas tratando do tema proposto e Sergipe com registro de apenas 1 acórdão no período do estudo. A alta incidência em São Paulo, justifica-se pelo fato de ser o estado mais populoso do Brasil.

Considerando os dados obtidos na presente pesquisa, observa-se o grande impacto da primeira onda da Pandemia de COVID-19 no poder judiciário, o qual de acordo com o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da CF de 1988, não se pode negar o acesso à justiça àqueles que a invocarem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Esta garantia também encontra respaldo no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, firmado na primeira Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Diante do exposto, entende-se que além de uma garantia constitucionalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à justiça é uma garantia com previsão nas determinações legais internacionais de direitos humanos, tendo, portanto, caráter prioritário como direito.

Concernente ao direito de acesso à justiça, Marinoni (2009) ensina que, em tempos remotos o Estado não intervia nos conflitos particulares, exercendo cada um a autotutela de seu direito na composição e resolução das lides; com o evoluir dos institutos jurídicos e a consagração da teoria da repartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), expresso a partir do século XVII na obra de Montesquieu o “Espírito das Leis”, o Estado passou a ter a prerrogativa de dizer o Direito e aplicá-lo; a partir de então, perpetuou-se o seu monopólio sobre a jurisdição na determinação de fazer cumprir os enunciados legais fundamentados na Carta Maior.

A esse respeito preleciona o Ministro Luiz Fux:

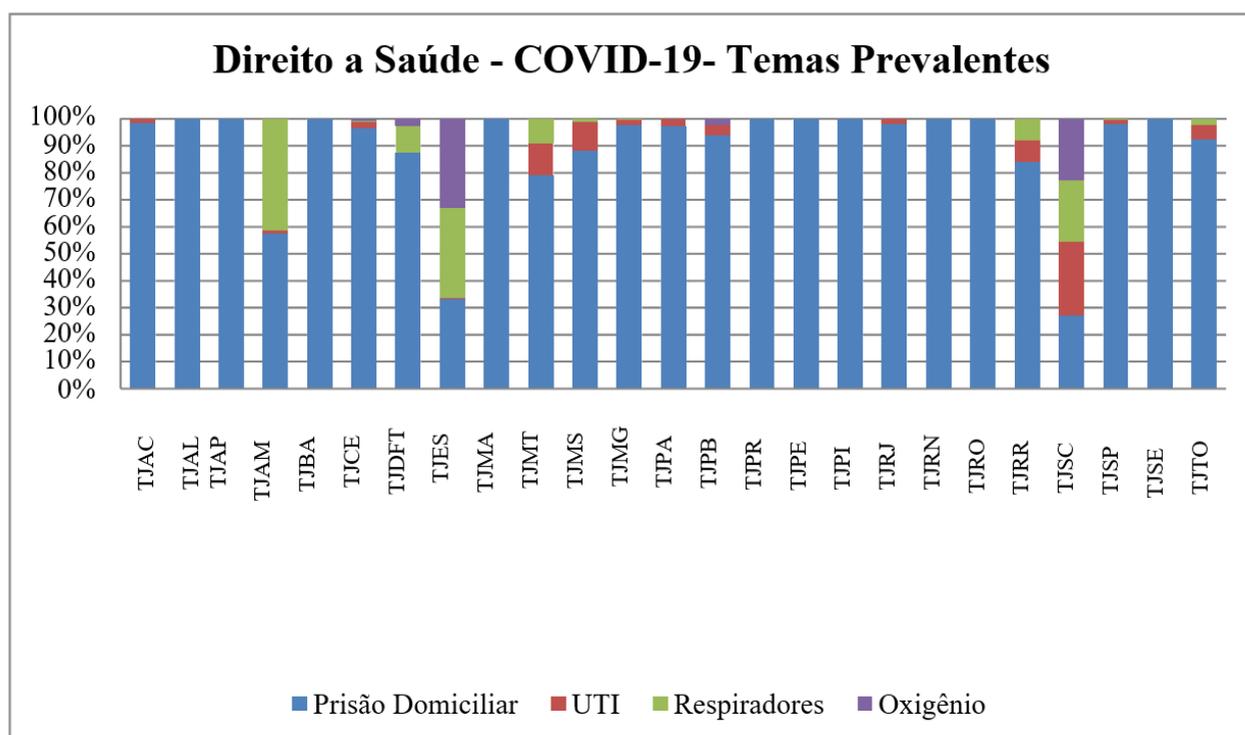
O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto (FUX, 2009, p.41).

Neste sentido, entende-se que a Constituição Federal de 1988, confere o direito de ação a qualquer pessoa, sendo ela física ou jurídica, com o intuito de requerer a prestação jurisdicional em face de lesão ou ameaça de lesão; cabendo do Poder Judiciário zelar pela garantia dos enunciados previstos constitucional, conferindo assim, o direito fundamental de acesso à justiça quando invocado.

3.2 Dos temas afins relacionados ao direito à saúde e covid-19

Dos 39.079 (trinta e nove mil e setenta e nove) julgados referentes ao Direito à Saúde e COVID-19, no período de março a dezembro de 2020, foram prevalentes os seguintes assuntos com pertinência temática: prisão domiciliar, Unidade de Terapia Intensiva (UTI), respiradores e oxigênio.

GRÁFICO 2– Direito à saúde e COVID-19: temas afins prevalentes



Fonte: Gráfico elaborado pela autora da pesquisa com base nos Dados do portal da Justiça em número

Dentre os principais assuntos relacionados ao direito à saúde no período da primeira onda da pandemia de Novo Coronavírus destacaram-se prevalentemente quatro temas correlatos: saúde dos presos com 20.640 pedidos de concessão de prisão domiciliar, para os presos/pacientes considerados do grupo de risco; 468 pedidos de leitos em UTI; 521 pedidos de respiradores e de 241 pedidos de oxigênio em todo Brasil.

3.2.1 Sobre a Prisão Domiciliar

Como se pode observar destacou-se o pedido de prisão domiciliar de presos/pacientes de todo país com fundamento no artigo 1º, III, da CRFB, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, do artigo 318, inciso II, do CPP e do artigo 117, inciso II, da LEP e na premissa de prisão domiciliar humanitária.

Constata-se que a pandemia do Novo Coronavírus impactou o poder judiciário com um aumento significativo no número de pedido de concessão de prisão domiciliar considerando que muitos presos/pacientes são do grupo de risco para o COVID-19; sobretudo, no Estado de São Paulo, por sua numerosa população carcerária, haja vista, as condições de superlotação dos presídios, por si só, já colocariam tais pessoas em situação de vulnerabilidade diante do quadro pandêmico.

Observou-se de acordo com os dados da pesquisa que muitos pedidos foram negados por não preencherem os requisitos do artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, e do artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal e pela falta de documentação comprobatória das condições de saúde dos pacientes, portanto, a concessão da prisão domiciliar, a princípio, foi concedida apenas para os que testavam positivo para o Coronavírus.

Nesse sentido, a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), recomendou aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo Novo Coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

A par das condições sanitárias do sistema carcerário brasileiro, de fato, se aceita como prudente a Recomendação do CNJ no sentido de evitar uma contaminação em massa entre os presos/pacientes, o que levaria a consequências desastrosas e ao agravamento da atenção à saúde pública durante a primeira onda da pandemia de Coronavírus.

Sobre o assunto, o TJDF se manifestou no seguinte sentido:

HABEAS CORPUS – PANDEMIA PELO NOVO CORONAVÍRUS - NÃO CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR – CRITÉRIOS RAZOÁVEIS – AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SOLTURA INDISCRIMINADA – PONDERAÇÃO ENTRE VALORES - RESPALDO EM PARECER TÉCNICO.

Não há ilegalidade na decisão pela qual o juiz da execução indefere o pedido de concessão de prisão domiciliar, em razão da pandemia pelo Covid-19, se baseada em critérios técnicos e mediante demonstração de que o sistema carcerário tem se valido de medidas de prevenção e de tratamento daqueles que tenham sido contaminados.

A Recomendação nº 62/2020, nos artigos 4º e 5º confere aos juízes a decisão sobre a possibilidade de revisar a necessidade de prisão, considerando outras medidas passíveis de aplicação; portanto, embora recomende a adoção de medidas de prevenção específicas para o grupo de risco, não sugere a soltura indiscriminada de presos. Nesse sentido, cabe ao magistrado ponderar os riscos que a soltura de presos pode causar à sociedade.

3.2.2 Sobre os pedidos de UTI, respiradores e oxigênio

Em grande parte das decisões o Estado recorreu alegando que não pode privilegiar um paciente sem comprometer a universalidade da prestação do serviço a toda a sociedade, e, que, portanto, o judiciário deve ter como parâmetro para as suas decisões a teoria da reserva do possível respeitando a autonomia do poder executivo, suas possibilidades de recursos e o planejamento orçamentário da administração pública.

Assevera ainda o Estado em sua defesa que, uma vez concedida prioridade a um paciente, abre precedentes para que toda a sociedade passe a exigir o mesmo direito, o que se tornaria uma expectativa desleal e de impossível viabilização pelo ente executivo.

Por outro lado, justifica o judiciário que suas decisões se pautam pelo caráter prioritário da saúde como direito social constitucionalmente tutelado; e, que a administração pública da saúde tem previsão de recurso do Governo Federal destinado ao atendimento de demandas voltadas a questões excepcionais, tais como, fornecimento de medicamentos e tratamento de alto custo e outros afins.

Considerando o exposto, Wanmacher (2009) explica que a indicação de tratamentos deve ser precedida de análises de eficácia, de segurança, de custo, orçamento e qualidade, e não somente, com base na necessidade do usuário. Para tanto, tal análise deverá ser feita por profissionais da saúde qualificados para emitir pareceres

condizentes com necessidade do paciente e capacidade da gestão da saúde pública brasileira em supri-la nestes tempos de pandemia, sem comprometer a oferta a outro cidadão igualmente necessitado do mesmo atendimento.

Neste mesmo sentido também analisam Nascimento Júnior et al., (2015); Brasil, (2017) e Osorio-de-Castro et al., (2017) com base na permanente revisão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a qual consiste em um parâmetro de caráter norteador na seleção e na programação de medicamentos; que assim como as prescrições médicas, as decisões judiciais devem estar alinhadas com a capacidade do Estado em atendê-las, respeitando os princípios basilares do SUS que são a universalidade, a integralidade e a equidade, bem como a autonomia do ente público.

Em relação à concessão de tutelas de urgência através das quais o Poder Judiciário determina a disponibilização compulsória e imediata de tratamentos, leitos de UTI, respiradores e de oxigênio pelo Estado, Carvalho (2010) adverte que ao impor a obrigação exclusiva ao Estado de suprir às necessidades da população, sem, contudo, respeitar o limite da reserva do possível, contribui-se para o fracasso do Estado Social, uma vez que, assim deferido, a sociedade tende a uma busca gradativamente maior da materialização dos direitos sociais constitucionalmente previstos, o que, levaria a completa ineficiência das políticas públicas de atenção à saúde e comprometeriam o estado de bem estar social para todos.

Noutra perspectiva, Osorio-de-Castro et al., (2017) reconhece que a judicialização da saúde se tornou importante ferramenta de consolidação do direito à saúde e tem contribuído para o aperfeiçoamento do SUS como política pública.

Das Jurisprudências em Temas de repercussão geral reconhecida, publicadas sobre o assunto destacam-se:

Tema6/STF – repercussão geral reconhecida

“Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.”RE566471RG/RN

Tema793/STF –tese firmada

“O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no pólo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.”RE855178/SE ACÓRDÃO 987873

De acordo com a análise das decisões proferidas no Agravo em Recurso Extraordinário 715027/RS, 759915/RJ e 772150/RJ, bem como, no Recurso Extraordinário 753159/PE e 753514/RS, consolidou-se o entendimento pacífico em repercussão

geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da legitimidade dos entes federados para compor o pólo passivo de ações judiciais que busquem garantir o direito fundamental à saúde. É também, entendimento pacificado que a responsabilidade entre os entes é solidária, assim, pode-se condenar solidariamente à concessão do tratamento necessário à garantia desse direito.

Nesses julgados, importante enfatizar que as reivindicações dos cidadãos em relação à saúde, não se referem apenas ao que o SUS não oferece, mas também, aos serviços que oferece de forma precária e ineficiente; e nesse sentido, é que a sociedade recorre ao judiciário a fim de buscar maior efetividade da prestação do serviço público de atenção à saúde.

Ante o exposto, visando dar maior segurança jurídica às decisões referentes ao fornecimento de tratamentos ou medicamentos, o CNJ (2011) recomendou aos tribunais que criassem comissões técnicas formadas por médicos e farmacêuticos para que auxiliassem com pareceres sobre as questões clínicas dos casos de saúde levados ao judiciário.

Além do que, determinou aos magistrados que adotassem medidas no sentido de instruir os processos com o máximo de documentos possíveis; que evitassem autorizar o fornecimento de fármacos não liberados pela ANVISA; que estabelecessem diálogo com os gestores públicos de saúde; e, que promovessem o curso de direito sanitário para o aperfeiçoamento dos magistrados com visitas in loco nas unidades públicas de saúde.

A Declaração do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (2010) reafirmou que “a atuação do Judiciário é crucial para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito à saúde, mesmo sob o argumento de que do seu exercício advêm tensões com a administração pública” (RECOMENDAÇÃO n. 36, CNJ).

O Conselho Nacional de Justiça (2018) considera que apesar de críticas e desafios, a política judiciária de saúde adotou medidas que indicam grandes avanços institucionais do Judiciário, concernentes a celeridade das decisões, em resposta ao direito à vida e buscando meios de mitigar complexidades que diferenciam o direito à saúde dos demais direitos sociais.

4. Judicialização da saúde

Observa-se no atual cenário jurídico brasileiro que a cúpula do poder judiciário, como intérprete do texto constitucional, vem gradualmente conferindo aplicabilidade direta a direitos fundamentais, por meio de uma postura ativista de ponderação da força

normativa de princípios constitucionais, portanto, diante do cenário crítico de saúde pública o tema merece reflexão a luz da conjuntura da política social brasileira.

Segundo Aragão (2013, p.115) os atos administrativos dos poderes executivo, legislativo e judiciário não podem ser executados em dissonância com a Carta Magna do direito brasileiro, com o qual possuem vinculação obrigatória; nesta fronteira Moraes (2015, p.12) afirma ser plenamente justificável a intervenção judicial no que se refere aos atos do poder executivo em relação às políticas públicas de saúde, haja vista ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição brasileira, e como tal, lhe assiste o dever de zelar pelo respeito aos seus enunciados.

Conforme a explanação de Aragão (2013, p. 116) em um passado não muito distante o controle do judiciário em relação aos atos dos demais poderes da União, se limitava ao exame da legalidade formal; já no atual cenário brasileiro, observa-se que o judiciário vem sendo de mandado para além do exame formal, sendo obrigado a debruçar-se sobre questões de mérito em casos concretos, diante da inércia do poder executivo em concretizar os enunciados constitucionais.

Diante de tais controvérsias, a doutrina pátria apresenta argumentos favoráveis e contrários a judicialização da saúde e a conseqüente intervenção do poder judiciário em assuntos que em tese são de competência resolutive de outros poderes, igualmente instituídos pelo poder constituinte originário.

a. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Analisa historicamente Moreira (2015) que desde Brasil Colônia a saúde pública evoluiu ganhando relevância nas políticas públicas dos Estados tendo a Lei Eloi Chaves, como a primeira norma jurídica voltada para a saúde pública. A partir de então vários institutos foram criados (CAPS, IAPS, INPS E SINPAS), e por fim o Sistema Único de Saúde, o SUS (1988). Considerando esta evolução, a Constituição Federal de 1988, no artigo 196, apresenta o direito à saúde como garantia constitucional prevista no rol dos direitos sociais, e, traz em seus termos uma declaração impactante: “a Saúde é um direito de todos e dever do Estado”.

Enfatiza ainda Moreira (2015), em tom de censura, que o Poder Judiciário em protagonismo ativista histórico tem fundamentado muitas decisões em matéria de saúde pública, no artigo 196 da CF 1988 a fim de dar “efetividade direta” às prestações diversas requeridas em tutela de urgência no âmbito do poder judiciário.

Neste sentido, a respeito da interpretação do referido dispositivo constitucional, o Professor Guilherme Guimarães Coan, - Doutor em Direito Constitucional da Universidade

Presbiteriana Mackenzie em São Paulo – analisa alguns aspectos da hermenêutica constitucional:

O primeiro aspecto, “direito de todos”, trata-se de simples reforço da idéia de universalidade. A amplitude interpretativa, usualmente, refere-se ao aspecto de “dever do Estado”. Interpreta-se, reiteradas vezes, que a expressão “dever do Estado”, equivaleria ao “dever exclusivamente estatal”, o que não se adéqua à melhor interpretação constitucional.

O dispositivo não pode ser isoladamente aplicado – como, aliás, nenhuma outra norma ou princípio. Especificamente no que se refere ao artigo 196da Constituição Federal, é necessário que se analise, no mínimo, a íntegra do dispositivo: a saúde, de fato, “é direito de todos e dever do Estado”. Este direito, todavia, deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Não se limita o direito à saúde, entretanto, àquilo que pode e deve ser garantido pelo Estado (COAN, 2015, p.76).

Nesta perspectiva, compartilha do mesmo entendimento Moreira (2015) quando preleciona que a menção do “direito de todos e dever do Estado”, prevista no art. 196, indica tão somente a universalização do direito à saúde, uma vez que todo ser humano necessita desta atenção, e, conseqüentemente, impõe ao Estado o dever de elaborar políticas públicas sanitárias como intento de prevenir riscos de doenças que venham se agravar e causar danos à saúde pública. Para tanto, o Estado tem a função precípua de regulamentar e controlar a assistência à saúde pública, assim como, fiscalizar a oferta de serviços de saúde oferecida pela iniciativa privada.

Com base nessa premissa, os defensores da autonomia do poder administrativo, enxergam com preocupação tal ingerência do poder judiciário no âmbito do poder executivo, senão vejamos:

A motivação dos atos administrativos tanto propicia a transparência à atividade administrativa acerca das razões de fato e dos fundamentos jurídicos das decisões, quanto possibilita o autocontrole pela própria administração, sem prejuízo do controle por outros poderes estatais, mormente pelo poder judiciário. Embora não restem dúvidas sobre o poder da administração pública de anular ou revogar os atos que pratica, ainda ecoam críticas e interrogações quando se reflete a respeito da intervenção jurisdicional em atividades administrativas, pois alguns vêem com certa preocupação o poder do judiciário no julgamento dos atos administrativos (MACEDO, 2007, P. 89).

Compartilha deste entendimento Coan (2015) ao enfatizar que os limites da responsabilidade em matéria de saúde, não se exaurem apenas na responsabilidade

estatal, como quer delimitar o Poder judiciário em seus julgados a respeito do assunto; mas, inclui empresas e organizações da sociedade civil, como previsto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.080/90; e, ainda, toda a sociedade conforme descrita na Lei Orgânica do SUS, a qual expande o alcance desta responsabilidade para além do Estado. Nesse sentido assevera:

Entende-se, destarte, que, embora seja a saúde um dever do Estado, duas importantes observações devem sempre acompanhar esta afirmação: primeiramente, a observação de que o dever não é exclusivamente do Estado, mas de toda a sociedade. Ademais, ainda que constitua um dever do Estado e da sociedade, o direito à Saúde encontra diversos limites jurídico constitucionais (COAN,2015,p.78).

Considerando o exposto, entende-se que é dever do Estado, responsabilizar-se pela implementação do direito à saúde, porém, isto não significa que necessariamente será isoladamente o único responsável por prover a efetivação de tal direito.

O Ministro e professor Eros Grau (1997), em seu posicionamento sobre o assunto, chamou de “Totalitarismo da Cúpula Judicial” referindo-se ao ativismo judicial e o efeito erga omnes e vinculantes dado às decisões do STF. Afirma que tal prática tem contribuído para o engessamento do judiciário brasileiro, e ainda, que “nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação de totalitarismo”³.

Matos & Lukesi, (2018) a respeito, reconhecem que a judicialização da saúde gera uma forte tensão na execução das políticas públicas voltadas a atenção à saúde, visto que, o poder executivo, resta compelido a garantir prioritariamente o direito à saúde, na forma determinada pelo poder judiciário e não conforme o seu próprio planejamento prévio, causando, assim, um grande impacto no seu orçamento e a desestabilização de suas políticas públicas.

b. ARGUMENTOS A FAVOR DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O fenômeno da judicialização da saúde se tornou uma discussão relevante, tanto na esfera da saúde, quanto no âmbito jurídico, político, acadêmico, assim como para toda a sociedade, uma vez que trata do déficit na efetivação das políticas públicas na satisfação de direito social, que se reflete entre outras, na desproporcionalidade entre as demandas por serviços de saúde e a entrega destes pelo poder público, sendo, portanto, o Judiciário provocado a interferir no âmbito do Executivo, a fim de efetivá-los.

A previsão de fornecimento de medicamentos pelos entes federativos encontra-se

³ GRAU, Eros Roberto. **Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado ‘efeito vinculante’**. Revista da Escola Paulista de Magistratura, ano1, n. 3,p.78, maio/out. 1997.

prevista no art. 198 da CF de 1988, no qual afirma a competência do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme preconiza:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- participação da comunidade (BRASIL, 1988)”.

A Lei federal nº 8.080/1990 que regulamenta o SUS, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como, da organização e o funcionamento dos serviços de saúde. Em seu artigo 2º a saúde é identificada como um direito fundamental e o Estado como o provedor das condições necessárias para a sua viabilização e cobertura dos serviços, tornando-os acessíveis ao cidadão independente de suas condições financeiras e sociais.

Já o art. 6º da mesma lei impõe à administração pública a assistência farmacêutica integral dentro dos limites da lista RENAME elaborada pelo SUS, conforme o art. 19 “m” da referida lei.

Cabe ressaltar conforme o art.24 da Lei federal nº 8.080/1990 que o Ministério da Saúde tem a previsão de repasse de recursos federais para as ações e os serviços de saúde, inclusive para o financiamento de assistência farmacêutica, a qual é constituída por três componentes, que são: Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Considerando o exposto, as determinações do judiciário para fornecimento de medicamentos e ou tratamentos terapêuticos pela rede pública de saúde tem amparo legal e previsão orçamentária federal destinada a este fim.

Portanto, considerando a urgência da apreciação das demandas no que tange a saúde, Cury (2005), enfatiza que a saúde é um dos direitos que está intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao princípio maior no qual se funda todo o ordenamento jurídico brasileiro que é o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual, tal direito goza de especial atenção.

Sendo assim, a favor da judicialização da saúde, argumenta-se que, a partir do momento que direitos constitucionais, que deveriam ser garantidos pelo poder Estatal, passam a ser negados ao cidadão, o Poder Judiciário é provocado a demandar para além dos limites tradicionalmente invocados, porém, como guardião da CF 1988, não lhe resta

outra opção senão cumprir o que está determinado nos enunciados constitucionais, privilegiando a interpretação que trazer maior efetividade a concretização dos direitos sociais.

Considerando o exposto, entende-se que é dever do poder judiciário zelar pelo estrito cumprimento do ordenamento jurídico vigente coibindo ameaça de direitos de qualquer natureza, sobretudo dos direitos fundamentais mínimos exigidos a existência digna da pessoa humana.

c. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ÓTICA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A construção principiológica da Teoria da Reserva do Possível vem originariamente da Alemanha e consiste em uma ação judicial cuja finalidade visava permitir a determinados grupos de estudantes cursarem o ensino superior público com base na garantia da livre escolha da profissão.

Essa teoria foi adotada no Brasil, principalmente nas demandas que tratam do direito à saúde como “um direito de todos e um dever do Estado”, como forma de justificar que o Estado, em suas políticas públicas atua para garantir o máximo possível dentro de suas limitações, o acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde.

Neste sentido, Aragão (2013) enfatiza que embora a saúde seja um direito social positivado constitucionalmente, não pode ser analisado fora do contexto real da administração pública, uma vez que as receitas e despesas do Estado em sua totalidade são limitadas pela legislação; sendo assim, o Estado não pode realizar, por sua própria iniciativa, investimentos para os quais não haja recursos disponíveis, mas sim, deve fazê-lo à medida de sua previsão orçamentária anual.

Conforme disposto na Lei 8.090/1990, a respeito das condições e funcionamento dos serviços de saúde, o SUS deve priorizar ações preventivas na promoção da saúde nos moldes previstos da CF de 1988 adotando medida de conscientização da população concernente aos riscos à saúde, bem como, de seu direito de acesso ao Serviço Público de Saúde.

Considerando tal premissa e diante do protagonismo atual do SUS, não se pode ignorar que para prestação do serviço de saúde deve ser ponderada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, a demanda é expressivamente alta, sobretudo, nesses tempos de incidência de pandemia da COVID-19; e, nesse contexto, cada tutela de urgência concedida liminarmente em favor de uma pessoa, prejudica outras centenas, que ficam privadas de um atendimento por falta de recurso. Dito isto, cumpre ressaltar que o princípio da reserva do possível, pauta-se pelo binômio “necessidade-

possibilidade”, necessidade da sociedade e possibilidade do Estado em satisfazê-la.

Observa Ibrahim (2012 p.3-4) que o Estado precisa fazer escolhas e alocar os recursos de forma otimizada, não sendo possível a sua aplicação indiscriminada, uma vez que dispõe de orçamento limitado e vinculado a um planejamento orçamentário previamente empenhado de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Diante do que, é impossível assegurar os direitos fundamentais, no que tange a tratamentos de alto custo, sem um estudo prévio pelo qual se possa presumir a perspectiva de efetividade e a viabilidade, e isto, sob ótica da universalidade do direito a saúde.

Deste modo, o princípio da reserva do possível, torna-se um meio de ponderar a viabilidade do investimento do recurso no caso concreto, desde que se encontrem presentes três elementos: distributividade dos recursos, o número de cidadãos atingidos pelo investimento e a efetividade do serviço, conforme discorre Appio:

O princípio da reserva do possível consubstancia aquele em que o Estado, para a prestação de políticas públicas – que incluem os direitos sociais e prestacionais – deve observar, em cada caso concreto, três elementos: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço. Conforme será visto, o Poder Público encontra-se limitado economicamente, não tendo condições de atender toda a população indistintamente (APPIO, 2005, p.25).

Corroborando com esse entendimento Lima (2008, p. 319) enfatiza que incumbe ao Poder Público prestar a sociedade um serviço adequado às suas condições, observando tais requisitos de acordo com a teoria da reserva do possível, promovendo a assistência médica, nos limites das possibilidades financeiras do Estado, aplicando com responsabilidade os recursos para os fins que se revelarem mais econômicos para o Poder Público e efetivo para a população, conforme dispõe a Lei 4.320/1964.

Portanto, o Estado não pode comprometer-se a atender a todas as solicitações de tratamentos de altíssimo custo, quando este lhe parecer inviável ou com baixa efetividade para um maior número possível de cidadãos, visto que a administração Pública da saúde já tem que fazer um verdadeiro malabarismo diante da alta demanda e dos recursos escassos. Nesse sentido, é que é invocado perante o judiciário o princípio da reserva do possível, dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

5. Conclusão

Conforme observado no resultado da pesquisa realizada no período compreendido do estudo, constatou-se através dos números apresentados nos sites dos tribunais de todo o Brasil uma expressiva quantidade de processos tratando de matérias de saúde

pública; a maioria com pedidos de tutelas de urgência liminarmente deferidos em face do Estado obrigando-o a cumprir a previsão constitucional de direito social à saúde. A respeito do presente resultado têm-se as seguintes considerações e conclusão:

Considera-se preliminarmente que o legislador constituinte originário definiu como competência dos órgãos do poder judiciário o ato jurisdicional no sentido de aplicar a lei a todos com isonomia e garantir o acesso a justiça e o respeito ao ordenamento jurídico em conformidade com a sua carta maior, a Constituição Federal de 1988.

O judiciário brasileiro, no exercício de suas atribuições tem como dever a zelar pela efetividade dos enunciados expressos na Constituição Federal de 1988, tais como: o direito a vida, à saúde, à segurança, à educação, dentre outros; nesse sentido observa-se que têm atuado proativamente, por meio do ativismo judicial a fim de cobrar dos demais Poderes da República, a responsabilidade no sentido de efetivar garantias previstas constitucionalmente.

Este protagonismo do poder judiciário não é visto com bons olhos pelos demais poderes da União, por denotar – segundo eles - superioridade aos demais entes, igualmente instituídos pelo poder constituinte originário. Consideram ainda que o poder judiciário brasileiro, neste século, assumiu papel de “poder político” sob o pretexto de fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional e garantia dos direitos fundamentais; bem como, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se porta-voz dos anseios sociais frente aos demais poderes da união.

Da análise em relação à judicialização da saúde, conclui-se que se tem mostrado em certos pontos imprópria e exacerbada a intervenção judicial referente às questões de saúde, no que se refere a afrontar a autonomia administrativa do Estado, deslocando recursos destinados às políticas públicas voltadas a promoção da saúde coletiva em detrimento de casos isolados, sem estudos clínicos que justifiquem tais decisões; e, assim, passando por cima de outras instituições técnicas, cuja função é desrespeitada, tais como a ANVISA, no caso de liberação judiciária de medicamento por ela ainda não autorizado.

Diante da análise do princípio da reserva do possível, conclui-se que em face da escassez de recursos do Estado para atender à saúde pública, associado ao atual momento de colapso do SUS em função da pandemia de COVID-19, conclui-se que é ainda mais imperioso e necessário que o judiciário pondere suas decisões tendo como parâmetro o princípio da reserva do possível; e, que dialogue com a administração pública antes de deferir tutelas de urgência para fornecimento de medicamentos e tratamentos

de saúde de alto custo, sem um estudo técnico de sua viabilidade, a fim de não atropelar o planejamento do outro ente quanto à distributividade dos recursos e a sua efetividade, sob pena de comprometer a prestação universal do serviço de saúde a sociedade.

Diante do exposto, entende-se que é imprescindível o diálogo entre os poderes da República no sentido de evitar que questões complexas que venham a impactar o orçamento da saúde, e se tornar um parâmetro negativo para a brasileira; portanto entende-se que deve-se ponderar todos esses argumentos antes de se deferir uma tutela em caráter liminar ordenando um procedimento de saúde isolado do contexto da realidade dos recursos disponíveis da saúde pública, pois isto implica em desestruturar o planejamento orçamentário do outro poder, e passar por cima de sua autonomia administrativa.

Finalmente, diante da atual conjuntura e mesmo frente à inércia do poder executivo, conclui-se que não cabe ao julgador preencher o espaço do legislador e administrador público como porta-voz dos anseios populares por mudanças e combate aos desmandos dos outros poderes, como que criando um movimento de cidadania judicial, que coloca a população de encontro aos outros poderes diante de suas dificuldades de gerir e suprir a contento as necessidades da comunidade; cabendo-lhe, no entanto, dentro de sua função precípua, a ponderação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade à luz da teoria da reserva do possível o deferimento responsável de prestação compulsória de atendimento de saúde.

Noutra perspectiva, não se pode ignorar que, sem a atuação do poder judiciário para fazer valer as garantias constitucionais, o povo brasileiro estaria à mercê da inércia dos poderes executivo e legislativo para efetivar seus direitos, diante do que, assiste a população brasileira o direito de acessar a justiça na busca da concretização das garantias constitucionais, e, neste sentido, a porta do judiciário estará sempre aberta, pois o acesso a justiça é um dos direitos basilares do ordenamento jurídico brasileiro, previsto pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição. Portanto, par das reivindicações da população brasileira, o poder judiciário têm atuando de forma proativa no intuito de fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional na garantia de direitos constitucionalmente tutelados; bem como, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se porta-voz dos anseios sociais frente à inércia, desorganização e déficits de planejamento do poder executivo, sendo esta uma atuação louvável, embora, por vezes extrapolando, os limites da razoabilidade.

Ainda assim, alinhado com a evolução jurisprudencial e doutrinária, entende-se como imprescindível a atuação ativista judicial na busca da concretização dos direitos

fundamentais, contrapondo-se aos argumentos contrários com respaldo na própria Constituição Federal de 1988 e na função precípua do STF como guardião dos enunciados constitucionais.

No entanto é oportuno ressaltar a necessidade de maior diálogo entre os poderes da República visando um esforço conjunto no sentido de minimizar o impacto da pandemia de COVID-19 e garantir à população brasileira o mínimo retorno digno que lhe é devido pelo muito que lhe é retirado em forma de impostos.

Bibliografia final

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, João Carlos Medeiro de. **Judicialização da Política no Brasil. Influência sobre atos internacorporis do Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013.

BRASIL – Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 12.04.2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica>> Acesso em 20.01.2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Pesquisa Jurisprudencial. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj_acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao> Acesso: 21.04.2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12726197>> Acesso: 01.02.2021

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2008. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FK_CE_imagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 20.01.2020.

_____. Revista Brasileira de Políticas Públicas. **Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de altocusto**. UniCeub, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4809/3640>> Acesso: 26.04.2020.

CARVALHO, J.P. **A prescrição da ação de improbidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça**. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40956/a-prescricao-da-acao-de-improbidade-administrativa-na-visao-do-superior-tribunaldestica#ixzz3n PnEBK>> Acesso em: 29/11/2019.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira. São Paulo, v.12, n.34, p.147-156, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=HbOvX4yW3RwC&pg=PA313&dq=CASTRO,+Marcus+Faro+de.+O+Supremo+Tribunal+Federal+e+a+Judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+Pol%C3%ADtica.>> Acesso em 24.04. 2020.

COAM, Guilherme Guimarães. Universalidade da Cobertura em Saúde: Limites Jurídico-Constitucionais. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo 2015.

CURY, C. R. A questão federativa e a Saúde. Saúde e Federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade. Brasília: Unesco, 2010.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo/ Maria Sylvia Zanella DiPietro. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FUX, Luiz. Curso de Direito procesual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. O STF está assumindo um ativismojudicial sem precedentes? Revista Jus Navegandi. Teresina, ano13, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>> Acesso em: 23/04/2020.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado 'efeito vinculante'. Revista da Escola Paulista de Magistratura, ano1, n.3, p.78, maio/out. 1997. IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. A judicialização da saúde e as práticas corruptivas. II Colóquio de Ética, Filosofia e Direito. UNISC, Brasília, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/Convidado/Downloads/13241-7144-1-PB.pdf>> Acesso:23.04.2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, GEORGE MARMELSTEIN, Curso de Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACEDO, Cristiane Branco. A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Direito, UnB; Brasília, 2007.

MACIEL, Débora Alves, KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises. Lua Nova. Revista de Cultura e Política - CEDEC, São Paulo. N. 57, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2009.

MATOS, Alessandra e LUCCHESI, Érika Rubião. O ativismo judicial brasileiro nas demandas pelo direito à saúde. Revista Reflexão e Crítica do Direito. INAERP, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em<<http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1176>> Acesso em: 24.04.2020.

MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946. V.I. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 17, n. 65: Editora Francisco, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

.Jurisdição constitucional e Tribunais constitucionais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. A concretização do direito fundamental à saúde e a judicialização do acesso à medicamentos: em busca de parâmetros adequados para a tutela judicial, 2015.

NEGRI, Antonio. Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade Rio de Janeiro; DP&A, 2002.

OLIVEIRA, José de. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência – ativismo judicial e judicialismo da política. UNOEST, 2015. Disponível em:<<http://revistas.unoeste.br/index.php/ch/article/view/1273>>Acesso: 23.04.2020.

OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. Ciênc. Saúde coletiva vol.15 no.5 Rio de Janeiro Aug.2017. Disponível em:<<https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000500015>>Acesso: 20.04.2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed.julho. 2008. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>

/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 17 abril. 2020.

TEIXEIRA, Ariosto. 1997. A judicialização da política no Brasil (1990-1996). Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlink&ef=000104&pid=S01026445200200020000600024&lng=es>Acesso:23.04.2020

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba, Juruá, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 6, n. 25, 14.

VIANA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e as Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro Revan, 2007.

WANNMACHER, L. **Importância dos Medicamentos Essenciais em Prescrição e Gestão Racionais**. In: BRASIL. Uso Racional de Medicamentos: temas selecionados. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.



Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

ORGANIZAÇÃO POLÍTICA COMO RESISTÊNCIA À PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NA PANDEMIA DA COVID-19

POLITICAL ORGANIZATION AS RESISTANCE TO PRECARIOUSNESS OF WORK IN THE COVID-19 PANDEMIC

Recebido: 02/07/2020

Aceito: 06/02/2021

Francisco Meton Marques de Limai

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região.
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Professor vinculado ao Departamento de Ciências Jurídicas e ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI).
E-mail: meton@trt22.jus.br

 <https://orcid.org/0000-0002-1909-3134>

Letícia Pereira Lima

Advogada. Mestranda e Bacharela em Direito pela
Universidade Federal do Piauí (UFPI).
E-mail: leticiaperli2@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-7263-5644>

Pollyanna Sousa Costa Tôres

Procuradora do Trabalho da 22ª Região. Mestranda e
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).
E-mail: pollyannacosta@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-5580-5274>

RESUMO

Para conter os efeitos pandêmicos da COVID-19, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou medidas como distanciamento e isolamento social. Essas medidas ocasionaram considerável diminuição não só na circulação de pessoas, como no consumo e na atividade econômica. Apesar da centralidade do trabalho, nas sociedades capitalistas, o labor é visto sempre como custo dispensável em favor dos lucros do capital. Como expressão disso, foram editadas as Medidas Provisórias nº 927 e 936 – esta última convertida na Lei nº 14.020/2020 – durante a pandemia, que permitem a suspensão do contrato de trabalho, o aumento de jornada para trabalhadores da área da saúde e a redução de jornada e de salário para profissionais de outros setores. Tais medidas legalizam a precariedade no mercado de trabalho formal e podem ser um ensaio para mais fragilidade dos contratos de trabalho. Uma das facetas da precarização das condições e relações de trabalho é também a desregulamentação, por meio da uberização do trabalho, que impõe a superexploração de trabalho humano através dos aplicativos que conectam o motorista ou entregador aos consumidores que solicitam um serviço privado de transporte ou de entregas de alimentos e mercadorias. Na pandemia, os trabalhadores por aplicativo, além de não terem direito ao distanciamento e/ou isolamento social confor-

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.



me as recomendações da OMS, não receberam, em sua amplitude enquanto categoria, equipamentos de proteção contra o novo coronavírus (máscaras faciais e álcool em gel, por exemplo). Como resposta às péssimas condições de trabalho, temos dois exemplos: a greve global dos motoristas em 08/05/2019 e a paralisação nacional dos entregadores em 01/07/2020. Essas iniciativas representam uma resistência à precarização e à uberização do trabalho por meio de organização política, unidade e solidariedade de classe.

PALAVRAS-CHAVE: efeitos da pandemia; precarização do trabalho; legalização da precariedade; uberização do trabalho; solidariedade de classe.

ABSTRACT

To contain the pandemic effects of COVID-19, a World Health Organization (WHO) recommends measures such as distance and social isolation. These measures caused a decrease not only in the circulation of people, but also in consumption and economic activity. Despite the centrality of labor, in capitalist societies, labor is always seen as an expendable cost in favor of capital profits. As an expression of this, Provisional Measures nº 927 and 936 were issued – the latter converted into Law nº 14,020/2020 – during a pandemic, which allows the suspension of the employment contract, the increase in hours for health workers and the reduction of hours salary for professionals from other sectors. Such measures legalize precariousness in the formal labor market and can be a test for more fragile employment contracts. One of the facets of precarious working conditions and relationships is also deregulation, through the uberization of work, which imposes the overexploitation of human work through applications that connect the driver or private delivery to consumers who request a transport or delivery service. food and products. In the pandemic, workers by application, in addition to not having the right to distance and/or social isolation according to WHO recommendations, did not receive, in their breadth as a category, protective equipment against the new coronavirus (face masks and alcohol gel, for example). In response to the terrible working conditions, we have two examples: the global strike of the drivers on 05/08/2019 and the national stoppage of the deliverers on 01/07/2020. These initiatives represent a resistance to the precariousness and uberization of work through political organization, unity and solidarity of class.

KEYWORDS: pandemic effects; precarious work; legalization of precariousness; uberization of work; solidarity of class.

1.Introdução

Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma pandemia devido à crescente disseminação mundial do novo coronavírus. Em decorrência da rápida proliferação do vírus e sua letalidade, bem como da debilidade do sistema público de saúde arcar com assistência médica a tantas pessoas sob risco de morte ou sequelas após a contaminação, a OMS recomendou medidas como distanciamento e isolamento social para conter os efeitos pandêmicos. Havendo a necessidade de sair de casa para trabalho essencial e/ou para abastecimento de itens

necessários, outras fortes recomendações da OMS foram a permanente higienização das mãos com álcool em gel 70% e água e sabão e a utilização de máscaras faciais.

Como consequência direta da pandemia viral mundial, houve queda no consumo e na circulação de capital. O distanciamento e o isolamento social em virtude da COVID-19 diminuíram e diminuem a atividade econômica em áreas não essenciais. No Brasil, segundo dados do Governo Federal¹, mais de 55 mil empresas fecharam no 1º quadrimestre de 2020, deixando milhões de trabalhadores sem emprego. Em nota informativa sobre a atividade econômica e os resultados do PIB do 1º trimestre de 2020², produzida pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Economia e divulgada em 29/05/2020, a economia brasileira contraiu 1,5% no 1º trimestre de 2020 em comparação ao trimestre anterior.

Nesse contexto, temos o aumento do desemprego, da pobreza e elevado número de falências. Mesmo assim, alguns dias após a decretação da transmissão comunitária do coronavírus no Brasil e do estado de calamidade pública, a primeira resposta estatal ao mundo do trabalho foi a Medida Provisória nº 927/2020, editada pelo governo federal, que previu a possibilidade de suspensão dos contratos de trabalho – portanto, sem remuneração – por vontade do empregador, por meio de acordos individuais de trabalho. O alto índice de desemprego empurra jovens em idade ativa para o trabalho precário subordinado por aplicativos (Uber, iFood, Rappi etc) sem qualquer regulação legal e proteção social. Assim, os vínculos trabalhistas estão corroídos ou pela legalização da precariedade (THÉBAUD-MONY; DRUCK, 2016) ou pela uberização do trabalho.

Para introduzir, importa trazer o seguinte conceito: “trabalho é ação, significando todo esforço físico ou intelectual, na intenção de realizar ou fazer qualquer coisa” (LIMA; LIMA, 2016, p. 26). Nessa esteira, este artigo defende, a “regulamentação jurídica de toda e qualquer atividade de trabalho que dignifique o ser humano, enquanto homo faber” (DELGADO, 2015, p. 19). Com efeito, em caso de ausência de regulamentação das relações de trabalho, não há alcance ao patamar mínimo de direitos sociais assegurados constitucionalmente, como Carteira de Trabalho assinada, depósitos no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, contribuições previdenciárias obrigatórias e contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria, e outros. Durante a pandemia da COVID, que ainda não conta com plano de vacinação em grande escala, os trabalhadores por aplicativo, além de não terem direito ao distanciamento e/ou isolamento social, não receberam na sua totalidade equipamentos de proteção contra o novo coronavírus.

O presente texto busca responder como trabalhadores/as precarizados/as estão enfrentando a uberização do trabalho, tendo como pressuposto a perspectiva de busca

1 Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes/2020/junho/ppt-mapa-de-empresas-1o-quad-2020-18-06-20-10h17-final.pdf>. Acesso em: 11 nov 2020.

2 Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-informativas/2020/resultados-do-pib-do-primeiro-trimestre.pdf/view>. Acesso em: 11 nov 2020.

de unidade entre aqueles que enfrentam as mesmas condições de trabalho. O artigo foi produzido como pesquisa bibliográfica e documental com base em análise de textos de lei e de decisões judiciais, tendo como resultado a discussão sobre legalização de contratos de trabalho precários e desregulamentação do trabalho subordinado por aplicativos ou uberizado, pautados pela autonomia de vontades civis. Frente a esse cenário, há resistências em forma de solidariedade de classe e organização política, como a manifestação global dos motoristas por aplicativo em 08/05/2019 e a paralisação nacional dos entregadores por plataformas digitais em 01/07/2020 com pautas de valorização dos trabalhadores.

2. Saúde global e pandemia da covid-19 no ambiente de trabalho

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de um novo tipo de coronavírus que ainda não havia sido identificado antes em seres humanos. Os primeiros casos confirmados tinham ligações, principalmente, com o Mercado Atacadista de Frutos do Mar de Huanan, que também vendia animais vivos, demonstrando que o vírus possivelmente tenha uma origem zoonótica³. O mercado era o maior da cidade com 600 estabelecimentos e 1.500 trabalhadores⁴.

Uma semana depois, no início de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo coronavírus. Em meados de janeiro, ocorreram os primeiros casos de contaminação pelo vírus fora da China, em países como Japão, Cingapura, Estados Unidos, França, Austrália. Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto da doença COVID-29, causada pelo novo coronavírus, constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o nível mais alto de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional⁵. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia devido à crescente disseminação mundial do vírus.

Em abril de 2020, foi ultrapassada a marca de um milhão de pessoas infectadas no mundo. Atualmente, mais de duzentos países têm casos confirmados de coronavírus, com destaque para grande contágio na Ásia, Europa, América do Norte, América Latina e no Oriente Médio. Mais de dois milhões de mortes foram confirmadas e pelo menos 109

3 “Análise epidemiológica da nova pneumonia por coronavírus”. Disponível em: <http://rs.yiigle.com/yufabiao/1181998.htm>

4 Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/index.php/perguntas-e-respostas>

5 Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 12 nov 2020.

milhões de pessoas estão ou foram contaminadas ao redor do globo. Só no Brasil, o número de seres humanos contaminados ultrapassa a marca de 9 milhões e 920 mil, com mais de 240 mil mortos, segundo os dados do Ministério da Saúde⁶.

Diante da rapidez de proliferação do vírus e sua letalidade, bem como da debilidade do sistema público de saúde arcar com assistência médica a tantas pessoas sob risco de morte ou sequelas após a contaminação, a OMS recomendou, desde a caracterização da pandemia, medidas não-farmacológicas para conter os efeitos pandêmicos. São elas: “medidas de saúde pública, de distanciamento social, de isolamento de pessoas e de quarentena de pessoas”, conforme considerações sobre medidas de distanciamento social e medidas relacionadas com as viagens no contexto da resposta à pandemia de COVID-19⁷.

As medidas de saúde pública são “ações ou medidas tomadas por indivíduos, instituições, comunidades, governos locais ou nacionais, ou organismos internacionais para reduzir a propagação da COVID-19”⁸. Um exemplo de tais medidas foram a recomendação da higienização recorrente das mãos com água e sabão ou álcool em gel 70%. A higienização é realizada mais frequentemente com água e sabão e os produtos à base de álcool são uma opção para se fazer a desinfecção das mãos em alguns locais sem o uso da água⁹.

Vale frisar que, num primeiro momento da pandemia, o uso das máscaras faciais foi recomendado apenas para quem estava diagnosticado com a doença para evitar a contaminação de outras pessoas. Posteriormente, pesquisas científicas constataram que a transmissão da COVID-19 pode ocorrer mesmo antes do indivíduo apresentar os primeiros sinais e sintomas. Por esse motivo, o Ministério da Saúde passou a recomendar o uso de máscaras faciais para todos. O uso impede a disseminação de gotículas expelidas do nariz ou da boca do usuário no ambiente, garantindo uma barreira física que vem auxiliando na mudança de comportamento da população e diminuição de casos¹⁰.

As medidas de distanciamento social são aquelas “aplicadas a entornos sociais específicos, ou à sociedade em sua totalidade, para reduzir o risco de adquirir ou difundir

6 “Painel Coronavírus. Atualizado em 16/02/2021”. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 de fev 2021

7 Nota elaborada pela Organização Pan-Americana de Saúde e pela Organização Mundial da Saúde. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52045/OPASBRACOV1920039_por.pdf?sequence=9. Acesso em: 12 nov 2020.

8 Nota elaborada pela Organização Pan-Americana de Saúde e pela Organização Mundial da Saúde. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52045/OPASBRACOV1920039_por.pdf?sequence=9. Acesso em: 12 nov 2020.

9 “Programa global de Influenza – Medidas não farmacológicas de saúde pública para mitigação do risco e impacto de epidemias e pandemias de Influenza”. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52044/9789275722220_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 nov 2020.

10 Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/index.php/perguntas-e-respostas>.

a COVID-19”¹¹. As medidas de isolamento de pessoas consistem na “separação de pessoas doentes ou contaminadas de outras com o objetivo de prevenir a propagação de uma infecção e/ou contaminação”¹². Por fim, as medidas de quarentena correspondem à “restrição de atividades e/ou separação de outras pessoas que não estão doentes de modo a prevenir a possível propagação da infecção ou contaminação”¹³.

No Brasil, foi aprovada, em 6 de fevereiro de 2020, a Lei 13.979, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Temos, na redação legal do art. 2º da Lei, as definições de isolamento como “separação de pessoas doentes ou contaminadas [...] de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”¹⁴ e quarentena como “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes [...] de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus”¹⁵.

Portanto, as pessoas infectadas são alvo da medida de isolamento social, enquanto as que não estão contaminadas devem obedecer às medidas de quarentena numa perspectiva preventiva, para que não sejam infectadas e atuem como agentes propagadores do vírus. Em isolamento social e quarentena, vale refletir sobre os impactos dessas medidas no mundo do trabalho. Em primeiro lugar, há trabalhadores de atividades essenciais que não tiveram direito à quarentena preventiva, estando constantemente submetidos ao risco da contaminação. É o caso dos trabalhadores da saúde, da assistência social, dos supermercados, farmácias e os trabalhadores uberizados, que serão abordados posteriormente. Em segundo, trabalhadores informais foram afetados pela ausência de responsabilidade pelo fornecimento de água e sabão ou álcool em gel e máscaras faciais, como os trabalhadores por aplicativo.

Nesse contexto, a Organização Mundial de Saúde produziu uma nota para os empregadores chamada “Deixando o local de trabalho pronto para a COVID-19”¹⁶, reiterando a necessidade do isolamento de trabalhadores contaminados, da promoção de respiração ventilada e da higienização permanente do local de trabalho e das mãos de

11 Nota elaborada pela Organização Pan-Americana de Saúde e pela Organização Mundial da Saúde. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52045/OPASBRACOV1920039_por.pdf?sequence=9. Acesso em: 12 nov 2020.

12 Nota elaborada pela Organização Pan-Americana de Saúde e pela Organização Mundial da Saúde. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52045/OPASBRACOV1920039_por.pdf?sequence=9. Acesso em: 12 nov 2020.

13 Nota elaborada pela Organização Pan-Americana de Saúde e pela Organização Mundial da Saúde. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52045/OPASBRACOV1920039_por.pdf?sequence=9. Acesso em: 12 nov 2020.

14 Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 13 nov 2020.

15 Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 13 nov 2020.

16 Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/getting-workplace-ready-for-covid-19.pdf>. Acesso em: 13 nov 2020.

trabalhadores, clientes e fornecedores.

Muitos trabalhadores foram orientados por seus empregadores a laborar em casa para evitar aglomerações no local de trabalho, principalmente os que compõem o grupo de risco (idosos, imunossuprimidos, com doenças respiratórias, entre outros). Outros foram advertidos que deveriam trabalhar com uma distância mínima de dois metros entre si, utilizando máscaras e sempre higienizando as mãos. Todas essas medidas preventivas foram priorizadas em virtude da inexistência de tratamentos farmacológicos eficazes na cura da COVID-19.

Mas vale concluir este tópico sintetizando que todas as medidas sanitárias recomendadas têm viabilidade no âmbito das relações de trabalho regulamentadas. Portanto, estamos falando de contratos de trabalho em que há uma nítida relação entre empregado e empregador, como é o caso dos trabalhadores de supermercados, farmácias, restaurantes que estão funcionando por meio de entregas em domicílio, entre outros. Mesmo assim, os trabalhadores formais sofrem e sofrerão com as Medidas Provisórias que fragilizam o contrato de trabalho, analisadas a seguir. No caso de motoristas e entregadores subordinados por aplicativos, a implantação de medidas de saúde e sanitárias é pouca ou inexistente.

Assim, além de trabalharem extremamente expostos ao próprio risco de contrair a doença, a fim de dar suporte à sociedade em suas demandas domésticas em função do isolamento imposto, os trabalhadores uberizados se encontram laborando num ritmo frenético e sem mínimas condições necessárias para protegerem a sua saúde e protegerem terceiros com os quais mantenham contato, tornando-se, portanto, mais vulneráveis ao coronavírus e suscetíveis de impulsionar a chamada transmissão comunitária.

3. Medidas provisórias, legalização da precariedade e uberização do trabalho

Pelo Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março 2020, o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil, notadamente para fins fiscais e orçamentários. No mesmo dia, foi declarado, pela Portaria nº 454 do Ministro da Saúde, estado de transmissão comunitária do coronavírus no Brasil. Em 23 de março de 2020, o Presidente da República assinou a Medida Provisória nº 927, que dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da calamidade pública reconhecida pelo Decreto.

A MP nº 927/2020 rapidamente promulgada pelo Poder Executivo, apenas três dias após ser decretada a calamidade pública, demonstrou a centralidade do trabalho no contexto de pandemia. O conteúdo da Medida evidenciou a legalização da precariedade dos contratos de trabalho, processo histórico que vem ocorrendo desde as alterações legais

posteriores à promulgação da Constituição da República de 1988 e atinge seu ápice com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), pois possibilitou a suspensão de contratos de trabalho sem remuneração e, por consequência, o próprio desemprego. Apesar da centralidade do trabalho, este é visto sempre como custo dispensável e nunca como instrumento de sociabilidade e dignidade humana.

No art. 2º da MP 927/2020, foi estabelecido que “o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais”¹⁷. A prevalência de um instrumento normativo sobre o outro não é novidade em nosso ordenamento desde a Reforma Trabalhista, que positivou no art. 611-A que as negociações coletivas de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre elementos centrais do contrato de trabalho como jornada de trabalho, plano de cargos, salários e funções, remuneração por produtividade etc.

A positivação da prevalência de determinado instrumento normativo sobre outro, notadamente negociações coletivas ou individuais, fragiliza um dos princípios basilares do Direito do Trabalho: o princípio da norma mais favorável. Entre suas possíveis aplicações, esse princípio “como critério de hierarquia, permite eleger como regra prevalecente, em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores” (DELGADO, 2019, p. 235).

Continuando a análise da MP 927, “para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda”¹⁸, o art. 3º, entre outras medidas, permitiu a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho. A justificativa para preservação do emprego e da renda demonstrou que normas administrativas de saúde e segurança do trabalho são prescindíveis. No entanto, a suspensão de tais normas põe em risco o bem estar e a vida dos trabalhadores. Assim, a saúde no ambiente de trabalho parece ser, de acordo com norma emanada diretamente do Poder Executivo do Estado brasileiro, menos importante que a preservação dos contratos laborais, mesmo que, contraditoriamente, tenha sido editada e posta em análise do Congresso Nacional num contexto de pandemia viral mundial e calamidade pública sanitária em que muitas pessoas seguem sendo contagiadas e morrendo diariamente.

No art. 18, a Medida Provisória trouxe a possibilidade de “direcionamento do trabalhador para qualificação”, sendo na verdade a permissão para suspender contratos de trabalho por até quatro meses sem qualquer remuneração. A suspensão não dependeria de acordo ou convenção coletiva e poderia ser acordada individualmente com o empre-

17 Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em 13 nov 2020.

18 Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 13 nov 2020.

gado ou o grupo de empregados, demonstrando a total ausência dos sindicatos enquanto representantes judiciais e extrajudiciais da categoria profissional e a consequente falta de proteção e orientação dos trabalhadores submetidos a negociações individuais diretamente com seus empregadores.

Durante a suspensão permitida pelo art. 18, o empregador poderia conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial com valor definido livremente entre empregado e empregador, via negociação individual. Verifica-se a faculdade do empregador em oferecer compensação mensal sequer padronizada pelo padrão do salário mínimo legal e o reforço de um acordo individual nos moldes da legislação civilista, que não protege o trabalhador hipossuficiente dos defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude. Além disso, o dispositivo viola a Carta Magna brasileira, que veda a redução salarial, excepcionando os casos previstos em negociação coletiva (art. 7º, inciso VI, da CRFB/88).

É sabida a natureza *sui generis* do Direito do Trabalho, pois apesar de regular um contrato, dispõe de normas cogentes para proteger o valor social do trabalho e dos trabalhadores em detrimento do lucro e da superexploração humana, a exemplo do que ocorreu após a Revolução Industrial. Impende mencionar que o artigo 18 da MP nº 927 foi revogado um dia após a sua promulgação pela Medida Provisória nº 928, editada em 23 de março de 2020. Nada obstante, um dia foi suficiente para demonstrar a suposta viabilidade dessa alternativa extremamente gravosa para os trabalhadores, que, apesar de revogada, foi inserida novamente no ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 936/2020, convertida para a Lei nº 14.020 em 6 de julho de 2020, a ser analisada posteriormente.

Avançando para o art. 26 da MP 927, tivemos a permissão legal para os estabelecimentos de saúde, durante o estado de calamidade pública, mediante acordo individual escrito, mesmo para as atividades insalubres e para a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso, prorrogarem a jornada dos trabalhadores e adotarem escalas de horas suplementares entre a décima terceira e a vigésima quarta hora do intervalo interjornada, sem que haja a aplicação de qualquer penalidade administrativa.

Nota-se, novamente, que a dignidade e a saúde dos trabalhadores, mesmo aqueles que estiveram e estão na linha de frente do combate à pandemia, não é a prioridade do dispositivo legal, que facilita a precariedade de jornadas excessivamente exaustivas para obreiros da área da saúde ao permitir prorrogação de jornada, mesmo para os que laboram em jornada de doze horas de trabalho ininterruptas seguidas de trinta e seis de descanso. Ao invés de intensificar a jornada desses empregados, deveria haver mais mecanismos de redução de jornada como modo de precaução a contaminações e mortes pela COVID-19. A última notícia específica em relação aos profissionais da saúde con-

taminados foi publicada em 21/07/2020¹⁹, informando que, até 11/07/2020, mais de 180 mil trabalhadores dessa categoria foram contaminados. Dentre médicos, enfermeiros e técnicos, as principais afetadas foram profissionais da enfermagem ou do auxílio à enfermagem, demonstrando que há “uma linha de frente na linha de frente” do combate ao novo coronavírus.

Ainda que a MP 927 tenha sido excepcional para responder a demandas da calamidade pública, vale questionar se a prorrogação de jornada e a adoção de horas suplementares no setor econômico da saúde e também em outros setores não serão normalizadas em nome do lucro das corporações de saúde interessadas em ter menos trabalhadores com maior carga de trabalho, em consonância com o paradigma atual capitalista de acumulação flexível. O mesmo pode ocorrer em relação à suspensão de normas administrativas de saúde e segurança do trabalho, sendo normalizado o descumprimento de tais exigências protetoras de um ambiente de trabalho saudável e seguro. Nesse sentido, é preciso formular sobre e articular resistências ao que são essas alterações normativas ditas excepcionais, pois podem ser um ensaio para a precarização normativa permanente e a consolidação de um Direito do Trabalho de Exceção (FERREIRA, 2012).

Conforme mencionado, houve ainda promulgação da Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, convertida para a Lei nº 14.020 em 6 de julho de 2020, instituindo um Programa Emergencial de Emprego e Renda, com as seguintes medidas: o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e a suspensão temporária do contrato de trabalho. Diferente da MP nº 927, a Lei nº 14.020/2020 positivou a responsabilidade do governo federal em arcar com os custos para trabalhadores que sofrerem diminuição ou perda da renda.

O art. 7º da Medida nº 936, atual Lei nº 14.020/2020, dispõe “durante o estado de calamidade pública, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias”. Ainda, as possibilidades de redução proporcional de jornada e salário variam taxativamente entre os percentuais de 25%, 50% e 70%. Percebemos que há uma sofisticação na precarização do contrato de trabalho justificada pela calamidade, pois a Medida, convertida na nova Lei nº 14.020/2020, tende a incentivar a redução de jornada e salário sem negociação coletiva, diversamente do que preconiza a Constituição da República.

No art. 8º da referida Lei, há plena permissão da suspensão do contrato de trabalho pelo empregador por acordo individual de trabalho com o empregado, sendo a medi-

19 “Fiocruz analisa condições de trabalho dos profissionais de saúde na linha de frente da Covid-19 [...] As profissões mais registradas dentre os casos confirmados de Síndrome Gripal por Covid-19 foram técnicos e auxiliares de enfermagem (62.633), seguidos dos enfermeiros (26.555) e médicos (19.858)”. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-analisa-condicoes-de-trabalho-dos-profissionais-de-saude-na-linha-de-frente-da-covid>. Acesso em 15 nov 2020.

da mais lucrativa para o setor patronal. Tanto na possibilidade de redução de jornada e salário quanto na de suspensão do contrato trabalhista, a União deve pagar o Benefício Emergencial em até 30 (trinta) dias após o acordo individual para reparar os trabalhadores lesados. Novamente, vale provocar se tais medidas, além de inconstitucionais, são um laboratório para mais precariedade. A despeito da inconstitucionalidade, o desemprego estrutural e a Reforma Trabalhista também fragilizaram a participação qualitativa dos sindicatos profissionais em negociações coletivas.

Vale abrir parênteses sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal no tema da suspensão da relação de trabalho e da redução da remuneração. Em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363, movida pelo Partido Rede Sustentabilidade, o relator Ministro Ricardo Lewandowski deferiu medida cautelar para que a redução de salário ocorresse preferencialmente mediante negociação coletiva, conforme art. 7º, inciso VI, da CRFB/88. O Ministro ressaltou “a possibilidade de adesão, por parte do empregado, à convenção ou acordo coletivo posteriormente firmados, os quais prevalecerão sobre os acordos individuais [...] observando-se o princípio da norma mais favorável”²⁰.

Contudo, o Plenário da Suprema Corte não referendou a decisão do Ministro Relator e manteve a eficácia da regra da Medida Provisória nº 936/2020, convertida na nova Lei nº 14.020/2020, que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da autorização dos sindicatos. A justificativa foi a excepcionalidade do momento econômico, demonstrando uma motivação institucional por parte do Poder Judiciário, em consonância com o Poder Executivo, em que a preservação da economia parece não ter relação direta com a preservação de vidas também.

Para além dos contratos precarizados e dos novos dispositivos legais incentivar a suspensão de contratos de trabalho e o desemprego, vale analisar a situação dos trabalhadores ciclistas, motociclistas e até pedestres por aplicativos (UberEats, iFood, Rappi, Loggi, etc). Uma pesquisa realizada pelo Instituto Locomotiva em 2018 comprovou a uberização do trabalho em larga escala, pois contabilizou 5,5 milhões de trabalhadores por aplicativo, considerando plataformas de mobilidade e entrega de produtos²¹.

Em razão da chamada nova economia ou economia do bico (gig economy), dos avanços tecnológicos e do novo modo de produção adotado globalmente por algumas empresas (crowdsourcing), entendido como o modelo de divisão do trabalho em microtarefas que são postas à disposição de uma multidão, através do uso da internet, surge

20 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>. Acesso em: 15 nov 2020.

21 “5,5 milhões usam apps de transporte para trabalhar”. Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/2019/04/29/estad%C3%A3o-na-crise-aplicativos-como-uber-e-ifood-viram-maior-empregador-do-pa%C3%ADs#:~:text=As%20plataformas%20de%20mobilidade%20e,mas%20usam%20apps%20como%20complemento>. Acesso em: 15 nov 2020.

também uma nova categoria de trabalhadores, considerados autônomos ou independentes pelas empresas detentoras das plataformas digitais, uma vez que só são contratados na medida em que há demanda por serviços. Porém, ver-se-á que esses trabalhadores são constantemente subordinados por essas plataformas.

Surge assim o termo “uberização” para significar, por exemplo, o trabalho desempenhado por motoristas, motociclistas, ciclistas e pedestres contratados por empresas de transporte de mercadorias e de transporte de passageiros, por plataformas digitais. Tais trabalhadores desempenham uma atividade de natureza móvel e entram em contato, em sua atividade diária com um grande número de pessoas e correm riscos inerentes ao trabalho, como por exemplo os de acidentes de trânsito. Sobre esse tema,

Tal processo [da uberização] atualmente consolida o trabalhador como um autogerente-subordinado que já não é contratado, mas se engaja no trabalho via a adesão às plataformas. Nessa condição de quem adere e não mais é contratado, o trabalhador uberizado encontra-se inteiramente desprovido de garantias, direitos ou segurança associados ao trabalho; arca com riscos e custos de sua atividade; está disponível ao trabalho e é recrutado e remunerado sob novas lógicas. Assim, a uberização conta com um gerenciamento de si que, entretanto, é subordinado e controlado por novos meios, que hoje operam pela automatização em dimensões gigantescas de extração e processamento de dados; estão em jogo novas formas de gerenciamento, controle e vigilância do trabalho, por meio das programações algorítmicas (ABILIO, 2019, p. 2).

O que se percebe a partir da análise do fenômeno da uberização é uma completa precarização do trabalho desempenhado, posto que o trabalhador não é detentor de um contrato formal de emprego, sendo considerado autônomo ou independente. Na realidade, esse obreiro cumpre ordens, necessita trabalhar em longas jornadas para ganhar um salário digno e é subordinado economicamente ao dono da empresa. Por essa razão, neste artigo, compreende-se que os meios telemáticos e informatizados utilizados pelos aplicativos para subordinar força de trabalho humana buscam desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A análise da subordinação dos trabalhadores por aplicativo através de programações e algoritmos pode ser comprovada, além da avaliação feita pelos consumidores, por meio da:

ideia de sticks e carrots, isto é, aqueles que seguem as regras de programação ganharão premiações (carrots) em diferentes formas, mas todas no sentido de prêmios e bonificações, ao passo que aqueles que não forem complacentes com os objetivos dos comandos serão puni-

dos ou até mesmo banidos da estrutura (sticks) (RIEMENSCHNEIDER; MUCELIN, 2019, p. 76).

Diante de tal sofisticação do controle do trabalho humano, não há que se falar, portanto, em relação de parceria, colaboração, autonomia, consumo, empreendedorismo ou qualquer outro apelido utilizado pelo marketing das empresas de aplicativo. Estamos tratando de relação de trabalho subordinado previsto em legislação e passível de intervenção legal e exigibilidade judicial. Tanto os prêmios, as bonificações e metas que estimulam o trabalho excessivo sem controle de jornada quanto as punições do aplicativo equivalem ao poder diretivo do empregador. O desligamento dos aplicativos que impede a subordinação pela plataforma digital equivale à demissão ou dispensa no contrato de trabalho, mas não há pagamento de verbas rescisórias nem possibilidade de requerimento de seguro-desemprego, proteção conquistada para obreiros que perdem seus vínculos de trabalho.

Ainda que não haja uma regulamentação específica do trabalho por aplicativos, o artigo 6º da CLT dispõe 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”, sendo “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão” equiparados como subordinação jurídica aos “meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Não pode haver forma de exploração do trabalho fora do alcance do Direito do Trabalho, pois sendo a forma mais eficiente e barata para o empregador e, ao mesmo tempo, mais acessível para o trabalhador (basta ter um celular com possibilidade de baixar os aplicativos), esta forma de trabalho tornar-se-á obrigatória, enquanto os vínculos mais protetivos, como o empregatício, serão cada vez menos compensatórios para os empregadores. Nesse sentido,

Altera-se a formatação, mas resta a natureza: a) de um lado as pessoas, travestidas em realidades intersubjetivas denominadas empresas, que detêm capital para investir na produção e serviços e b) do outro lado os demais indivíduos que têm somente o trabalho a ser utilizado e apropriado por essas realidades intersubjetivas para a realização de sua atividade econômica. A exploração dos segundos pelos primeiros continua a mesma (CARELLI; CASAGRANDE; OITAVEN, 2018, p. 35).

Tratando os motoristas e entregadores como meros “colaboradores”, “parceiros”, “autônomos”, não há qualquer limitação nem regulamentação do trabalho por aplicativo, o que ocasiona jornadas extensas de trabalho, ausência de depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e contribuições para a previdência social, acidentes de trabalho sem qualquer possibilidade de responsabilização e reparação. Diferente do trabalho na iniciativa privada e do trabalho na Administração Pública, os trabalhadores uberizados não tiveram direito ao distanciamento social nem a equipamentos de proteção e higienização durante a pandemia da COVID-19.

Em virtude da desregulação pública da atividade dos aplicativos de entrega, estes não arcam com qualquer responsabilidade sobre a garantia de condições de saúde e segurança do trabalho para os entregadores nem antes nem durante a pandemia viral. Temos que o iFood, o UberEats e os demais aplicativos conseguem impor uma política de desresponsabilização sobre os direitos trabalhistas, especialmente sobre a saúde e segurança dos motoristas, que, por seu trabalho, proporcionam lucros cada vez maiores aos aplicativos. Relatos comprovam²² que a jornada de trabalho nos aplicativos chega a mais de doze horas por dia, no estilo dos primórdios da exploração do trabalho humano nas lavouras e fábricas, sem qualquer contraprestação. Sem local de descanso, entregadores ciclistas que trabalham o dia todo chegam à exaustão de dormir na rua, sem forças para pedalar o trajeto de volta para casa.

Sobre a desregulamentação da uberização do trabalho, vale dizer que, por mais que tenhamos o art. 6º, parágrafo único, da CLT, completamente aplicável às relações de trabalho uberizadas ou intermediadas por plataformas digitais, o referido dispositivo não é aplicado pela Justiça brasileira.

Ainda que algumas decisões tenham reconhecido o vínculo trabalhista entre a Uber e os motoristas em varas e tribunais brasileiros (Processo nº 0100351-05.2017.5.01.0075 vinculado à 75ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro – RJ, Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112 localizado na 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG, Processo nº 0001539-61.2017.5.07.0009 em trâmite na 9ª Vara do Trabalho de Fortaleza – CE, Processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038 vinculado à 15ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo), a maioria das decisões judiciais têm sido a favor da empresa, não reconhecendo qualquer vínculo trabalhista.

Favorável à Uber, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já decidiu, em agosto de 2019, sobre a competência para julgar os litígios dos motoristas contra a empresa, entendendo que os conflitos judiciais devem ser julgados pela Justiça Comum. O relator do processo, Ministro Moura Ribeiro, julgou que os motoristas de aplicativo não mantêm relação hierárquica com a empresa Uber porque seus serviços são prestados de forma

²² “Dormir na rua, pedalar 30 km e trabalhar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos”. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/05/dormir-na-rua-pedalar-30-km-e-trabalhar-12-horas-por-dia-rotina-dos-entregadores-de-aplicativos.html>. Acesso em: 15 nov 2020.

eventual, sem horários pré-estabelecidos, e não recebem salário fixo, o que descaracteriza o vínculo empregatício entre as partes.

Para o Ministro, o motorista de aplicativo é um mero trabalhador autônomo, o que afastou a tese da relação empregatícia e responsabilização do aplicativo de indenizar um trabalhador desligado por “má-conduta”. O Ministro, acompanhado pelos demais pares, decidiu que a relação entre os motoristas e a Uber é de natureza civil. A decisão sobre o conflito de competência não é vinculante e, por enquanto, surte efeito somente sobre esse caso específico.

Com o trabalho subordinado por meios telemáticos e informatizados, temos uma verdadeira confusão entre espaço-tempo, pois o veículo pessoal do trabalhador se torna seu espaço de trabalho, e sua rotina será organizada para atender ao tempo à disposição do aplicativo ou da empresa que dirige sua prestação de serviço. Nesse sentido, o tempo de descanso, alimentação e repouso do motorista uberizado fica completamente comprometido, remetendo a uma situação de escravidão digital. Ainda que alguns trabalhadores prefiram o mercado formal, não resta tempo para efetivamente procurar emprego.

Não estando à procura de emprego, os trabalhadores uberizados, ainda que estejam aguardando uma oportunidade no mercado formal, não contam como desempregados, mascarando a urgência de uma política social para garantir trabalho digno à classe que vive do trabalho. Assim, o desemprego estrutural se agrava em relação ao que escreveu Paul Singer em 1999, pois a quebra do paradigma de proteção social mínima ao trabalho, com as alterações legislativas exemplificadas neste artigo, prejudica a oferta de vagas no mercado formal e dificulta a disponibilidade de tempo para procura de empregos cada vez mais escassos.

Mesmo sendo o Direito do Trabalho um ramo específico que revela e busca equilibrar o conflito de classes na medida das concessões jurídicas da classe dominante, é um grande prejuízo a sua radical transformação para Direito do Trabalho de Exceção (FERREIRA, 2012) quando sua própria existência é constantemente questionada para ser enfraquecido e aproximado do Direito Civil, em que impera a autonomia da vontade privada. Nas relações de trabalho, não há autonomia nem escolha fora da subordinação, pois estamos a analisar uma relação em que um dos polos é “despossuído” dos meios de produção, sobrevivendo apenas se vender sua única “posse” – sua força de trabalho.

Assim, em razão da proteção ao valor social do trabalho humano na Constituição da República de 1988, seja na parte destinada à ordem econômica ou à ordem social, em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, além do reconhecimento, pela doutrina pátria, da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, inclusive às relações de trabalho, urge que haja o controle legal da uberização do trabalho, nos termos da proteção da CLT.

O Estado brasileiro tem fracassado para promover o bem estar social, incorren-

do em lacunas quanto às medidas protetivas ao emprego e ao trabalho, sendo incapaz de instituir regulação e políticas públicas capazes de frear a desproteção causada pelos avanços tecnológicos e pelos altos índices de desemprego, que levam os brasileiros em idade ativa a aceitar qualquer tipo de trabalho, ainda que totalmente precarizado. Em decorrência da omissão estatal, os trabalhadores uberizados têm se articulado através da organização política e da solidariedade de classe, mesmo sem apoio substancial dos grandes sindicatos e das centrais sindicais.

4. A solidariedade de classe e a organização política como formas de resistência à precarização

Não é verdadeiro afirmar que o processo de uberização do trabalho está seguindo sem resistências. Os relatos de motoristas revelam muitas queixas em relação à superexploração do trabalho pela Uber, sem que esta arque com nada. Em decorrência disso, no Brasil, alguns motoristas ajuizaram ações judiciais buscando assegurar seus direitos trabalhistas, bem como constituíram associações e sindicatos – foram criados em 2016 o Sindicato dos Motoristas de Aplicativo de São Paulo²³ e o Sindicato dos Motoristas de Transporte Privado Individual de Passageiros por Aplicativo do Estado do Pernambuco – que já organizaram greves e manifestações.

No Estado do Pernambuco, o Sindicato já tomou a decisão de se filiar à Central Única dos Trabalhadores²⁴. Em Teresina, foi criada a Associação dos Motoristas por Aplicativo do Piauí²⁵. No ano de 2019, os trabalhadores subordinados por aplicativo organizaram uma manifestação em Fortaleza por melhores condições de trabalho que reuniu cerca de 400 pessoas²⁶.

Na Califórnia e em Massachusetts, devido à ação judicial coletiva de trabalhadores que processaram a Uber para o reconhecimento do vínculo trabalhista, a empresa deverá pagar 20 milhões de dólares (74 milhões de reais) ²⁷ em acordo com dezenas de milhares de trabalhadores para evitar que o caso vá à julgamento. Em Seattle, uma das primeiras cidades em que a Uber começou a funcionar, os trabalhadores foram autoriza-

23 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1757402-com-apoio-da-ugt-motoristas-criam-associao-para-questionar-uber.shtml>. Acesso em: 10 nov 2020.

24 Disponível em: <https://www.sul21.com.br/movimentos/2017/01/motoristas-do-uber-criam-sindicato-no-pernambuco-e-se-filiam-a-cut/>. Acesso em: 10 nov 2020.

25 Disponível em: <https://www.meionorte.com/noticias/motoristas-da-uber-de-teresina-aderem-a-greve-global-e-param-por-24h-361941>. Acesso em: 10 nov 2020

26 Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/metro/online/motoristas-de-aplicativo-param-as-atividades-em-protesto-por-melhores-condicoes-de-trabalho-1.2153096>. Acesso em 10 nov 2020.

27 Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/03/12/uber-pagara-us-20-milhoes-em-acordo-com-motoristas-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 10 nov 2020.

dos a criar sindicatos profissionais²⁸. No Japão, os entregadores do UberEats – aplicativo de entregas vinculado à Uber – decidiram agir em conjunto e criar o primeiro sindicato da classe no mundo²⁹. A organização sindical e associativa pode levar ao fortalecimento coletivo dos trabalhadores uberizados, pois a categoria já está na faixa dos 5,5 milhões somente no Brasil³⁰.

Dada às semelhanças desse precariado³¹ mundial subordinado a aplicativos como a Uber, vale referir o ocorrido em 8 de maio de 2019, quando motoristas “parceiros e parceiras” que trabalham nas principais empresas de transporte de passageiros por aplicativo como Uber, Cabify, 99 e Lyft organizaram a primeira grande manifestação global por melhores condições de trabalho³². A data foi escolhida para acontecer um dia antes de a Uber permitir os investimentos por bolsa de valores, decisão que, provavelmente, agravaria a exploração do trabalho dos motoristas.

As manifestações aconteceram em cidades dos Estados Unidos, Reino Unido, França, Austrália, Nigéria, Quênia, Chile, Brasil, Panamá, Costa Rica e Uruguai. Os trabalhadores precários, vinculados a aplicativos que burlam todo tipo de regulação, já demonstram fortes sinais de que a solidariedade de classe pode ser um instrumento central de luta contra o Direito do Trabalho de Exceção (FERREIRA, 2012) e a precarização estrutural do trabalho que ocorre em escala mundial.

Nesse sentido, ainda que possamos fazer a defesa tática do vínculo empregatício irrestrito para todas as relações trabalhistas pautadas na subordinação, de uma Consolidação das Leis do Trabalho sem brechas para legalização da precariedade ou dos demais direitos sociais relativos ao sistema de seguridade social, resta comprovado que o mercado de trabalho formal está sofrendo uma plena corrosão em virtude da política econômica de austeridade fiscal que promove o desemprego. A ação estatal neoliberal torna o desemprego um elemento estrutural no mundo do trabalho, permitindo a elevação das taxas de exploração do trabalho humano.

28 Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/por-que-a-uber-quer-impedir-motoristas-de-criar-sindicatos-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 10 nov 2020.

29 Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/69879/no-japao-entregadores-do-uber-eats-formam-primeiro-sindicato-da-classe>. Acesso em: 10 nov 2020.

30 Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/04/28/internas_economia,1049627/5-5-milhoes-usam-apps-de-transporte-para-trabalhar.shtml. Acesso em: 10 nov 2020.

31 É interessante a categoria “precariado” explicada por Standing (2012). Para além de “um neologismo que combina o adjetivo precário e o substantivo relacionado proletariado”, precariado é uma nova classe em formação que não tem sete formas de garantia no mundo de trabalho: garantia de mercado de trabalho; garantia de vínculo empregatício; segurança no emprego; segurança do trabalho; garantia de reprodução de habilidade; segurança de renda; garantia de representação. Sobre essa formulação, Antunes (2018) avalia que “com esse desenho crítico – ainda que a descrição empírica de Standing seja ampla e com informações relevantes –, sua análise confere o estatuto de classe ao que de fato é uma parcela do proletariado, e a mais precarizada, geracionalmente jovem, que vive de trabalhos com maior grau de informalidade, muitas vezes realizando atividades parciais, por tempo determinado ou intermitente”.

32 Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/05/08/motoristas-de-aplicativos-uber-e-99-fazem-greve-por-lucros-maiores.ghtml>. Acesso em: 10 nov 2020.

Para agravar a situação dos trabalhadores superexplorados, nem com a situação emergencial e de risco causada pela pandemia do novo coronavírus, os aplicativos prestaram suporte ou assistência de forma ampla, como o fornecimento de insumos para higienização das mãos e do material de trabalho, máscaras de proteção, além de outros cuidados básicos para se evitar a contaminação. Tampouco foi oferecido apoio financeiro para permitir o isolamento necessário dos trabalhadores integrantes dos grupos de risco ou contaminados pela COVID-19, em prejuízo aos trabalhadores e à sociedade consumidora como um todo.

Nesse contexto, o Ministério Público do Trabalho, de modo pioneiro, emitiu a Notificação Recomendatória nº 01/2020, de 19/03/2020, por meio da Coordenadoria de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho – CONAFRET³³, para recomendar às empresas de aplicativos que tomem medidas detalhadas de contenção e prevenção contra a doença, determinando que seja garantida aos trabalhadores no transporte de passageiros e no transporte de mercadorias por plataformas digitais, que integrem o grupo de alto risco (como maiores de 60 anos, portadores de doenças crônicas, imunocomprometidos e gestantes) assistência financeira para subsistência, a fim de que possam se manter em distanciamento social, enquanto necessário, sem que sejam desprovidos de recursos mínimos para sua sobrevivência.

Com a mesma intenção de garantir condições mínimas de trabalho a esta categoria, foram apresentados, em abril de 2020, os Projetos de Lei 1.665/2020 e 1.677/2020, ainda em trâmite no Congresso Nacional, que dispõem sobre os direitos dos entregadores que prestam serviços a aplicativos de entrega durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus (COVID-19). O Projeto de Lei nº 1665, no artigo 3º, por exemplo, disciplina que os aplicativos de entrega devem contratar, em benefício dos entregadores a eles vinculados, seguro contra acidentes e por doença contagiosa.

Como vemos, a economia de plataforma se tornou parte de nossas rotinas diárias e os serviços por elas prestados se incorporaram em definitivo no modo de vida moderna. Contudo, os trabalhadores que são utilizados para a viabilização de tais serviços não merecem suportar o peso de um modelo de negócio que só funciona na medida em que os explora. Uma pesquisa feita pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (Remir Trabalho)³⁴ constatou que a redução da remuneração, associada ao aumento do risco de contágio por COVID-19, intensifica a condição precária desses trabalhadores. A coleta de dados foi feita através de entrevistas com 252 entregadores e 89,7% dos entrevistados declararam ganhos iguais ou menores do que no período anterior à pandemia.

33 “Nota Técnica CONAFRET nº 01/2020”. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-conafret-corona-virus-01.pdf>. Acesso em: 20 nov 2020.

34 Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/remir/index.php/condicoes-de-trabalho/178-ministerio-publico-do-trabalho-produz-a-serie-por-tras-do-aplicativo-que-denuncia-as-condicoes-de-trabalho-dos-trabalhadores-por-aplicativo-no-brasil>

A despeito da subordinação jurídica e econômica já discutida, o não reconhecimento pelos Tribunais da relação de trabalho ou de emprego com as empresas-aplicativo impossibilita negociações coletivas e o mínimo de proteção social para a categoria. Como resposta às péssimas condições de trabalho, foi articulada uma paralisação nacional dos entregadores de aplicativos em 1º de julho de 2020. O “breque dos aplicativos” é a organização política mais relevante no mundo do trabalho dos últimos anos, pois representa uma resistência à precarização e à uberização do trabalho através de organização política, unidade e solidariedade de classe. Essa resistência organizada pode aumentar o poder de negociação com as empresas e alcançar melhorias materiais na extensa e precária jornada de trabalho.

Por intermédio dessa organização marcada pela solidariedade e unidade de classe, os entregadores lutam por melhores condições de vida. As pautas da paralisação em 01/07/2020 foram: aumento do valor por KM, aumento do valor mínimo por entrega, fim dos bloqueios e desligamentos indevidos, seguro de roubo, acidente e vida em virtude dos acidentes que ocasionam incapacidade e morte dos entregadores, auxílio pandemia (equipamentos de proteção e licença remunerada para isolamento em caso de contaminação) e fim do sistema de pontuação Rappi que obriga os entregadores a trabalharem no fim de semana para obter os pontos necessários para realizar entregas durante a semana.

A data foi escolhida em consulta a vários grupos de entregadores no WhatsApp em várias cidades brasileiras. A hashtag utilizada para mobilizar para a paralisação nacional dos entregadores foi #BrequedosApps e #ApoioBrequedosApps. Nas chamadas, os entregadores advertiam que o movimento é dos entregadores de todo País, bike e moto, e não pertence a nenhum partido político, e que estão em luta pela melhoria das condições de trabalho nos aplicativos, mas não querem regulação que prejudiquem os trabalhadores. Verifica-se que as redes sociais foram um importante instrumento de mobilização do movimento “Breque dos Aplicativos”, que se organizaram politicamente formulando táticas de ampliar a paralisação.

No Instagram, os entregadores orientaram a organização coletiva a partir de um ponto de encontro para “rodar” pela cidade parando as principais vias. Também recomendaram o bloqueio em shoppings, mercados ou grandes restaurantes para conversar sobre a iniciativa com outros entregadores que ainda não participavam do movimento. No caso dos trabalhadores que não podiam participar da paralisação, houve orientação para desligar o aplicativo. Para além das redes virtuais, os motociclistas e ciclistas também criaram identidade visual, confeccionaram um cartaz para divulgar a paralisação a ser colado nas bags – mochilas utilizadas para armazenar alimentos e mercadorias a serem entregues – em cima da marca empresarial do aplicativo e fizeram panfletagens convidando nas regiões centrais e periféricas das maiores capitais.

Foi feita ainda uma campanha para a solidariedade e apoio do usuário ao movimento. Mesmo aqueles que utilizam os aplicativos poderiam contribuir com a paralisação de várias formas: não pedindo nada nos aplicativos de entrega com a hashtag #1DiaSemApp; avaliando com notas ruins os aplicativos de entrega (Rappi, IFood, UberEats, James, Loggi etc), fazendo comentários de crítica à superexploração dos entregadores e apoiando o “breque”; e ajudando a difundir a luta para mais usuários e trabalhadores.

Vale referenciar também a iniciativa progressista de Paulo Lima, vulgo “Galo”, de 31 anos, motofretista e morador da periferia da Zona Oeste da cidade de São Paulo, que fundou o movimento de Entregadores Antifascistas. O movimento está em ascensão e, além de lutar com a categoria de outros motofretistas e ciclofretistas por aplicativo por mais dignidade no labor, luta também pela saída de Jair Bolsonaro da Presidência da República e por mais democracia. Galo, o líder do movimento, compreende o governo de Bolsonaro como autoritário “por querer silenciar os movimentos sociais, ao mesmo tempo em que apoia manifestações que pedem o fechamento do Supremo Tribunal Federal e a volta da ditadura militar”³⁵.

Doravante, será necessária uma maior organização política, inclusive com a criação de uma espécie de caixa ou fundo de solidariedade (de cunho financeiro), para que as greves futuras possam de fato enfrentar o poder político e econômico dos aplicativos e das grandes empresas que normalmente vendem através dessas plataformas virtuais. Através do movimento demonstrado na paralisação de 1º de julho de 2020, construído num contexto extremamente precário de pandemia, crise sanitária e econômica, os trabalhadores precários por aplicativos mostram a potência da organização política coletiva mesmo em tempos adversos. O movimento representa um grande avanço democrático que deve ser apoiado e incentivado por toda a sociedade, a principal beneficiada da regulação e valorização social do trabalho humano durante e após a pandemia da COVID-19.

5. Conclusões

A doença COVID-19, causada em seres humanos pelo novo coronavírus, foi caracterizada pela Organização Mundial da Saúde como uma pandemia em março de 2020 devido à crescente disseminação mundial do vírus. A letalidade da COVID-19 e a debilidade do sistema público de saúde arcar com assistência médica a tantas pessoas sob risco de morte ou sequelas após a contaminação, a OMS recomendou medidas como distanciamento e isolamento social para conter os efeitos pandêmicos. Em decorrência disso, houve queda não só na circulação de pessoas, como no consumo e na movimentação de ca-

³⁵ “Galo lança a revolução dos entregadores de aplicativo. Essenciais na pandemia, invisíveis na vida real”. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-28/galo-lanca-a-revolucao-dos-entregadores-de-aplicativos-essenciais-na-pandemia-invisiveis-na-vida-real.html>

pital. O distanciamento e o isolamento obrigatórios em virtude da COVID-19 diminuíram e diminuem a atividade econômica, principalmente, em setores produtivos não essenciais.

Segundo dados do Governo Federal, estima-se que mais de 55 mil empresas tenham fechado as portas e milhões de brasileiros tenham ficado desempregados. Ao invés de aumentar os gastos públicos para proteger as pequenas e médias empresas antes que essas dispensassem os trabalhadores e atuar para manter os vínculos trabalhistas nas grandes empresas, as Medidas Provisórias nº 927/2020 e nº 936/2020 editadas pelo Governo Federal permitiram a suspensão do contrato de trabalho e a redução de jornada e de salário. Tais Medidas são a expressão da legalização da precariedade (THÉBAUD-MONY; DRUCK, 2016), tendo sido a Medida nº 936/2020 convertida para a nova Lei nº 14.020/2020.

A flexibilização de direitos trabalhistas, marcada pela precarização do trabalho, é um processo histórico que vem ocorrendo desde as alterações legais posteriores à promulgação da Constituição da República de 1988 e atinge seu ápice com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), que trouxe ao ordenamento jurídico a prevalência da negociação coletiva sobre a legislação trabalhista (art. 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), o trabalho intermitente e, de um modo geral, a diminuição do valor econômico e social do trabalho. Apesar da centralidade do trabalho, nas sociedades capitalistas, o labor é visto sempre como custo dispensável e nunca como instrumento de sociabilidade e dignidade humana.

Uma das facetas da precarização estrutural das condições e relações de trabalho é a desregulamentação, sendo a sua maior expressão atual a uberização do trabalho. A uberização impõe a superexploração de trabalho humano por meio das plataformas digitais que conectam o motorista-trabalhador e o entregador-trabalhador ao consumidor que deseja um serviço privado de transporte ou de entregas de alimentos e mercadorias. A relação entre os aplicativos e seus trabalhadores não pode ser compreendida como mera relação de parceria, colaboração, autonomia, consumo, empreendedorismo ou outro termo suave. Os aplicativos exploram trabalho subordinado, previsto em legislação (art. 6º, da CLT) e passível de subsunção legal e exigibilidade judicial, ainda que os Tribunais brasileiros estejam divergindo em seus julgados e atuando timidamente para proteger trabalhadores precários.

Em plena pandemia de doença letal ainda sem ampla campanha de vacinação para todos os brasileiros, os trabalhadores por aplicativo, além de não terem direito ao distanciamento e/ou isolamento social, não receberam, em sua amplitude enquanto categoria, qualquer equipamento de proteção contra o novo coronavírus. Os trabalhadores uberizados sobrevivem extremamente expostos ao risco de contrair a doença, a fim de dar suporte à sociedade em suas demandas domésticas em função do isolamento imposto, e ao trabalho num ritmo incessante sem as mínimas condições necessárias para pro-

tegerem a sua saúde e protegerem terceiros com os quais mantenham contato, tornando-se, portanto, mais vulneráveis ao coronavírus e suscetíveis de impulsionar a chamada transmissão comunitária.

Como resposta às péssimas condições de trabalho, foi articulada uma paralisação nacional dos entregadores de aplicativos em 1º de julho de 2020. O “breque dos aplicativos” é a organização política mais relevante no mundo do trabalho dos últimos anos, pois representa uma resistência à precarização e à uberização do trabalho através de organização política, unidade e solidariedade de classe. Essa resistência organizada pode aumentar o poder de negociação com as empresas-aplicativo e alcançar melhorias materiais na extensa e precária jornada de trabalho, inclusive após a pandemia da COVID-19.

Vale pontuar que os motoristas que trabalham nas principais empresas de transporte de passageiros por aplicativo como Uber, Cabify, 99 e Lyft também pavimentaram o caminho para a resistência antes do contexto pandêmico quando, em 8 de maio de 2019, organizaram a primeira grande manifestação global por melhores condições de trabalho. A data foi escolhida para acontecer um dia antes de a Uber permitir os investimentos por bolsa de valores, um fator de agravamento da exploração do trabalho dos motoristas. As manifestações aconteceram em cidades dos Estados Unidos, Reino Unido, França, Austrália, Nigéria, Quênia, Chile, Brasil, Panamá, Costa Rica e Uruguai.

Os trabalhadores precários, vinculados a aplicativos que burlam todo tipo de regulação, já demonstram fortes sinais de que fortalecer os vínculos coletivos entre o precariado – a parcela da classe trabalhadora mais vulnerável ao aumento de exploração humana – é um caminho de enfrentamento à precarização estrutural do trabalho. A reorganização associativa e sindical parece ser, nesse momento adverso de legalização da precariedade e desregulação do trabalho, apenas reativa. Mas, durante essa reação, devemos iniciar uma reflexão profunda sobre os elementos estruturantes da superexploração da força de trabalho humana no Brasil para impor um projeto político de trabalho com dignidade humana para todos, de máxima felicidade social e erradicação das desigualdades.

Bibliografia final

ABILIO, Ludmila Costhek. **Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado**. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, p. 1-11, nov./2019.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 (1943). Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 mar 2020.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (orgs.). **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2016

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

LEME, Ana Carolina Reis Paiva. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. 16. ed. LTr: São Paulo, 2016.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

IEMENSCHNEIDER, Patrícia Strauss; MUCELIN, Guilherme Antônio. **Economia do compartilhamento: a lógica algorítmica das plataformas virtuais e a necessidade de proteção da pessoa nas atuais relações de trabalho.** *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 7, n. 1, p. 61-93, abr./2019. SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

STANDING, Guy. **Precariado: a nova classe perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

INFLUÊNCIA DA INDUMENTÁRIA NAS REPRESENTAÇÕES JURÍDICAS – RELAÇÕES DE PODER E GÊNERO

INFLUENCE OF CLOTHING ON LEGAL REPRESENTATIONS - POWER AND GENDER RELATIONS

Recebido: 19/01/2021

Aceito: 006/03/2021

Natália de Souza Lisboa

Doutora em Direito Internacional (PUCMinas). Professora do Departamento de Direito – Graduação e Mestrado “Novos Direitos, Novos Sujeitos” – Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

Pró-reitora de Assuntos Comunitários e Estudantis – PRACE/UFOP. Coordenadora do RESSABER – Grupo de Estudos em Saberes Decoloniais (UFOP).

E-mail: natalialisboa@ufop.edu.br;



<https://orcid.org/0000-0002-1684-8183>

Ana Carolina Silva

Aluna de graduação em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

E-mail: acarolsilva96@gmail.com



<https://orcid.org/0000-0001-6079-4672>;

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo introduzir a discussão acerca do dano existencial que a partir da aplicação do método jurídico-dogmático na análise de dispositivos normativos, que dizem respeito à discriminação de corpos pela moda, entende-se que, enquanto micro realidade, o ambiente forense replica a organização hierárquica e heteronormativa da história social da moda. Fundada em bases coloniais de poder e de saber, tal organização se sustenta em disposições sobre indumentária adequada, encontradas nos regimentos internos dos Tribunais brasileiros, para acesso ao Judiciário. A adoção da estética colonial pelos Tribunais, embora tenha por objetivo principal simbolicamente manter o decoro e dignificar as carreiras jurídicas, enseja em reiterada discriminação de advogadas e advogados, especialmente no que tange a discriminação de gênero e discriminação racial. O presente trabalho tem como problema desenvolver a noção de como a dignificação da advocacia pela moda/estética colonial se fundamenta na história social e ocidental da moda e viola o postulado da liberdade que é intrínseco à profissão e limita, portanto, o exercício pleno da advocacia. E, a partir de tal percepção, propor uma leitura epistêmica da indumentária jurídica binária e hierárquica a partir do olhar do Sul Global pelo feminismo decolonial.

Palavras-chave: História social da moda. Indumentária. Advocacia. Relações de poder. Feminismo decolonial.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

From the application of the legal-dogmatic research in the analysis of legal mechanisms related to the discrimination of bodies by fashion, it is understood that, as a micro reality, the forensic environment replicates the hierarchical and heteronormative organization of the social history of fashion. Founded on colonial bases of power and knowledge, this organization is supported by provisions on adequate clothing, found in the internal regulations of the Brazilian Courts, for access to the Judiciary. The adoption of colonial aesthetics by the Courts, although its main objective is symbolically to maintain decorum and dignify legal careers, it leads to the repeated discrimination of lawyers and lawyers, especially in terms of gender discrimination and racial discrimination. The present work intends, therefore, as a problem, to develop the notion of how the dignification of advocacy by colonial fashion / aesthetics is based on the social and western history of fashion and violates the postulate of freedom that is intrinsic to the profession and therefore limits the exercise advocacy. And, based on this perception, to propose an epistemic reading of this organization of binary and hierarchical legal clothing from the perspective of the Global South through decolonial feminism.

Keywords: ESocial history of fashion. Clothing. Advocacy. Power relations. Decolonial feminism.

1. Introdução

A palavra tradição, enquanto cristalização de universos simbólicos, mostra-se como elemento social e motivo de orgulho na rotina forense. Em que pese a liturgia nos Tribunais de Justiça brasileiros deva ser garantida pelo rito processual, basta que se revise as notícias para perceber que não somente a exposição dos fatos, do conhecimento técnico-jurídico e da eloquência argumentativa compõem as audiências. O componente estético é apresentado como elemento importante no meio jurídico, de modo que os imperativos exigidos às partes e, especialmente, às advogadas e aos advogados do Brasil encontrem-se em compatibilidade com dois pilares: decoro e asseio¹.

A pesquisa do tema é justificada na necessidade de compreender o formalismo

1 Em agosto de 2018, o TST editou ato 353/18 cujo art. 1º definia que apenas pessoas que se apresentassem com “decoro e asseio” teriam acesso ao referido tribunal. “Art. 1º O acesso e a permanência nas dependências do Tribunal Superior do Trabalho serão autorizados somente às pessoas que se apresentarem com decoro e asseio, devendo ser utilizada vestimenta que observe o devido respeito ao Poder Judiciário e as disposições deste Ato”. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Ato nº 353, de 2.8.2018, DEJT de 2.8.2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/informativos-lp/-/asset_publisher/OZPq/document/id/24625794>. Acesso em: 21 ago. 2020.

acentuado, que define o código de vestimenta para o exercício da advocacia dentro dos tribunais. É preciso, primeiro, entender como a moda é socialmente construída sobre os pilares de uma organização binária e hierarquizada de uma sociedade ocidental. Ademais, é necessário considerar que esse binarismo hierárquico replica-se sistemicamente em micro realidades quando é normatizado por Regimentos Internos de fóruns e tribunais, que dispõem sobre vestimentas adequadas para acesso a esse ambiente. Essa forma organizacional, por sua vez, é sustentada por uma linguagem de simbolismos, que têm por objetivo a manutenção das narrativas de poder — que inferem, principalmente, na discriminação de gênero e raça — e da estratificação social, que determina a dignidade da profissão da advogada e do advogado. É fundamental considerar, também, o conflito existente entre as regras de vestimenta dos Regimentos Internos dos tribunais, autorizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em suas decisões e orientações, e a competência privativa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para dispor sobre as vestimentas a serem utilizadas por advogadas e advogados no exercício da advocacia.

A partir do método jurídico-dogmático em que são analisados dispositivos normativos específicos para a compreensão da dimensão maior em que se insere o Judiciário e a partir da análise jurídico dogmática de dispositivos, que regulamentam a indumentária dentro de determinados Tribunais, pretende-se mostrar que a dimensão estética operacionaliza o exercício das formas de poder nas representações jurídicas. O formalismo estético demonstra ter apreço no dia a dia forense porque o reconhecimento social do indivíduo pelas vestimentas e a preconcepção de suas condutas é um fenômeno da comunicação, que estabelece-se no primeiro contato visual, qual seja o primeiro grau de comunicação não verbal.

O artigo tem como problema discorrer sobre a adoção da estética colonial pelas regras de indumentária nos regimentos internos dos Tribunais e a consequente violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Posto que a influência da moda atrelada à ideia de dignidade na advocacia apresenta-se como limitadora do exercício da profissão, especialmente no que diz respeito à atuação das advogadas, em sua condição de mulher, e como resultado são submetidas aos reiterados casos de constrangimento em virtude das roupas com que se vestem para comparecer aos tribunais.

Busca-se mostrar a relevância de fazer uma reflexão sobre os ônus que a organização das normas, que dizem respeito às indumentárias, gera para o pleno exercício da advocacia e, em consequência, para a sociedade. Especialmente quando se considera a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça e a suposta inexistência de hierarquia entre os atores do Judiciário.

Dessa forma, serão desenvolvidos os objetivos do trabalho de forma a delimitar a influência que a construção social da moda tem sobre a regulamentação das indumentárias de advogadas e advogadas nos Tribunais de Justiça e sobre a definição

da dignidade das carreiras jurídicas, e da própria justiça, pela moda.

2. Influência da Construção Social da Moda na Regulamentação de Indumentárias de Advogados nos Tribunais de Justiça

Para aproximar os conceitos a serem abordados neste artigo, é preciso ter em mente que nem sempre a moda foi um elemento essencial e inseparável do desenvolvimento social humano. Inclusive, o momento em que a moda torna-se consubstancial às relações sociais humanas está muito bem delimitado no tempo e espaço, que diz respeito à construção eurocêntrica da História. Quanto ao tempo, somente é possível reconhecer a moda como um sistema a partir do fim da Idade Média²; aqui, a condição social passa a determinar os tipos de cores e tecidos que cada camada social poderia utilizar dentro do modelo de uma sociedade estratificada verticalmente entre nobres e servos. Apenas no início do século XIX é que a moda passa atender de forma mais acentuada e ordenada ao propósito de uma indicação elitista de status quo, que perdura até a atualidade.

Em que pese seja atestada sua evolução a cada marco temporal e essa corresponda a simbologias ressignificadas, a depender das organizações sociais em que se insere, a moda, como a conhecemos hoje, enquanto fenômeno cultural, não deixa de ser uma herança decorrente dos processos de colonização. Desta forma, a história social da moda constrói-se sobre os pilares de uma organização binária e hierarquizada que estabelece os papéis de gênero e as posições sociais, respectivamente, em uma sociedade, de modo que “[...] o superinvestimento na ordem das aparências, o refinamento e a estetização das formas que distinguem a moda enraízam-se em um feixe de fatores culturais próprio do ocidente”³.

Dentre todas as tradições, que compõem a liturgia dos ritos procedimentais em um Tribunal de Justiça, destacam-se as indumentárias, que devem ser utilizadas por advogadas e advogados no exercício da sua profissão. Para além do formalismo e simbologias de poder, determina-se que o código de vestimenta esteja de acordo com o decoro das carreiras jurídicas. A socióloga Diana Crane entende a moda enquanto comunicação simbólica e, a partir deste conceito, como forma de transmitir informações sobre o papel e posição social daqueles que a vestem. No mesmo sentido, é possível entender o código de vestimenta, enquanto transmissão de informações, como um conjunto de normas e percepções, que variam de acordo com a cultura e com os

2 LIPOVETSKY, Gilles. O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24.
Idem., p. 70.

3 CRANE, Diana. A moda e seu papel social: classe, gênero e identidade das roupas. Tradução Cristiana Coimbra. São Paulo : SENAC, 2006, p. 199.

propósitos, que a moda deve cumprir em diferentes circunstâncias sociais.

Conforme preconizado no art. 58, XI do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8906/94)⁴, compete privativamente ao Conselho Seccional determinar os critérios para os trajes dos advogados no exercício da profissão. Embora, legalmente, a competência seja exclusiva de cada Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, cada Tribunal e Fórum possui autonomia para instituir normas internas quanto à determinação da vestimenta adequada ao ambiente forense. Sendo assim, a elasticidade das normas, que dispõem sobre as vestimentas, depende da razoabilidade de cada tribunal, de modo que, para efeitos práticos, a falta de regulamentação acerca das indumentárias, neste ambiente, é a regra.

É possível suscitar, ainda, discussão quanto ao conflito entre normas. De um lado tem o Estatuto da Advocacia e da OAB, cuja força é de Lei Federal, que estabelece como competência privativa dos Conselhos Seccionais a determinação dos critérios para trajes dos advogados e advogadas no exercício da profissão. Em contraponto, existem os Regimentos Internos dos tribunais — autorizados pelo CNJ a dispor autonomamente sobre as vestimentas, que consideram adequadas ao ambiente forense. A jurisprudência majoritária entende que é lei material Regimento Interno de tribunal, em que pese não obedeça ao processo legislativo, deve ser equiparado à Lei Ordinária⁵. Em função da inexistência de hierarquia entre os dois dispositivos, infere-se que o caso se trata de mera reserva constitucional de competência.

No que diz respeito aos Regimentos Internos dos tribunais, é importante salientar que as disposições que regulamentam os trajes das advogadas e advogados no interior dos tribunais, por muitas vezes, constroem as profissionais e incorrem na violação do direito a “[...] tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho”, conforme prevê o art. 6º do Estatuto da Advocacia e da OAB, de acordo com nota pública redigida pela Comissão da Mulher Advogada e pela Procuradoria de Defesa das Prerrogativas e Valorização da Advocacia da Seccional de

4 BRASIL. Lei 8906 de 04 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

5 O fundamento da equiparação de Regimento Interno de tribunal à Lei Ordinária advém do respeito aos princípios de harmonia e autonomia entre os três poderes, além da competência privativa conferida pelo art. 96, I, 'a' da Constituição da República de 1988.

“Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; [...]”.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

Tocantins. Ademais, o art. 133 da CF/88⁶ determina a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça e sua inviolabilidade no exercício da profissão, qual seja a não violação de suas prerrogativas previstas pelo Estatuto da Advocacia e da OAB. Sendo assim, haveria, também, a inadequação dos Regimentos Internos ao preconizado pela CF/88.

Ainda sobre a controvérsia das vestimentas nos tribunais, provocado pelo Pedido de Providências nº 0002580-32.2020.2.00.0000⁷, cuja apreciação tem por finalidade a criação de ato normativo que regulamentasse os trajes para acesso dos jurisdicionados aos Tribunais do país, em observância à cultura local de cada Estado, o CNJ decidiu, em Relatório, por expedir mera recomendação aos Tribunais de Justiça. A decisão consiste em orientação para que se passe a observar os costumes e tradições locais quando da elaboração e aplicação de normas relativas às vestimentas que julgam adequadas para acesso a fóruns e tribunais.

De acordo com o caráter do pedido de provimento mencionado, é possível perceber que o código de vestimenta imputado ao meio jurídico é uma herança colonial, que não corresponde à pluralidade cultural e tampouco às condições climáticas do Brasil. Reconhecer a cultura local de cada Estado brasileiro e, sobretudo, reconhecer que as vestimentas adotadas de uma moda ocidental por muitas vezes são um empecilho para advogadas e advogados no Brasil, importa no processo de “desprendimento” abordado por Quijano⁸. O “desprendimento”, definido por Mignolo⁹, consiste na prática da mudança epistemológica de pensamentos na medida em que se critica a colonialidade do poder a partir de sua própria perspectiva de “[...] descolonização epistemológica para, então, dar lugar a uma nova comunicação intercultural, a uma troca de experiências e de significados, como a base de outra racionalidade que possa ser reivindicada, com legitimidade, para alguma universalidade.” (Tradução nossa) .

O código de vestimenta adotado pelas carreiras jurídicas reflete, justamente, essa reivindicação do provincianismo como a universalidade que define, visualmente, o decoro e a dignidade da advocacia. Isso ocorre porque a micro realidade forense possui raízes

6 “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

7 CNJ. Pedido de Providências nº 0002580-32.2020.2.00.0000. Brasília, 14 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/Infojuris2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=747DC385DDB8EDE7D8FCF5D967EAC367?jurisprudencialdJuris=48173>>. Acesso em: 03 set. 2020.

8 QUIJANO, Anibal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. apud MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura un manifiesto. Em: Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (compiladores). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 25-46

9 MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura un manifiesto. Em: Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (compiladores). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 25-46.

estruturais e políticas conservadoras que remetem à colonialidade. E, para compreender o ônus que a adoção desse sistema hierárquico e ocidental tem para organização do Judiciário brasileiro, e todos aqueles que a ele se correlacionam, faz-se necessário citar Grosfoguel:

Eis que se torna importante distinguir “lugar epistémico” e “lugar social”. O facto de alguém se situar socialmente no lado oprimido das relações de poder não significa automaticamente que pense epistemicamente a partir de um lugar epistémico subalterno. Justamente, o êxito do sistema-mundo colonial/moderno reside em levar os sujeitos socialmente situados no lado oprimido da diferença colonial a pensar epistemicamente como aqueles que se encontram em posições dominantes¹⁰.

Aqui, é preciso entender a matriz de poder colonial enquanto um princípio organizador que envolve o exercício da exploração e da dominação em múltiplas dimensões da vida social, inclusive, no Judiciário brasileiro, essa perspectiva é dada por Quijano¹¹. A matriz de poder colonial, que opera a partir do estabelecimento de hierarquias, é responsável por subalternizar conhecimentos e experiências daqueles sujeitos situados no lado oprimido da diferença colonial e, por consequência, corrobora com a invisibilidade e exclusão desses sujeitos na medida em que se mantêm as relações de poder colonial ao longo do tempo. Há de se considerar que o princípio organizador da matriz de poder colonial, aqui, perpassa pela questão da estética colonial, de modo que somente são vistos aqueles sujeitos que reproduzem o discurso simbólico proposto pelo lado dominante, quais sejam aqueles sujeitos que se vestem de acordo com as regras de indumentária impostas pelos Regimentos Internos dos tribunais e fóruns brasileiros.

3. O Papel da Diversidade Jurídica da Moda nas Relações de Poder e de Gênero

A pandemia Para além de todas as regras estabelecidas no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem Dos Advogados do Brasil, resta confirmado pela reflexão supra que o vestuário desempenha grande importância na construção social da identidade profissional de advogadas e advogados. Haja vista que as roupas, nesta situação, são determinadas por normas institucionais minuciosas sobre aparência que

10 GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n.80, p. 119.

11 QUIJANO, Aníbal. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: E. Lander (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, p. 533-580.

se considera adequada a determinado ambiente e situação. Mais que isso, de todos os caracteres que nos levam a pensar criticamente sobre a discriminação de gênero na micro realidade forense, talvez, a falta de diversidade jurídica da moda se demonstre como operante dessa discriminação de forma mais palpável, posto que a moda é um dos mais perceptíveis marcadores da expressão gênero.

A expressão de gênero, assim como a própria construção de gênero, é um fator sociocultural e a partir dela, compreende-se o poder cultural que as vestimentas exercem em comportamentos e atitudes pela imposição de identidades sociais. O gênero, aqui, será posto como categoria de análise sob a perspectiva decolonial para que se pense na subjetividade dos corpos femininos colonizados, subalternos. Assim, a análise parte do pressuposto de que “[...] raça (e classe) e gênero (re)produzem-se reciprocamente nessa construção moderna binária”¹². A partir desta ótica do feminismo decolonial, buscar-se-á demonstrar e criticar como a colonialidade dita a organização histórica e sociológica não somente da moda, mas da organização da hierarquia e relações de poder e de gênero da micro realidade forense tomado como objeto de estudo.

Entende-se o poder, em primeira instância, como a “[...] multiplicidade de relações de força inerentes à esfera em que operam e que constituem sua própria organização”¹³. Deste modo, a continuidade das relações coloniais de poder pelo corpo feminino e pela moda, dentro dos tribunais brasileiros, será considerada a partir da teoria da colonialidade do poder abordada, primeiramente, por Quijano ao que ele percebe, em termos estruturais amplos, a interseção entre gênero e raça¹⁴.

3.1. Identidades e relações de gênero do feminismo decolonial

Para compreender a problemática da dignificação da advocacia pela moda relacionada às identidades e relações de gênero do feminismo decolonial é preciso, primeiro, entender que a incorporação das dicotomias de gênero pela moda é pertencente a uma herança colonial de uma sociedade estratificada com papéis sociais do feminino e masculino, determinados pelo sexo biológico e por fatores socioculturais. A partir da perspectiva da ótica decolonial, pretende-se mostrar as nuances da incorporação dessas dicotomias, ou, melhor dizendo, binariedade de gênero pela moda. De acordo com Ballestrin, a decolonialidade indica a não superação do colonialismo, a ideia de decolonialidade “[...] procura transcender a colonialidade, a face obscura da modernidade,

12 GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 1, 2018, p. 71. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.28209>. Acesso em: 24 set. 2020.

13 FOUCAULT, Michel. The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction (translation of La volonté de savoir). New York: Pantheon Books, 1978, p. 91.

14 LUGONES, María. Colonialidade e gênero. Tabula Rasa [online]. 2008, n.9, p.73. ISSN 1794-2489.

que permanece operando ainda nos dias de hoje em um padrão mundial de poder”¹⁵.

Neste sentido, pode-se entender que a perspectiva decolonial implica na desconstrução do conhecimento e poder colonizador e na reconstrução de outras formas genealógicas de conhecimento e de poder. Isto porque se mostrou impraticável adotar, no Brasil, um olhar sobre identidades e relações de gênero que partem de uma definição eurocêntrica. Pensar nas identidades de gênero através de uma análise decolonial é reconhecer que a noção estável e universalizadora de gênero não é suficiente ao feminismo aplicado às sujeitas colonizadas por representar um entrave para o reconhecimento de diversidades.

Por este motivo, Segato alude à necessidade de diferenciar dualidade de gênero e binarismo, segundo a autora “[...] na dualidade a relação é de complementaridade, a relação binária é suplementar, um termo suplementa o outro e não o complementa”¹⁶. Na binariedade de gênero, portanto, o masculino se torna equivalente universal a partir do qual se equipara o feminino. Ou seja, para que o termo mulher alcance plenitude ontológica, ele é equiparado a partir da referência masculina. Assim, de acordo com o padrão colonial moderno e binário, a mulher — em detrimento do homem — tem suas particularidades neutralizadas e passa a ser vista como “o outro”.

Surge, então, a necessidade de se começar a pensar em um modelo feminista capaz de contestar as definições de identidades e relações de gênero do modelo binário e colonial. É o que se propõe o feminismo decolonial ao utilizar gênero como categoria de análise, de modo que se preocupa em afastar da categoria sexo e desvencilhar da imposição binária, advinda de um determinismo biológico que divide os sujeitos da sociedade entre homem e mulher. O gênero como categoria de análise implica no entendimento que homem e mulher são conceitos social e historicamente inscritos¹⁷. Ao colocar em foco caráter sociocultural como fator determinante das identidades e relações de gênero, é desnaturalizada a ideia de “ser homem” e, principalmente, de “ser mulher” em decorrência do sexo biológico que lhes é designado no nascimento. Essa postura assumida pela tentativa de descolonizar o gênero rompe, então, com a consequente hierarquia de gênero binário¹⁸.

Mais do que isso, o feminismo decolonial coloca o feminino como referência do estudo, de modo que as relações de gênero ganham uma nova roupagem e o homem

15 BALLESTRIN, Luciana. Para transcender a colonialidade. [Entrevista concedida a] Luciano Gallas; Ricardo Machado. IHU Online, São Leopoldo, ed. 431, novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5258-luciana-ballestrin>>. Acesso em: 03 out. 2020.

16 Idem, p. 122.

17 GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 1, 2018, p. 66. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.28209>. Acesso em: 24 set. 2020.

18 GOMES, Camilla de Magalhães. Têmis Travesti: as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do “humano” no Direito. 2017. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 44.

branco, cis e hétero deixa de estar no centro dessas relações. Desta forma, passa-se a questionar a organização binária e hierárquica em que se edificaram as relações de poder pela valoração das características femininas e masculinas de acordo com os corpos dos sujeitos, conforme as diferenças percebidas entre os sexos biológicos. De acordo com Claudia de Lima Costa “[...] ver o gênero como categoria colonial também permite historicizar o patriarcado, salientando as maneiras pelas quais a heteronormatividade, o capitalismo e a classificação social se encontram sempre já imbricados.”¹⁹.

É importante salientar que, diferente do feminismo eurocêntrico, para o feminismo decolonial, de nada adiantará se falar em gênero se não se pensar, também, na interseção que as relações de gênero possuem com a raça. As categorias estão interligadas de tal modo que entender o gênero pela raça, da mesma forma que entender a raça pelo gênero, faz-se imprescindível para a compreensão da binariedade hierarquizada do sistema-mundo a que reputa a colonialidade do poder.

Sendo assim, não é possível avançar na decolonização do poder caso não forem levadas em consideração as bases da cadeia de opressão no sistema-mundo colonial replicado pelo ambiente forense como manutenção de uma hierarquia. É imprescindível afirmar, portanto, que há caráter de indivisibilidade entre raça e gênero na medida em que, quando se fala em opressão de gênero sob a perspectiva decolonial, fala-se em uma opressão colonial, heterossexualizada e racializada. Lugones entende a “[...] opressão como uma interação complexa de sistemas econômicos, racializantes e engendrados, na qual cada pessoa no encontro colonial pode ser vista como um ser vivo, histórico, plenamente caracterizado”²⁰.

A partir do feminismo decolonial como referência e sua preocupação em considerar as identidades de gênero, bem como as relações de gênero, determinadas por fatores socioculturais de colonialidade, entender-se-á, também, a definição do gênero pela moda como um fator sociocultural e colonial. A binariedade de gênero do modelo colonial que se verifica na micro realidade forense cria um abismo entre advogadas e advogados, de modo que as primeiras se convertem em resto e resíduo dos últimos. Fundado, portanto, em uma sociedade binária e hierárquica, o Judiciário mantém, por intermédio de seus Regimentos Internos, as expressões de gênero definidas socioculturalmente de acordo com os papéis de gênero coloniais.

O caráter conservador da manutenção das relações de gênero pelas vestimentas evidencia a necessidade de se pensar epistemicamente de um lugar que permita romper com a matriz colonial de poder que estabelece a hierarquia, ou abismo como bem coloca

19 COSTA, Cláudia Junqueira de Lima. Feminismo e tradução cultural: sobre a colonialidade do gênero e a descolonização do saber. *Portuguese Cultural Studies*, v. 4, outono de 2012, p. 47.

20 LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935 - 952, set. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36755/28577>>. Acesso em: 03 out. 2020. doi: <https://doi.org/10.1590/%x>.

Segato²¹, que subalterniza os conhecimentos e experiências da sujeita advogada em detrimento da estética colonial. Para tanto, como propõe Alcoff, é preciso se desapegar de quadros anteriores de análise das relações de gênero para que seja possível a comunicação “[...] nos diversos contextos de significados e formações de gênero”²².

3.2. A definição do gênero pela moda

O vestuário pode ser considerado uma instituição que, como qualquer outra, cristaliza universos simbólicos — que são produtos sociais — através dos processos de objetivação, sedimentação e acumulação de conhecimento²³. Desta forma, o vestuário possui regras, modos e estabelece condições para a relação de valores interseccionais à sociedade cultural e às vestimentas, inclusive no que diz respeito à manifestação da expressão de gênero. De acordo com a construção social da moda, as roupas, na medida em que definem os papéis e os comportamentos dos sujeitos na sociedade, são mais um exemplar que ressalta a oposição entre o masculino e feminino quando postas como recurso real da expressão de gênero. Em consideração ao foco do trabalho, a definição do gênero pela moda será descrita a partir da conceituação do feminino conforme proposta do feminismo decolonial.

A partir de universos simbólicos, no que diz respeito à indumentária, é criada uma coerência social que estabelece, por exemplo, o imaginário de que homem deverá vestir terno e mulheres saia. Acontece que gênero deve se referir a papéis sociais suscetíveis a fatores socioculturais e não, tão somente, ao sexo biológico de determinada pessoa. Então, o que se percebe é que há uma captura de significados pela moda que mantém estereótipos que reconhecem as oposições entre os corpos femininos e masculinos. E, posteriormente, no mundo físico, é possível vislumbrar a transmissão visual dessas oposições.

A transmissão da binariedade pela moda pode ser percebida na história do Superior Tribunal Federal (STF). Antes de 2000, norma consuetudinária — que se cristaliza no tempo e é praticada repetidamente como um costume — impedia que mulheres ingressassem nas dependências do STF trajando outra vestimenta que não fosse a saia. Apesar de não expressa ou positivada, a regra costumeira era seguida à risca pelo cerimonial e

21 SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial, e-cadernos CES [Online], 18 | 2012, 01 dezembro 2012. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/eces/1533>>. Acesso em: 03 out. 2020. <https://doi.org/10.4000/eces.1533>

22 ALCOFF, L. M. Decolonizando a teoria feminista: contribuições latinas para o debate. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 6, n. 1, p. e-202001, 10 maio 2020.

23 BERGER, P.L.; LUCKMANN, T. A construção social da realidade. 23ª Edição. Trad. sob direção de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis : Editora Vozes, 2003, p. 133-134.

pela segurança do STF, desta forma, mulheres que tentavam acessar ao Tribunal usando calças compridas tinham sua entrada impedida pela segurança. Na história social da moda, o paletó e a saia, na composição de um conjunto, representavam o símbolo da mulher emancipada no século XIX²⁴, o que demonstra a postura retrógrada do STF ao perpetuar a mesma regra discursiva no início do século XXI.

Havia, pela limitação do vestuário, o cerceamento do exercício de atividades profissionais das advogadas e servidoras. Em ofício redigido pela OAB ao então presidente do STF, foi colocado em consideração ao desconforto das advogadas com a regra interditória. É incontestável a postura discriminatória, bem como a ideia de oposição entre os corpos femininos e masculinos, que decorrem desse regramento. Na medida em que a norma consuetudinária cerceia a liberdade de atuação das servidoras do tribunal e das advogadas que nele exerciam a atividade privativa de postulação aos órgãos do Judiciário, são feridos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, tal qual a dignidade da pessoa humana. Por maioria dos votos, em sessão administrativa do STF, ao deliberar sobre o pedido, os ministros — todos homens — decidiram “[...] facultar, às mulheres, o uso, além de vestido e saia, de calça comprida social com blazer”.

Embora, na contemporaneidade, a moda tenha se diversificado a ponto de atenuar a divisão no parecer dos sexos — com o aparecimento das peças lidas como unissex e, mais recentemente, com o advento da moda sem gênero — ainda estão presentes as oposições disjuntivas da binariedade. Essa diferenciação dos sexos pela moda pode ser sutil e facultativa, mas ainda existe e assinala a identidade antropológica e a erotização do corpo²⁵. Isso ocorre, por exemplo, quando a beleza feminina é superestimada em detrimento do intelecto e competências de uma ministra em sua sabatina.

Fato é que a permissão para o uso de calça por servidoras e advogadas nas dependências do STF implica em um caráter menos coercitivo das normas que impõem o código de vestimenta adequado ao acessar o Tribunal, todavia “[...] a celebração da beleza física feminina não perdeu nada de sua força de imposição, sem dúvida, reforçou-se, generalizou-se e universalizou-se”²⁶. Motivo pelo qual o sexismo replicado por demais Tribunais Superiores é sobressalente em suas normas internas. O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, somente permitia que ingressassem e tivessem acesso ao tribunal quem se apresentasse às dependências do Tribunal conforme regramento:

Art. 4º. O ingresso e a permanência nas dependências dos edifícios do Tribunal serão permitidos somente às pessoas que se apresentarem com correção, asseio, convenientemente trajadas, portando o respectivo crachá de identificação ou

24 CRANE, Diana. A moda e seu papel social: classe, gênero e identidade das roupas. Tradução Cristiana Coimbra. São Paulo: SENAC São Paulo, 2006, p. 209.

25 LIPOVETSKY, Gilles. O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 153.

26 Idem, p. 159.

etiqueta auto-adesiva, ficando vedado o uso de bermudas e camisetas cavadas.

§ 1º Os servidores do sexo masculino usarão, de preferência, calça, paletó ou blazer, camisa e gravata.

§ 2º Às servidoras será facultado, também, o uso de calça social e blusa.

§ 3º Não será admitida a entrada no Tribunal de servidores trajando peças sumárias (shorts, bermudas, minibusas, microsaaias, roupas transparentes e congêneres), ou calçando tênis, chinelos ou similares²⁷.

Mais uma vez, facultar-se o uso de calça às servidoras implica que esse não é considerado o código de vestimenta tido como natural pelo tribunal, conforme abordado por Yanagui²⁸. A diversidade jurídica da moda, portanto, “[...] funciona na reprodução interminável de pequenas oposições disjuntivas, de diferenciações codificadas que, por serem por vezes menores e facultativas, são contudo capazes de assinalar a identidade antropológica”²⁹. O texto do art. 4º supra, foi revogado pelo Ato n. 320/CSET.GDGSET. GP de 12 de julho de 2016³⁰, o que evidencia que o Judiciário brasileiro se mostra demasiadamente atrasado em relação à história social da moda — ainda que reprise a perspectiva eurocêntrica. A controvérsia do uso de calças por mulheres na Europa foi resolvida na segunda metade do século XIX, quando movimentos feministas propuseram reformas de vestuário que contradiziam o ponto de vista dominante que “[...] não deixava espaço para ambiguidades na identificação sexual e não abria nenhuma possibilidade de evolução ou mudança nos comportamentos e atitudes estabelecidos para os contingentes de cada gênero”³¹. Embasando-se em discurso de austeridade, o Tribunal Superior Eleitoral também foi incisivo quanto a oposição dos gêneros pelas indumentárias:

Art. 1º Os servidores que exerçam suas atividades nas dependências do Tribunal Superior Eleitoral devem trajar-se convenientemente, observados o decoro, o respeito e a austeridade do Poder Judiciário.

Art. 2º Os servidores do sexo masculino usarão traje passeio completo - calça, paletó ou blazer, camisa e gravata - sendo permitido no recinto das Secretarias que trabalhem sem o paletó ou blazer.

Art. 3º Às servidoras será facultado o uso de vestido, saia ou calça social e blusa.

27 TST. Ato SRG.GP. nº 305 de 13 de setembro de 1999. Publicado no Boletim Interno nº 37 de 17 de setembro de 1999.

28 YANAGUI, Viviane Brito. Vestimentas da corte: a indumentária do ritual do julgamento. 2013. 88 f., Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 37.

29 LIPOVETSKY, Gilles. O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 153.

30 Texto revogado pelo Ato n. 295/TST.SIS.GP, de 28 de julho de 2020: “Art. 4º É vedado o ingresso no Tribunal de pessoas: (...) II- trajadas em desacordo com as normas internas e o decoro exigido pelo Poder Judiciário;”

31 CRANE, Diana. A moda e seu papel social: classe, gênero e identidade das roupas. Tradução Cristiana Coimbra. São Paulo: SENAC São Paulo, 2006, p. 228

Art. 4º Não será admitida a entrada no Tribunal de servidores do sexo feminino trajando peças sumárias, tais como: shorts, bermudas, miniblusas, micro-saias, bem como calças jeans ou colantes de Lycra, coton-Lycra ou similares, e calçando tênis, chinelos ou similares³².

Não exclusivos às cortes superiores, como observado na pesquisa de Yanagui³³, os dispositivos normativos binários — que reforçam as oposições entre os sexos ao definir o gênero pela moda — são reproduzidos, de forma sistêmica, nos demais tribunais e fóruns de instâncias inferiores. A normatização reiterada, em moldes similares aos aqui apresentados, caracteriza a micro realidade forense culturalmente como aquela que identifica mulheres por suas roupas, guiada pela expectativa de que a feminilidade esteja “escrita no corpo”³⁴, porém, afastada de peças sumárias que reforçariam a ideia de erotização do corpo feminino e não estariam de acordo com o decoro dos tribunais, o que incorre em episódios de discriminação de gênero.

3.3. Os discursos de poder nos processos de comunicação da moda

Conforme dito anteriormente, o ambiente forense replica em sua micro realidade a organização binária e hierarquizada de uma sociedade ocidental que almeja seguir o modelo eurocêntrico, inclusive, no que diz respeito à imposição de indumentárias específicas para o acesso dos Tribunais de Justiça brasileiros por advogados e, principalmente, por advogadas. As imposições que dizem respeito aos trajes femininos desaguam no que se entende por colonialidade de gênero, a qual se mantém através dos discursos de poder. Esses discursos se estendem ao conjunto de elementos simbólicos adotados pelo Judiciário, precisamente, para hierarquizar os poderes do rito.

A considerar a inexistência de norma específica que regulamente as indumentárias a serem utilizadas nas dependências dos tribunais, cabendo a cada qual dispor sobre o tema em consideração à razoabilidade, é de se questionar o motivo para tal organização ainda se fazer vigente e pouco flexível face a todos os confrontos que a envolvem. A manutenção da simbologia, em contraponto ao movimento contrário de servidoras discriminadas em função da definição do gênero pela moda, incorre na “diferença colonial” conceituada por Mignolo, podendo ser entendida como o espaço em que a colonialidade do poder é exercida e, ao mesmo tempo, enquanto o espaço em que a restituição de conhecimento subalterno emerge em oposição às configurações coloniais de poder³⁵.

Observa-se, então, que a dimensão estética, aqui representada pelas roupas que

32 TSE. Ordem de Serviço nº 141, de 30 de dezembro de 1997.

33 YANAGUI, Viviane Brito. Vestimentas da corte: a indumentária do ritual do julgamento. 2013. 88 f., Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 39.

34 Idem, p. 267.

35 MIGNOLO, Walter D. Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges and Border Thinking. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. ix.

devem ser utilizadas dentro dos tribunais e fóruns brasileiros, influencia na percepção que se tem da efetividade da Justiça. Influencia, principalmente, nos créditos e descréditos a serem atribuídos a seus atores. Na medida em que os símbolos, quaisquer eles sejam, se comportam como linguagem, estes são adotados como parâmetro de dignidade. Desta forma, a ideia que se tem para fundamento da adoção dos códigos de vestimentas formais é que a subversão desses signos que inspiram decoro subverteria a Justiça em si. Sendo assim, o código de vestimenta formal nada mais é que um endosso da organização estrutural do Judiciário brasileiro.

As vestimentas são adotadas como elementos simbólicos que distinguem e conferem poder aos atores da justiça porque a moda se comporta como linguagem e, tal qual a palavra, deve ser entendida como linguagem de poder da qual se dispõe o Judiciário para a manutenção de discursos de austeridade. Isso ocorre desta forma porque a construção das roupas e, mais especificamente, a construção dos corpos pela roupa é referência da presença e atuação do sujeito no mundo atual. Os valores do ambiente forense são determinados através de configurações estéticas que expressam significados dentro desse micro-organismo, quais sejam decoro ou dignidade.

Faz-se necessário saber que a linguagem não é um processo linear organizado por articulações regulares e estáticas. A comunicação não-verbal, diferente das palavras e sua contagem, não tem um universo limitado e é pela moda/estética que se estabelece o primeiro grau de reconhecimento social de uma pessoa, vez que antes de qualquer palavra a ser dita, o ser-humano se faz valer do sentido da visão para observar seus pares e a expressão da comunicação pelas vestimentas faz com que ele reconheça esse par como seu igual ou não.

É o que ocorre nos tribunais brasileiros quando a entrada de uma advogada é barrada ou quando uma advogada é impedida de fazer sua sustentação oral sob a alegação de que não está vestida adequadamente com a dignidade da profissão. Igualmente, só acontece porque são pré-estabelecidos códigos de linguagem, na formatação de códigos de vestimenta — que nada mais são que normas sociais não positivadas que orientam a estética de determinado grupo —, que fazem com que esse corpo não seja reconhecido como um par daqueles que frequentam as dependências dos ditos Tribunais de Justiça.

Na medida em que os indivíduos se reconhecem como sendo do mesmo grupo social ou não a partir das vestimentas, a esse processo de comunicação pode ser atribuída a percepção de Jacques Rancière sobre “distribuição do sensível”. A distribuição do sensível consiste em um sistema de fatos auto evidentes de percepção sensorial que, simultaneamente, revela a existência de algo em comum e as delimitações que definem as respectivas partes e posições que elas ocupam dentro dele³⁶. Mesmo que se reconheçam elementos em comum dentro de um grupo formado a partir da percepção

³⁶ RANCIÈRE, Jacques. *The Politics of Aesthetics: The Distribution of the Sensible*. London/New York: Continuum, 2004, p. 12.

sensorial, reputa-se uma ideia de hierarquia entre os sujeitos que o integram. Reforçando-se, portanto, a existência de uma linguagem do poder pela configuração do sensível.

Por visível e invisível considera-se a “[...] distribuição simbólica dos corpos, que as divide em duas categorias: aqueles a quem se vê e a quem não se vê”³⁷. Na tentativa de aproximar os pensamentos de Rancière acerca da linguagem do poder e a diferenciação que Grosfoguel propõe entre lugar epistêmico e lugar social na análise decolonial do poder, subentende-se que aqueles que são vistos são somente aqueles que pensam epistemicamente como aqueles que se encontram no polo dominante. Os invisíveis, por sua vez, são aqueles que pensam epistemicamente a partir de um lugar subalterno.

Sendo assim, a diversidade jurídica da moda, enquanto processo de comunicação, permite que o Judiciário dê voz àqueles que vestem de forma considerada adequada de acordo com regimentos internos dos tribunais e àqueles que se encontram em desacordo com o código de vestimenta imposto sequer é facultada a oportunidade de falar. Neste sentido a contagem da fala, a consideração da dignidade ou não de advogadas e advogados, perpassa, antes, pelo componente estético. De acordo com Rancière “[...] esse veredito não reflete apenas a obstinação dos dominantes ou sua cegueira ideológica. Exprime estritamente a ordem do sensível que organiza sua dominação”³⁸. Essa dominação, que elege a epistemologia eurocêntrica como única capaz de inspirar dignidade às carreiras jurídicas, é discriminatória. De modo que, para romper com a natureza discriminatória das normas que regulamentam a indumentária adequada para acesso às dependências do Judiciário, perfaz a necessidade de se adotar um posicionamento crítico que se desvencilhe de tudo aquilo que foi naturalizado pelos discursos de poder nelas contidos.

3.4 Impedimento do pleno exercício da advocacia pela estética colonial

Para a adoção de posicionamento crítico que se desvencilhe da epistemologia eurocêntrica das regras de indumentária, é importante compreender o contexto histórico em que se sedimenta o Judiciário. As primeiras escolas de Direito surgiram durante o Brasil Império após a declaração de independência que marcou o rompimento do Brasil com Portugal e, historicamente, de acordo com a narrativa do polo dominante, representou o fim do colonialismo. As duas primeiras escolas de Direito, uma em São Paulo e outra em Recife foram criadas em atenção à elite política da época com o intuito de oportunizar que os descendentes dos grandes fazendeiros e proprietários de terras dessem continuidade aos negócios da família.

Portanto, por plano de fundo para a formação de bacharéis em Direito no período pós-colonial, há evidente interesse na manutenção das elites no poder. Sendo assim,

37 Idem, p. 36.

38 Idem, p. 37.

de acordo com Adorno³⁹, a educação pode ser lida como uma forma de manutenção do status quo pré-existente no período colonial, na medida em que torna homogênea a política da elite, bem como se apresenta enquanto forma de diferenciar a elite da maioria da população pobre e analfabeta. Nesse sentido, somente a elite intelectual representada por homens, brancos, cis e héteros frequentava as escolas de Direito, em sua maioria, para conquistar ou manter o status de sujeito pertencente ao polo dominante.

A moda, no século XIX, assim como o Direito, também cumpria a função de indicar status e distinguir as classes sociais uma vez que era considerada “[...] espaço de ostentação do poder econômico das elites, [...] concebida como uma esfera de reconstrução da sociedade burguesa”⁴⁰. Na medida em que sua função é distinguir as classes, a moda é posta como duas faces de uma mesma moeda, a se considerar que pode tanto consagrar a elegância e, portanto, inspirar respeito, quanto pode ser razão da degradação de um sujeito. É justamente essa percepção que deve ser aqui abordada, ora pois a estética colonial é que vai determinar se a moda será motivo de respeito ou de degradação.

Fato é que a moda não é estática e evoluiu — de acordo com as mudanças socioculturais e aparecimento de novos sujeitos não abraçados pela binariedade inicialmente verificada — a ponto de deixar de ser mera ferramenta para distinção de classes, de gêneros e manutenção de status. Quando inserida no âmbito forense, todavia, é importante refletir que no Brasil foram guardadas as heranças do período colonial, de modo que muitas delas se mantiveram nas novas configurações de sociedade e perduram até os dias atuais. Isso ocorre porque a colonialidade do poder tolhe a capacidade humana de perceber símbolos que destoam dos valores estéticos universalizados pela hegemonia ocidental/eurocêntrica.

Uma dessas heranças é a visão das carreiras jurídicas como indicadores de status social. Essa posição de poder é o que origina a ideia de manutenção do decoro, no sentido de que se entende que se desfazer dessas heranças culturais, que orientam muito do ordenamento jurídico e orientam, copiosamente, as disposições que regulamentam a indumentária a ser utilizada para acessar os órgãos do Judiciário, seria se desfazer do status. Uma vez que o caráter de seriedade da advocacia, aqui, instrumentaliza-se pela formalidade no que diz respeito à subsistência de códigos de vestimentas que indicam status compatível com aquele que é conferido pelo Direito.

Na medida em que as peças de roupa representam a expressão da identidade do indivíduo na sociedade, bem como a determinação de grupos sociais pelos códigos de vestimentas, o colonialidade não falha em definir a percepção do que é, principalmente,

39 ADORNO, Sergio. Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1988.

40 CRANE, Diana. A moda e seu papel social: classe, gênero e identidade das roupas. Tradução Cristiana Coimbra. São Paulo: SENAC, 2006, p. 10.

sublime no que diz respeito às vestimentas adequadas ao ambiente forense. O êxito da colonialidade do sentir⁴¹ se encontra no fato de que as roupas formais servem a esses caprichos coloniais de indicação de status e tudo aquilo que foge à estética colonial é colocado, mais uma vez, como “o outro”.

No caso da mulher negra tida como “o outro do outro”, de acordo com a definição de Grada Kilomba⁴², na diferença colonial de poder, ainda que estas reproduzam epistemicamente os discursos do lado dominante pela adoção da camuflagem formalista que lhes é imposta, dificilmente serão reconhecidas como detentoras e produtoras de conhecimento. Isto porque à mulher negra, dentro de uma organização com bases eurocêntricas, cabe ocupar lugar de subalternidade em relação a homens brancos, mulheres brancas e homens negros. A partir do processo de colonialidade do poder, a cor da pele e a definição do gênero afastará essas pessoas da estética eurocêntrica dignificadora das carreiras jurídicas.

A outrificação da *aesthesis* pela estética colonial, no que diz respeito às vestimentas, opera com mais ênfase sobre os corpos femininos. Até porque a construção da estética colonial é patriarcal e racista e, nesse sentido, a estética é mais incisiva ao subalternizar os corpos femininos e, sobretudo, os corpos femininos negros. Quanto à estética colonial ditando regras sobre o corpo feminino, é possível verificar a forma como se opera em momentos da história ocidental, conforme Crane⁴³ aborda a configuração da sociedade europeia no século XIX, e é possível inferir que a manutenção da simbologia das roupas formais pelo Judiciário, sob a premissa de um discurso de austeridade, ainda favorece a submissão e passividade das mulheres. Isso porque a composição do visual feminino dispõe de variedade de peças maior que a variedade de peças que impõem respeito a um homem, desta forma, a escolha arbitrária de peças que serão consideradas vulgares ou não, permitidas ou barradas, enseja na dignificação da advogada pelo que ela veste ao se apresentar em juízo e, conseqüentemente, na discriminação de gênero pela moda.

Nesse sentido, a diversidade jurídica da moda permite que o Judiciário se aproprie do valor estético das vestimentas e o transforme em linguagem de poder e dominação sobre os corpos colonizados sob a ótica da distribuição do sensível. Em outras palavras, ainda que normativamente inexista hierarquia e subordinação entre os atores da justiça, a imposição das indumentárias reputa a ideia de hierarquia entre os sujeitos que a integram. Mais uma vez a mulher advogada tem sua participação na esfera pública limitada, seja

41 A colonialidade do sentir é definida por Walter D. Mignolo (2010) a partir do termo *aesthesis*. Assim como a colonialidade do saber e colonialidade do ser, epistemologia e subjetividade respectivamente, a *aesthesis* representa expectativa criada pela retórica da modernidade. É importante ressaltar que *aesthesis* e estética são duas coisas. A primeira é a capacidade de percepção através dos sentidos e a última é uma teoria que coloniza essa percepção sensorial a partir de sua definição do belo.

42 KILOMBA, Grada. Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano. Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019, pp. 190-191.

43 CRANE, Diana. A moda e seu papel social: classe, gênero e identidade das roupas. Tradução Cristiana Coimbra. São Paulo: SENAC, 2006.

por normas consuetudinárias ou normas expressas que a impedirá de acessar os fóruns e tribunais em detrimento de sua vestimenta. Mais que uma limitação social, o apego à estética colonial mitiga o pleno exercício da advocacia, garantido constitucionalmente pelo art. 133 da CF/88.

Conclui-se, portanto, que a aferição da dignidade de uma advogada por suas vestimentas nada mais é que a reprodução da hierarquização binária colonial das relações gênero de um sistema-mundo hegemônico. Essa réplica transferida para a micro realidade forense nega a existência plena das advogadas, no exercício de sua profissão, nesse ambiente. A posição de subalternidade da advogada é mantida pela definição dos papéis de gênero pela moda, desaguando no impedimento do pleno exercício da advocacia pela estética colonial considerada como adequada ao ambiente forense.

4. Conclusão

Como O Direito, conforme configurou-se no Brasil Império, traduz-se não apenas no cumprimento de sua funcionalidade, que consiste na defesa de direitos e garantias fundamentais e na regulação do convívio harmônico em sociedade. Há também a dimensão de prestígio, motivo de orgulho para as pessoas que atuam nas carreiras jurídicas, qualquer que ela seja. Por ser motivo de prestígio, verifica-se enorme apego estético às simbologias consonantes com o decoro e dignidade que a justiça deve inspirar para efetivo cumprimento de sua funcionalidade. A estima para com a estética é tão grande, que existem normas rígidas para orientar os códigos de vestimentas compatíveis com a dignidade da Justiça, uma vez que o código de vestimenta determina a posição social do sujeito perante seus pares.

Essas normas institucionais, bem como o ordenamento jurídico como um todo, baseiam-se, entretanto, nas configurações de uma sociedade colonial hierárquica, binária, conservadora e dogmática, de modo que o mero suscitar de possível flexibilização, em observância ao contexto cultural e climático brasileiro, é motivo de polêmica. O apego à formalidade das indumentárias, herdado da colonialidade, opera como instrumento normativo de poder quando os regimentos internos dos tribunais penalizam advogadas e advogados pela forma como se apresentam ao ambiente forense através do impedimento de que eles exerçam a profissão.

Tal prática permitida, inclusive, por decisões e orientações do Conselho Nacional de Justiça configura uma realidade em que a decisão de quais peças de roupas estão ou não de acordo com a dignidade da Justiça é completamente arbitrária. E o fato de arbitrário o ser, a se considerar que a organização colonial da justiça é patriarcal e racista, recai com muito mais incidência sobre as advogadas e as advogadas negras, que sofrem discriminação de gênero e têm as suas prerrogativas do exercício da profissão negadas

ao, muitas vezes, serem barradas pela segurança dos fóruns e tribunais ou sequer serem reconhecidas como advogadas em função das suas roupas, cabelo e aparência.

Logo, é contraditório que regras que primam pela dignidade da Justiça violem a dignidade de profissionais indispensáveis à sua administração. O constrangimento pelo qual passam as advogadas brasileiras, caso não estejam vestidas de acordo com o código de vestimenta, ao tentar postular aos órgãos do judiciário, é um desrespeito não só à prerrogativa de sua inviolabilidade no exercício da profissão em respeito ao livre exercício da advocacia. É um desrespeito, também, à sua subjetividade enquanto mulher.

Embora a OAB tenha se posicionado favoravelmente a essas profissionais e reconheça a necessidade de se questionar a naturalização da violência de gênero em espaços institucionais, faltam ações mais assertivas em proteção às mulheres advogadas. Ora existe disposição que define que a regulamentação das vestimentas de advogadas e advogados, no exercício da profissão, é de competência exclusiva das seccionais da Ordem, as profissionais, principalmente, e os profissionais continuam a mercê da arbitrariedade dos regimentos internos dos tribunais fundamentados a partir da manutenção de um discurso de austeridade e de poder. Nesse sentido, há de se pensar que a instituição não deveria se limitar a redigir notas de repúdio recriminando a discriminação de gênero pela moda no Judiciário.

Quando se leva em consideração a definição do gênero por vestimentas, fica evidente para a história social da moda a necessidade de pensar em articulações entre moda e feminismo. Em função da conseqüente discriminação de gênero que se verifica a partir dos códigos de vestimenta adotados pelos tribunais, não há como afirmar a prevalência da dignidade da profissão, haja vista que um dos universos simbólicos que estipulam o digno enseja — de forma reiterada — a limitação do exercício da dita profissão por um grupo específico de pessoas. Isso ocorre porque o Direito — enquanto reprodução de um sistema hierarquizado, binário, normativo e dogmático — atua como instrumento de poder ao invés de ser emancipatório.

Em respeito ao livre exercício da advocacia, deve-se garantir às advogadas e advogados à possibilidade de escolha de suas próprias vestimentas sem que incorra no medo de terem suas prerrogativas negadas única e exclusivamente por não se apresentarem com decoro e asseio aos fóruns e tribunais. Especialmente quando se considera que as percepções de decoro e asseio têm sua origem na estética colonial binária e hierárquica. Garantir a liberdade como substrato essencial para a dignificação da advocacia importa na descolonização da percepção estética que motiva a subsistência das regulamentações dos códigos de vestimenta. Importa, sobretudo, na efetividade da diversidade jurídica da moda através da subversão, resistência e (re)existência pensadas de um lugar de subalternidade para que se possa superar a diferença colonial e seus mecanismos de poder.

Bibliografia final

ABÍLIO, LADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1988.

ALCOFF, L. M. **Decolonizando a teoria feminista: contribuições latinas para o debate**. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 6, n. 1, p. e-202001, 10 maio 2020.

BALLESTRIN, Luciana. **Para transcender a colonialidade**. [Entrevista concedida a] Luciano Gallas; Ricardo Machado. *IHU Online*, São Leopoldo, ed. 431, novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5258-luciana-ballestrin>>. Acesso em: 03 out. 2020.

BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. (1985). **A construção social da realidade**. 23ª Edição. Trad. sob direção de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 8906 de 04 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. 16 de outubro e 6 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/regulamento_geral.pdf>. Acesso em 04 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura Nacional, de 26 de agosto de 2008. *Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, art. 2º, 18 set. 2008. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Pedido de Providências nº 0002580-32.2020.2.00.0000. Requerente: Helcio José da Silva Aguiar. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Rogério Nascimento. Brasília, 14 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/Infojuris2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=747DC385DDB8EDE7D8FCF5D967EAC367?jurisprudencialdJuris=48173>>. Acesso em: 03 set. 2020.

COSTA, Cláudia Junqueira de Lima. **Feminismo e tradução cultural: sobre a colonialidade do gênero e a descolonização do saber**. *Portuguese Cultural Studies*, v. 4, outono de 2012.

CRANE, Diana. **A moda e seu papel social: classe, gênero e identidade das roupas.** Tradução Cristiana Coimbra. São Paulo: SENAC São Paulo, 2006.

FOUCAULT, Michel. **The History of Sexuality**, Volume 1: An Introduction (translation of *La Volonte de savoir*). New York: Pantheon Books, 1978, 168p.

GOMES, Camilla de Magalhães. **Gênero como categoria de análise decolonial.** *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, 2018, p. 71. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.28209>>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. **Têmis Travesti: as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do “humano” no Direito.** 2017. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

GROSGOUEL, Ramón. **Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global.** *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n.80.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano.* Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019, pp. 190-191.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas.** Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LUGONES, María. *Colonialidade e gênero.* *Tabula Rasa* [online]. 2008, n.9, pp.73-102.

_____. **Rumo a um feminismo descolonial.** *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set. 2014. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36755/28577>>. Acesso em: 03 out. 2020. doi: <https://doi.org/10.1590/%x>.

MIGNOLO, Walter. **El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura un manifiesto.** Em: Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (compiladores). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

_____. **Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges and Border Thinking.** Princeton: Princeton University Press, 2000.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina.* Em: E. Lander (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. latinoamericanas.* Colección Sur Sur, Perspectivas CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, p. 533-580.

RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento: Política e Filosofia.** São Paulo: Editora 34, 1996. Tradução de Ângela Leite Lopes.

_____. **The Politics of Aesthetics: The Distribution of the Sensible.** London/New York: Continuum, 2004.

SEGATO, Rita Laura. **Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial,** e-cadernos CES [Online], 18 | 2012, 01 dezembro 2012. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/eces/1533>>. Acesso em: 03 out.

2020. <https://doi.org/10.4000/eces.1533>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ata da 3ª Sessão Administrativa. 03 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoAtasSessoesAdministrativas&pagina=atasSessoesAdministrativas>>. Acesso em: 29 set. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Ato n. 305/SRG.GP, de 13 de setembro de 1999. Boletim Interno [do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 37, p. 1-4, 17 set. 1999.

_____. Ato n. 320/CSET.GDGSET.GP, de 12 de julho de 2016. Boletim Interno [do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 28, p. 7-12, 15 jul. 2016.

_____. Ato nº 353, de 02 de agosto de 2018 (Revogado). Dispõe sobre o uso de vestimenta para acesso e permanência nas dependências do Tribunal Superior do Trabalho. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 02 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/informativos-lp/-/asset_publisher/OZPq/document/id/24625794>. Acesso em: 21 ago. 2020.

_____. Ato n. 295/TST.SIS.GP, de 28 de julho de 2020. Boletim Interno [do] Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 30, p. 2-8, 31 jul. 2020.

YANAGUI, Viviane Brito. **Vestimentas da corte: a indumentária do ritual do julgamento**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013. 88fl.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

O CASO CHARLOTTESVILLE, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

THE CHARLOTTESSVILLE CASE, FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH

Recebido: 13/02/2021

Aceito: 14/04/2021

Adrualdo de Lima Catão

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2001)
Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005)
e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2009).
Professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas, Professor do Centro Universitário CESMAC,
Professor titular do Centro Universitário Tiradentes e
Secretário Executivo do Gabinete Civil do Governo do Estado de Alagoas.

Email: adrualdocatao@gmail.com;

 <https://orcid.org/0000-0003-3419-124X>

Elenita Araújo e Silva Neta

DoutPós-graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal
pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT).
Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT).
Advogada. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/AL

Email: elenita.advocatus@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-6664-9078>

RESUMO

O Caso Charlottesville acabou por suscitar como problemática a relação entre os limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional na atuação de grupos de extrema-direita (Unity and Security for America e Ku Klux Klan) e de defesa de minorias (Black Lives Matter); debatendo a questão sobre a manutenção de estátuas de representantes históricos que defendiam a segregação racial. Assim, o presente artigo tratará de uma análise sobre o direito de liberdade de expressão e a origem do racismo institucional através da observância de diplomas legais (Alemanha, Estados Unidos e Brasil) com o objetivo de identificar os limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional no Caso Charlottesville. Após o cumprimento do referido objetivo, identificamos que a apologia à segregações raciais corresponde a um limite da liberdade de expressão e que serve de fundamento para o “discurso de ódio”; sobre o racismo institucional, também foi possível identificar os seguintes reflexos: a defesa de monumentos simbólicos que retratam valores relacionados à escravidão (como a estátua de Robert Lee), o uso da violência pelos manifestantes em prol da supremacia racial e a utilização de elementos racistas durante as manifestações, como tochas, armas pesadas, gestos e bandeiras nazistas.

Palavras-Chave: Caso Charlottesville. Liberdade de expressão. Racismo institucional. Discurso de ódio. Segregação Racial.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.



This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

The Charlottesville Case ended up raising as problematic the relationship between the limites of freedom of expression and the reflexes of institutional racism in the performance of extreme right groups (Unity and Security for America and Ku Klux Klan) and the defense of minorities (Black Lives Matter); debating the issue of maintaining statues of historical representatives who defended racial segregation. Thus, this article will deal with an analysis of the right to freedom of expression and the origin of institutional racism through the observance of legal diplomas (Germany, United States and Brazil) with the aim of identifying the limits of freedom of expression and the reflexes of institutional racism in the Charlottesville Case. After the fulfillment of that objective, we identified that the apology for racial segregations corresponds to limit of freedom of expression and that it serves as a basis for the "hate speech"; on institutional racism, it was also possible to identify the following reflexes: the defense of symbolic monuments that portray values related to slavery (such as the Robert Lee statue), the use of violence by demonstrators in favor of racial supremacy and use of racist elements during the demonstrations, such as torches, heavy weapons, Nazi gestures and flags.

Keywords: Charlottesville Case. Freedom of expression. Institutional racism. Hate speech. Racial segregation.

1. Introdução

O Caso Charlottesville trouxe à tona a discussão sobre os limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional quando manifestações eclodiram, no ano de 2017, em torno da possível retirada da estátua do confederado Robert Edward Lee, representante sulista e que apoiava a manutenção do regime de escravidão de negros.

Diante disso, a liberdade de expressão não possui um sentido unívoco, mas pode ser compreendida como a capacidade que o indivíduo detém para expressar seus pensamentos e ideias, recebendo proteção especial do Estado.

Contudo, é importante destacar que há discussão sobre o caráter não absoluto do referido direito, de tal forma que proteger toda e qualquer liberdade de expressão acaba por abrir margem para os denominados "discursos de ódio" e que encontra relação direta com o racismo institucional.

Assim, enquanto que na Alemanha protege-se a liberdade de expressão com a possibilidade de limitações, através de lei, de seu exercício; nos Estados Unidos,

a própria Constituição Americana não menciona a possibilidade de limitações do referido direito, tendo havido uma interpretação mais ampla da proteção da liberdade de expressão, principalmente quando comparamos com a legislação alemã. Porém, no Brasil, o referido direito não possui uma previsão expressa, mas se encaixa no gênero “liberdade” e deve ser interpretado de acordo com cada caso em concreto, podendo sofrer maiores (ou menores) limitações.

Com isso, o racismo institucional encontra relação com a liberdade de expressão quando as manifestações de pensamento e de expressão possibilitam a ocorrência do fenômeno “discurso de ódio”, gerando discriminação entre raças e gêneros, envolvendo inclusive, grupos mais vulneráveis, como mulheres, negros e homossexuais.

Logo, através da análise dos diplomas legais (Alemanha, Estados Unidos e Brasil), pode-se perceber que a presença do racismo institucional é notável e que, atualmente, os países buscam abandonar essa realidade em busca de diplomas que protejam ainda mais os direitos fundamentais das pessoas, como no caso da Lei Fundamental da Alemanha, da Constituição Americana e da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Nesta seara, o presente artigo possui como principal objetivo a identificação dos limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional de acordo com o Caso Charlottesville.

Importante mencionar que para se alcançar o citado objetivo, será feito um estudo dos principais diplomas legais da Alemanha (Código Penal de 1936, Lei Fundamental da Alemanha e o Código Penal Federal Alemão), dos Estados Unidos (Leis de Crow, Constituição Americana, Lei dos Direitos de Voto) e do Brasil (Constituição do Império do Brasil de 1924, Código Penal de 1830, Constituição Federal de 1988 e Lei nº. 7.71/89); como forma de perceber a evolução do direito de liberdade de expressão e do racismo institucional nos principais diplomas legais que versam sobre a temática, principalmente em relação ao Brasil.

Além disso, serão utilizados os principais doutrinadores que tratam sobre a temática, como Robert Alexy, Winfried Brugger, Jackson Lears, Stokely Carmichael e Charles Hamilton, bem como serão utilizadas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direito Humanos.

Portanto, o presente trabalho possui um caráter qualitativo e com uma proposta de estudo analítico da problemática, através do uso de pesquisa documental, como doutrina, artigos científicos, leis e jurisprudências; tudo com o intuito de alcançar os resultados e conclusões sobre a referida problemática explicitada.

2. A liberdade de expressão e sua tentativa conceitual

A O termo “liberdade de expressão” não possui um sentido unívoco. O referido direito fundamental acaba abarcando vários sentidos, tanto de cunho social, como axiológico e político. Além disso, a própria “liberdade de expressão” possui previsões diversas e sentidos distintos a depender de qual Constituição adotamos como referencial.

É diante desse contexto plural que, em uma tentativa de conceituar o termo em epígrafe, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em sua Opinião Consultiva (OC – 5/85¹), definiu liberdade de expressão de acordo com duas concepções: uma individual e a outra social.

Assim, conforme a CIDH:

Em sua dimensão individual, a liberdade de expressão não termina no reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever, mas também inclui, inesperavelmente, o direito de usar quaisquer meios apropriados para disseminar o pensamento e chegar ao maior número de públicos. Quando a Convenção proclama que a liberdade de pensamento e expressão inclui o direito de divulgar informações e ideias “por qualquer... procedimento”, é sublinhando que a expressão e disseminação do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente²³.

Ainda conforme a Corte Interamericana de Direito Humanos:

1 A Opinião Consultiva nº. 5/85, proferida pela CIDH, tratou sobre a compatibilidade da Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo como plano de análise o caso do jornalista Stephen Schmidt que foi preso por três meses sob a alegação de exercício irregular da profissão de jornalismo, já que ele não era membro de nenhuma associação de jornalistas, o que era considerado pressuposto para o exercício da referida profissão. Assim, a OC 5/85 foi a primeira manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos que promoveu a conceituação da liberdade de expressão em uma realidade individual e em um contexto social. Por fim, ao final do julgamento, a citada Corte acabou declarando a incompatibilidade da Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica com o conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, já que o seu conteúdo acabaria restringindo o exercício da profissão de jornalista, ao exigir o seu vínculo com alguma associação, o que fere gravemente a liberdade de expressão.

2 Texto original: En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

3 CIDH, OC 5/85, julg. 13/11/1985. Disponível em: Microsoft Word - seriea_05_esp (corteidh.or.cr). Acesso em: 30 jan. 2021. p. 10.

Em sua dimensão social, a liberdade de expressão é um meio para a troca de ideais e informações e para comunicação em massa entre seres humanos. Além de entender o direito de cada um de tentar se comunicar com os outros, seus próprios pontos de vista também implicam no direito de todos saberem opiniões e notícias. Para o cidadão comum, o conhecimento da opinião de outros ou das informações disponíveis para outros, como direito de divulgar os seus próprios⁴⁵.

Nesse sentido, a liberdade de expressão constitui um direito fundamental inerente a qualquer indivíduo, uma vez que corresponde a sua capacidade de se expressar e perceber as manifestações de terceiros.

Dessa forma, o direito de liberdade de expressão consiste em um direito de primeira geração, tendo em vista que corresponde a um direito que é exercido em face do Estado e que valoriza, assim, o indivíduo em sua subjetividade e singularidade.

Superada a tentativa conceitual do termo “liberdade de expressão”, torna-se necessário, agora, adentrarmos em sua vital importância para o ordenamento jurídico, principalmente em relação ao dever do Estado em assegurar o referido direito a todos os seus cidadãos, pois “um Estado politicamente organizado e que obedecesse a suas próprias leis, com indivíduos valorizados, uma sociedade fraterna e pluralista”⁶ é o objetivo de qualquer Estado Democrático de Direito.

Diante disso, a liberdade de expressão acaba adquirindo o importante papel de conferir às pessoas o poder de expressar de forma livre, seus preceitos, opiniões, falas, crenças; de tal maneira que corresponde a um verdadeiro direito negativo contra o Estado, isto é, que determina um “não fazer” ao ente estatal, podendo ser oposto contra este.

Além disso, a referida liberdade serve para indicar a existência de um Estado Democrático de Direito, em que o mínimo existencial de direitos do indivíduo é assegurado pelo ente estatal. Nesse sentido, podemos afirmar, também, que a liberdade de expressão possui ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Art.1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF); pois abarca o conceito de mínimo existencial ⁷ a todas as pessoas.

4 Texto original: En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

5 CIDH, OC 5/85, julg. 13/11/1985. Disponível em: Microsoft Word - seriea_05_esp (corteidh.or.cr). Acesso em: 30 jan. 2021. p. 10.

6 MARINELA, Fernanda. A efetivação dos direitos fundamentais e a interferência do Estado. Revista Jurídica da OAB/AL. Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p.15024, set. 2017/ ago.2018. p.15.

7 Conjunto de condições mínimas de sobrevivência do indivíduo, como saúde, educação, liberdade; sendo normalmente relacionado à dignidade da pessoa humana.

Portanto, pode-se afirmar que a liberdade de expressão exerce função elementar na ordem jurídica, principalmente no Brasil.

No mais, em países como na Alemanha e nos Estados Unidos da América, a liberdade de expressão possui previsão em suas atuais Constituições, contudo recebem um tratamento diferenciado por sua Lei Fundamental, principalmente no tocante a seus limites de incidência nas manifestações de pensamento pelo indivíduo.

Assim, conforme o doutrinador Winfried Brugger:

[...] a Corte Alemã não vê a liberdade de expressão como um direito prevalecente que, na maioria dos casos, sobrepõe-se a outros direitos e valores constitucionais contrapostos. Essa é uma diferença crucial com relação à jurisprudência americana, na qual a liberdade de expressão recebe uma proteção quase absoluta. Um motivo para essa divergência baseia-se na diferença dos textos das constituições das duas nações⁸.

No Brasil, o Ministro Alexandre de Moraes já se posicionou em relação ao tratamento que a CF confere à liberdade de expressão, manifestando-se no sentido de que:

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. [...] A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva⁹.

Nesse ponto, torna-se fundamental a análise dos limites constitucionais da liberdade de expressão, primeiramente indagando-se se essa liberdade é absoluta, ou não.

8 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Revista de Direito Público – IDP, Brasília, n.15, jan./mar. 2007. Disponível em: Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano | Brugger | Direito Público (idp.edu.br). Acesso em: 30 jan. 2021. p. 121-122.

9 STF, ADI 4451, julg. 21/06/2018, Dje 06/03/2019. Disponível em: paginador.jsp (stf.jus.br). Acesso em: 30 jan. 2021. p.1.

2.1. A liberdade de expressão é um direito absoluto?

Superada a tentativa conceitual do instituto da liberdade de expressão, torna-se essencial, agora, entender se o referido direito tem – ou não – aplicação absoluta.

Assim, afirmar que um determinado direito tem aplicação absoluta é dizer que, independentemente do caso em concreto que este irá integrar, sua utilização deve ser maximizada sempre, isto é, deve ser absoluta. Por outro lado, quando prelecionamos que um certo direito tem caráter relativo, acabamos ressaltando que a aplicação deste pode variar a depender de quais direitos – e valores – estão sendo ponderados no caso em estudo.

Nesse sentido:

O que se pode depreender é que a liberdade de expressão não é absoluta, nem é um direito fundamental de hierarquia maior [...]. Essa liberdade terá que ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, em respeito ao sistema constitucional em vigor. Para tanto, poderá ser utilizada, em casos de violação de direitos, uma solução promovida pelo princípio da proporcionalidade ou da cedência recíproca entre valores constitucionais, ou ainda outros recursos disponibilizados pela hermenêutica¹⁰.

Logo, a liberdade de expressão não deve ser compreendida como um direito absoluto em um ordenamento jurídico, tendo em vista que existem, em cada caso em concreto, vários outros direitos, como o da dignidade humana, o da intimidade, o da privacidade; entre outros. Dessa forma, quando afirmamos que a liberdade de expressão é um direito absoluto, estamos menosprezando os outros direitos constitucionais que gravitam em torno da realidade do indivíduo e que devem também ser valorados, conforme o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, “uma vez que não se caracterizam normativamente como regras absolutas, é correto dizer que tais direitos fundamentais podem ser limitados pela própria Constituição, ou mesmo que esta pode permitir que lei infraconstitucional os limite”¹¹, como no caso da liberdade de expressão.

Porém, segundo Robert Alexy, a liberdade de expressão deve ser compreendida

10 FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de Castro. Liberdade de expressão e discurso de ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Revista Sequência. Florianópolis, n.66, p.327-255, jul.2013. Disponível em: Revista Sequencia 66_Artigo 13.pdf (scielo.br). Acesso em: 31 jan. 2021. p.349.

11 TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 200, out./dez.2013. Disponível em: O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão (senado.leg.br). Acesso em: 31 jan. 2021. p.63.

como um princípio constitucional, pois é norteador da hermenêutica jurídica, mas não deve possuir um caráter absoluto, já que:

Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito¹².

Com isso, vislumbrando que a liberdade de expressão pode ser compreendida ora como um direito fundamental, ora como um princípio constitucional; a depender do ordenamento jurídico em análise, a sua concepção muda, principalmente de sentido e de incidência no caso em concreto.

É o que ocorre, por exemplo, da análise dos principais diplomas legais da Alemanha, dos Estados Unidos e do Brasil e que será, agora, objeto de nosso estudo.

2.2. A liberdade de expressão e seus limites constitucionais na Alemanha, nos Estados Unidos e no Brasil

Importante mencionar que neste tópico partiremos de uma análise dos principais diplomas legais que pertencem à Alemanha, aos Estados Unidos e ao Brasil, de tal forma que a referida menção buscará explicitar os principais pontos tratados por estes diplomas legais no tocante ao tema da liberdade de expressão e seus limites constitucionais, com o intuito de melhor compreender a dinâmica do direito à liberdade de expressão em solo brasileiro. Assim, começaremos pela análise dos diplomas alemães.

Segundo a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (LF), em seu Art. 5º, que dispõe sobre a liberdade de opinião, de arte e de ciência; preleciona a garantia do direito de liberdade de expressão a todos, por via oral, escrita ou por imagem:

12 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais/ tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008. Disponível em: [alexys-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf](#) (ucsal.br). Acesso em: 31 jan. 2021. p.111

Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura¹³.

No mesmo artigo, a LF Alemã, em sua segunda disposição, informa que o direito à liberdade de expressão poderá sofrer limites, para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal: “[2] Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.¹⁴”

Diante disso, podemos perceber que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha trata a liberdade de expressão como um direito que pode vir a sofrer limitações em seu exercício, como forma de proteger a juventude e o direito da honra pessoal.

Isso ocorre, por exemplo, quando o Código Penal Federal Alemão acaba por limitar a liberdade de expressão com a finalidade de manter a paz pública, em seu Art. 130, conforme afirmar Winfried Brugger:

Esse dispositivo, o art. 130, é de especial importância na limitação do discurso do ódio na Alemanha. O art. 130 dispõe o seguinte: “Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, (1) incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrarias contra eles, ou (2) atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão não inferior a três meses e não excedente a cinco anos [...]”.¹⁵

Dessa maneira, fica demonstrado que o direito de expressão não é absoluto em solo alemão, de tal forma que há restrições pontuais dentro da própria legislação.

Assim, a título de exemplificação em relação a essas restrições que os diplomas legais da Alemanha impõem, a título de limitar a liberdade de expressão, podemos citar

13 ALEMANHA, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha/tradução de Aachen Assis Mendonça. Versão alemã: 23/05/2949. Última atualização: 28/03/2019. Disponível em: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (btg-bestellservice.de). Acesso em: 31 jan. 2021. p. 17.

14 ALEMANHA, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha/tradução de Aachen Assis Mendonça. Versão alemã: 23/05/2949. Última atualização: 28/03/2019. Disponível em: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (btg-bestellservice.de). Acesso em: 31 jan. 2021. p. 17.

15 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Revista de Direito Público – IDP, Brasília, n.15, jan./mar. 2007. Disponível em: Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano | Brugger | Direito Público (idp.edu.br). Acesso em 30 jan. 2021. p.121.

a decisão BVerfGE 90, 241-255¹⁶¹⁷ do Tribunal Constitucional Alemão que tratou sobre a possibilidade (ou não) do historiador David Irving proferir um seminário em Baviera onde este negava a existência do Holocausto, defendendo que na verdade, trataria de uma invenção da comunidade judaica. Diante disso, o Estado da Baviera acabou proibindo a ocorrência do seminário por ofensa ao Código Penal Federal da Alemanha e por se tratar de um insulto contra o povo judeu.

Segundo Rômulo Fernandes e Anna Carolina Azevedo:

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu, assim, que a negação do Holocausto não se enquadra como manifestação de opinião, mas tão somente como afirmação de um fato histórico, e que assertivas inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pelo direito fundamental da liberdade de expressão. [...] Portanto, negar esse terrível acontecimento histórico implicaria, na ótica da Corte, em continuar a discriminação contra o povo judeu¹⁸.

Assim sendo, é possível perceber que o próprio Tribunal Constitucional Alemão reconhece a existência de limitações ao exercício da liberdade de expressão, como o citado caso BVerfGE 90, 241-255, quando concordou com o Estado de Baviera pela proibição de realização do seminário do historiador David Irving por violar tanto o Código Penal Federal Alemão, quanto por constituir em uma ofensa contra o povo judeu.

Dessa forma, superada a análise dos diplomas legais e da jurisprudência alemã, passamos para a compreensão de como os Estados Unidos da América trata os conflitos que a liberdade de expressão protagoniza em solo americano.

Através da leitura da Constituição dos Estados Unidos da América, a liberdade de expressão encontra previsão na Primeira Emenda (1791), onde esta determina que o

16 BVerfGE 90, 241-255. Tribunal Constitucional Alemão. Disponível em: German Case | Foreign Law Translations | Texas Law (utexas.edu). Acesso em: 02 abr. 2021.

17 A decisão do BVerfGE 90, 241-255, pertencente ao Tribunal Constitucional Alemão, tratou sobre a possibilidade (ou não) do historiador David Irving em proferir um seminário em que negasse a ocorrência do Holocausto, sobre a justificativa de que trataria de uma invenção da comunidade judia. Assim, ao proferir sua decisão, o referido Tribunal acabou concordando com o Estado de Baviera, em que proibiu a ocorrência do citado seminário, pois acabaria violando tanto o sentimento do povo judeu (e sua memória), quanto às disposições do Código Penal Federal Alemão, não tendo assim, proteção do direito à liberdade de expressão.

FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina. Liberdade de expressão e o discurso de ódio: notas sobre a jurisprudência constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, n.32, maio/ago, 2017. Disponível em: N.32-10.pdf (newtonpaiva.br). Acesso em: 02 abr. 2021. p.9.

18 FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina. Liberdade de expressão e o discurso de ódio: notas sobre a jurisprudência constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, n.32, maio/ago, 2017. Disponível em: N.32-10.pdf (newtonpaiva.br). Acesso em: 02 abr. 2021. p.9.

Congresso Americano não legislará para proibir ou cercear a liberdade de palavra:

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos¹⁹.

Assim, comparando os diplomas legais da Alemanha e dos Estados Unidos, podemos perceber que a Constituição Americana, diferentemente da previsão do Art.5º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha; possui um comando negativo ao Congresso Americano, quando determina que este não poderá, através da legislação, proibir ou cercear a liberdade da palavra; enquanto que, na Alemanha, a sua Lei Fundamental acaba por afirmar que o direito de liberdade de expressão pode sofrer limitação através de lei (Art.5º, LF).

Nas palavras de Winfried Brugger:

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é o primeiro direito elencado na Declaração de Direitos, enquanto, na Alemanha, está prevista no art.5º da Constituição Alemã; ademais, há limitações explícitas ao princípio alemão da liberdade de expressão, ao passo que não há limitações expressas à Primeira Emenda na Constituição dos Estados Unidos²⁰²¹.

Logo, é perceptível a diferença de tratamento do mesmo instituto (liberdade de expressão) em ambas as Constituições, já que enquanto a Alemanha promove restrições no campo da liberdade de expressão, os Estados Unidos possuem uma concepção mais ampla do direito a essa liberdade, e conseqüentemente realiza menos restrições.

Com isso, da mesma forma que houve a análise da decisão BVerfGE 90, 241-255 do Tribunal Constitucional Alemão, a título de exemplificação, analisaremos o conteúdo

19 ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: (Microsoft Word - A Constitui\347\343o dos Estados Unidos da Am\351rica) (areaseg.com). Acesso em: 31 jan. 2021. p.07.

20 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Revista de Direito Público – IDP, Brasília, n.15, jan./mar. 2007. Disponível em: Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano | Brugger | Direito Público (idp.edu.br). Acesso em: 30 jan. 2021. p.123.

21 COHEN VS CALIFORNIA, 403 U.S. 15 (1971). U.S. Supreme Court. Disponível em: Cohen v. California :: 403 U.S. 15 (1971) :: Justia US Supreme Court Center. Acesso em: 02 abr. 2021.

da decisão do caso *Cohen vs. Califórnia*²², que ocorreu nos Estados Unidos e fez com que a Suprema Corte Americana decidisse sobre a possibilidade (ou não) do uso de palavras de baixo calão (palavrões) para manifestar opiniões na seara pública.

Assim, o caso americano acabou versando sobre Paul Robert Cohen que utilizou uma jaqueta com os dizeres “Fuch the Draft” (“Foda-se o rascunho”) em um tribunal de Los Angeles que considerou o ato como violador da lei. Os fatos acabaram chegando a Suprema Corte Americana que decidiu que a frase na jaqueta de Paul, na verdade, constituiria em uma forma de se expressar, não sendo obscena e nem erótica, de tal forma que a proibição sobre a justificativa de que atingiria a paz pública, mulheres e crianças não encontraria respaldo na Primeira Emenda (1791).

Nas palavras de David Hudson Jr.:

Na opinião da Corte, o juiz John Marshall Harlan II começou observando que o “caso pode parecer, à primeira vista, muito inconsequente para encontrar seu caminho em nossos livros, mas a questão que apresenta não tem um significado constitucional pequeno”. [...] Harlan também rejeitou a ideia de que o Estado poderia proibir a exibição da jaqueta de Cohen como guardião da moralidade pública. Em linguagem citada, ele observou: “[A vulgaridade do homem] é a letra de outro” e “porque os funcionários do governo não podem fazer distinções de princípios nesta área que a Constituição deixa questões de gosto e estilo tão amplamente para o indivíduo”. Ele também alertou que o “governo pode em breve aproveitar a censura de palavras particulares como um disfarce conveniente para proibir a expressão de visões impopulares”²³²⁴.

Dessa forma, ficou evidenciada a amplitude de proteção do direito à liberdade

22 O caso *Cohen vs Califórnia* versou sobre os limites da liberdade de expressão e os atos considerados “ofensivos” pelo Estado e que merecem, de alguma maneira, represália. Logo, o protagonista do presente caso foi Paul Robert Cohen que, durante manifestações contra a Guerra do Vietnã, acabou adentrando em um tribunal de Los Angeles vestindo uma jaqueta com a frase “Fuch the Draft”, sendo totalmente repreendido pelo Estado por seu ato, considerado obsceno e que poderia atingir mulheres e crianças que estavam no local. Além disso, O ente estatal justificou a represália também como algo que perturbaria a paz pública. Contudo, no momento de julgar o caso, a Suprema Corte Americana considerou a conduta de Paul Cohen como uma manifestação de pensamento e de liberdade, de tal forma que repreendê-lo com base nas justificativas apresentadas pelo Estado, não encontrariam respaldo na Primeira Emenda Americana. Assim sendo, a manifestação de Paul foi considerada protegida pelo referido diploma legal.

23 HUDSON JR., David L. *Cohen v. California* (1971). Disponível em: *Cohen v. California | The First Amendment Encyclopedia* (mtsu.edu). Acesso em: 02 abr. 2021.

24 Texto original: “In the opinion for the Court, Justice John Marshall Harlan II began by observing that the ‘case may seem at first blush too inconsequential to find its way into our books, but the issue it presents is of no small constitutional significance.’[...] Harlan also rejected the idea that the state could prohibit the display of Cohen’s jacket as the guardian of public morality. In oft-cited language, he noted, “[O]ne man’s vulgarity is another’s lyric’ and ‘because government officials cannot make principled distinctions in this area that the Constitution leaves matters of taste and style so largely to the individual.’ He also warned that the “government might soon seize upon the censorship of particular words as a convenient guise for banning the expression of unpopular views’.”

de expressão em solo americano, de tal forma que, diferentemente do caso Alemão, a Suprema Corte Americana acabou reconhecendo o direito à liberdade de expressão como algo particular, como explicitado nas próprias palavras do juiz John Marshall Harlan II.

Diante disso, será que no Brasil a liberdade de expressão possui essa amplitude de proteção ou, de alguma maneira, sofre alguma restrição no seu exercício? Assim, direcionamos agora nossa atenção para o solo brasileiro.

Em relação ao Brasil, o termo “liberdade de expressão” não encontra previsão expressa em solo brasileiro, contudo o direito à liberdade é previsto no Art.5º, caput, da Constituição Federal de 1988, sendo o referido direito assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Ao longo de seu corpo constitucional, o referido diploma também prevê a liberdade de consciência e de crença (Art.5º, inciso VI, CF), a liberdade de associação (Art.5º, inciso XVII, CF), a liberdade de locomoção (Art.5º, inciso LXVIII, CF), a liberdade de imprensa (Art.139, inciso III, CF), a liberdade de reunião (Art.139, inciso IV, CF) e a liberdade de educação (Art.206, inciso II, CF).

Assim, mesmo que não haja uma previsão expressa do direito à liberdade de expressão, a Constituição Federal de 1988 protege o gênero “direito à liberdade”, não havendo previsões expressas sobre limites à liberdade de expressão.

Porém, por não constituir um direito absoluto – como explicado anteriormente –, a liberdade de expressão terá sua incidência regulada de acordo com cada caso em concreto, podendo haver uma incidência maior ou menor, a depender do litígio.

No Brasil, a título de exemplificação, o direito à liberdade de expressão foi objeto de discussão na ADI 4.451^{25 26} do Distrito Federal, em que se discutiu a inconstitucionalidade do Art.45, incisos II e III da Lei nº. 9.504/97 (Lei das Eleições), frente à liberdade de expressão e de imprensa, principalmente no tocante às críticas artísticas e sátiras contra candidatos que concorriam ao pleito eleitoral.

Além do referido caso, merece menção o julgamento recente da ADPF 572 que questionou a legalidade e a constitucionalidade do Inquérito 4781, também chamado de “Inquérito das fake news”, instaurado pelo Supremo Tribunal Federal, para apurar

25 A ADI 4.451 julgada pelo Supremo Tribunal Federal versou sobre a (in)constitucionalidade da ingerência estatal no tocante ao direito de criticar os candidatos que concorrem no processo eleitoral. Assim, a referida ADI trazia o conflito entre a liberdade de expressão, a criação humorística e a manifestação de opiniões em meios de comunicação em face da participação eleitoral dos candidatos. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal acabou concluindo que a ingerência do ente estatal para controlar as referidas manifestações de pensamento e críticas com tom de humor, acabaria ferindo gravemente o direito à livre manifestação de pensamento e de ideias e, conseqüentemente, da liberdade de expressão. Logo, o Egrégio Tribunal declarou inconstitucional os dispositivos normativos que previssem essa ingerência por parte do Estado contra a liberdade de expressão dos indivíduos, blindando a manifestação de pensamento e crítica humorística contra os candidatos.

26 STF, ADI 4451, julg. 21/06/2018, Dje 06/03/2019. Disponível em: paginador.jstf.jus.br. Acesso em: 30 jan. 2021.

denúncias caluniosas e ameaças contra os ministros e seus familiares.

Dessa forma, o Egrégio Tribunal consolidou o entendimento de que as denúncias e ameaças proferidas contra os ministros do Tribunal e contra seus familiares não estaria abarcada pelo manto da liberdade de expressão, pois acabaria incitando a desobediência as decisões judiciais, criando um cenário de insegurança jurídica no país. Desta feita, a Portaria nº. 69/2019 que autorizou a instauração do Inquérito 4781 foi tida como legal e constitucional e, conseqüentemente, a ADPF julgada improcedente.

Importante ressaltar que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento que não deve ocorrer censura prévia no exercício da liberdade de expressão, conforme o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 511.961²⁷, em que os Ministros analisaram a obrigatoriedade – ou não – do diploma de jornalismo para exercer a profissão de jornalista.

Logo, durante o julgamento do referido Recurso Extraordinário, o Egrégio Tribunal entendeu que a profissão de jornalista seria a própria manifestação da liberdade de expressão e informação, de tal forma que a restrição de seu exercício (censura prévia) só poderia ser feita através de lei.

Nas palavras do Supremo Tribunal Federal ao analisar a problemática:

O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. [...] As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral²⁸.

Ao final do julgamento, a Suprema Corte do Brasil pacificou o entendimento de que não é necessário o diploma de jornalismo para exercer a função de jornalista, tendo

27 A ADPF 572 julgada pelo Supremo Tribunal Federal versou sobre a constitucionalidade e legalidade da instauração do “Inquérito das fake news” pela Portaria nº. 69/2019. Segundo o julgamento da ação, o Egrégio Tribunal se manifestou que deveria haver investigações contra os indivíduos que ameaçassem de morte os ministros e membros da família destes, bem como aqueles que incitassem o fechamento da Suprema Corte, como uma forma de proteger o Estado democrático de direito e a integridade dos membros da Suprema Corte.

STF, ADPF 572, julg. 18/06/2020, Dje 13/11/2020. Disponível em: downloadPeca.asp (stf.jus.br). Acesso em: 02 abr. 2021.

28 STF. RE 511.961, jul. 17/06/2009, Dje 18/06/2009. Disponível em: [RE 511961](http://RE511961) (stf.jus.br). Acesso em: 06 abr. 2021. p. 02-03.

em vista tanto a questão da liberdade de expressão, quanto à impossibilidade de censura prévia neste quesito.

Portanto, é perceptível, através da análise dos ordenamentos jurídicos alemão, estadunidense e brasileiro; que a liberdade de expressão possui tratamentos distintos, principalmente na própria Constituição de cada país e pela jurisprudência de cada Corte.

Nesse sentido, pela liberdade de expressão não possuir limites pré-definidos para sua incidência no caso em concreto, surge a seguinte problemática: até que ponto o indivíduo pode exercer sua liberdade de expressão sem ferir outros direitos pertencentes às demais pessoas? Ou seja, qual deve ser o limite desse exercício, para que este não venha a cometer o denominado “discurso de ódio”, intrinsecamente relacionado ao racismo institucional?

3. O racismo institucional e sua problemática quanto ao discurso de ódio.

Que a liberdade de expressão não é um direito – ou princípio – absoluto, já é de nossa concepção, mas até que ponto o indivíduo pode exercer sua liberdade de expressão sem ferir outros direitos pertencentes às demais pessoas que convivem com ele?

Agora, torna-se essencial o entendimento aprofundado do que vem a ser o denominado “racismo institucional” e a problemática deste – e da liberdade de expressão – quanto ao “discurso de ódio”.

Assim, o racismo institucional pode ser compreendido como uma espécie de racismo que se encontra instalado, ou seja, enraizado nas instituições de um Estado, de tal forma que constitui em um sistema de desigualdades raciais, podendo ocorrer tanto na esfera pública, quanto na esfera privada.

Dessa forma, o racismo institucional constitui em um sistema de desigualdades em que se tem como base a raça, seja pela cor, pela cultura ou pela origem étnica que predomina em uma sociedade. Segundo os próprios autores Stokely Carmichael e Charles Hamilton:

O racismo institucional depende da operação ativa e generalizada de atitudes anti-negros e práticas. Prevalece um senso de posição superior do grupo: os brancos são “melhores” do que os negros; portanto os negros deveriam ser subordinados aos brancos. Essa é uma atitude racista e que permeia a sociedade, tanto o nível

individual e institucional, velada e abertamente²⁹³⁰.

Importante ressaltar que existe uma linha bem tênue entre o racismo institucional e a liberdade de expressão, principalmente no tocante aos limites desta em relação àquele, pois quando a liberdade de expressão extrapola seus limites, pode acabar gerando o denominado “discurso de ódio”; conforme ensina o doutrinador Winfried Brugger:

De acordo com a maioria das definições, o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.

Além disso, o discurso de ódio não deve ser protegido pela liberdade de expressão, uma vez que corresponde a uma discriminação contra pessoas (e grupos vulneráveis) e que possui íntima relação com o racismo institucional, tão comum ainda na atual realidade.

Através disso, é primordial a análise da evolução do racismo institucional em alguns diplomas legais, como forma de perceber que o referido instituto está presente desde os primórdios do desenvolvimento dos Estados, inclusive no Brasil.

Assim, passamos a analisar a expressão “racismo institucional” nos diplomas legais, utilizando-se de um direito comparado, envolvendo a Alemanha, os Estados Unidos e o Brasil.

3.1 A análise do racismo institucional nos diplomas legais da Alemanha.

O primeiro país que será objeto de análise será a Alemanha. Logo, partiremos do marco da fundação do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (1920) e da ascensão de Adolf Hitler, na Alemanha, com a fundação do Terceiro Reich (1933).

29 Texto original: Institutional racism relies on the active and pervasive operation of anti-black attitudes and practices. A sense of superior group position prevails: whites are “better” than blacks; therefore blacks should be subordinated to whites. This is a racist attitude and it permeates the society, on both the individual and institutional level, covertly and overtly.

30 CARMICHAEL, Stokely; HAMILTON, Charles. Black power: the politics of liberation in America. New York: Vintage, 1967. Disponível em: Black Power: Politics of Liberation in America (wordpress.com). Acesso em: 1 fev. 2021. n.p..

Com isso, após sua ascensão e implementação do governo nazista em solo alemão, Adolf Hitler necessitava de uma política criminal que tratasse da importância de conceitos como sangue (Blut) e raça (Rasse), que estavam sistematizados no projeto do Código Penal de 1936; isso serviria para realçar ainda mais o sentimento de coletividade e pertencimento do povo alemão, como maneira de fortalecer o “espírito do povo” (Volksgemeinschaft) e fortalecer a imagem de Adolf Hitler com o líder.

Nesse sentido, conforme explica Cristiano Fragoso:

Os dispositivos que criminalizavam ataques à raça estavam no topo do segundo grupo da parte especial, abrindo a parte denominada “ataques à energia vital do povo” (§ 133 e seguintes). [...] A lei de proteção ao sangue e à honra alemães, editada em 15/9/1935, já criminalizava os ataques à raça, mas, dada a centralidade desses “valores” para a ideologia nazista, é evidente que um projeto de Código Penal faria referência, em posição de destaque, a essas condutas. Puniam-se o casamento e as relações sexuais extramatrimoniais que os dispositivos de proteção ao sangue e à honra alemães vedavam (que eram fundamentalmente essas condutas entre alemães e judeus). Também se criminalizava a conduta de criticar ou de incitar contra as medidas raciais estatais (§136)³¹.

Dessa forma, Hitler justificava a ascensão da “raça ariana” através da discriminação de outros grupos raciais – principalmente os judeus, negros, ciganos -, prevenindo e reprimindo medidas que atentassem contra esses preceitos de criminalização e fortalecimento do povo alemão.

Porém, com o final da Segunda Guerra Mundial (1945) e com a queda do Muro de Berlim (1989) passou a vigorar na Alemanha unificada, a Lei Fundamental de Bohn ou Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (LF), bem como o Código Penal Federal Alemão.

Com esses novos diplomas legais, o conceito de “sangue”, “raça” e “espírito do povo” que tanto Adolf Hitler defendia, passaram a adotar outra concepção.

O Código Penal Federal Alemão passou a punir, por exemplo, os insultos (Art.185), e os crimes que atentem contra a prevenção da paz pública (Art.130), principalmente se tiverem alguma espécie de conotação para discriminação de raças.

Curioso mencionar que o Art.130, §3º do Código Penal Federal Alemão pune toda tentativa de negação, mentira e aprovação do Holocausto, como forma de proteger a memória das vítimas do nazismo alemão e prevenir outras formas de incitação para a discriminação racial, como ensina Winfried Brugger:

31 FRAGOSO, Cristiano. Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal nazista de 1936. Disponível em: código-penal-nazista-christiano-fragoso.pdf. Acesso em: 1 fev. 2021, p.224.

Esse dispositivo, o art.130, é de especial importância na limitação do discurso do ódio na Alemanha. [...] O parágrafo terceiro do mesmo artigo, incluído em 1994, pune efetivamente todas as formas de negação, mentira e aprovação do Holocausto. O art.130 estabelece o seguinte: “Prisão, não excedente a 5 anos, ou multa, será a punição de quem, em público ou em reunião, aprove, negue ou minimize o ato descrito no art.220a [ou seja, genocídio], cometido sob o Nacional Socialismo, de forma capaz de perturbar a paz pública.” A razão dessa emenda foi a de que nem todos os casos relativos ao Holocausto se enquadravam nos tipos penais de ofensa acima mencionados³².

Portanto, podemos perceber que o combate ao racismo institucional – e ao discurso de ódio – na Alemanha, possui um cunho protetivo no sentido do passado histórico do país, principalmente em relação às atrocidades cometidas pelo governo nazista em prol de uma “raça ariana”, sustentada pelo ditador Adolf Hitler.

Agora, passaremos a análise do racismo institucional nos diplomas legais pertencentes aos Estados Unidos.

3.2. A análise do racismo institucional nos diplomas legais dos Estados Unidos

Partiremos para a análise de alguns diplomas legais estadunidenses, levando-se em consideração como um importante marco a Guerra da Secessão (1861-1865) entre o norte e o sul, que acabou por trazer consequências ao solo americano, principalmente em relação ao apartheid entre negros e brancos.

Assim, podemos vislumbrar um exemplo de lei com forte influência do racismo institucional, as denominadas “Leis de Jim Crow”, aplicadas entre os anos de 1877 a 1964 e originadas no sul dos Estados Unidos, que promoviam a separação de locais para os negros e para os brancos, sendo baseada na máxima “separados, mas iguais”. Era o reflexo do próprio apartheid entre negros e brancos.

Além disso, segundo Jackson Lears:

Durante décadas após o fim da Reconstrução, o terrorismo racial e a legislação Jim Crow se combinaram para garantir que o renascimento de uma nação seria projetado apenas para os brancos. Em 1920, a não renascida era uma política racialmente

32 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Revista de Direito Público – IDP, Brasília, n.15, jan./mar. 2007. Disponível em: Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano | Brugger | Direito Público (idp.edu.br). Acesso em: 30 jan. 2021. p. 121-122.

purificada onde a segregação era política pública oficial e “americano” significava “caucasiano”.³³³⁴

Portanto, as Leis de Jim Crow acabaram por constituir um marco histórico em relação à segregação racial americana, entre negros e brancos.

Contudo, foi no ano de 1965 que o Presidente Lyndon Johnson publicou a denominada “Lei dos Direitos de Voto” (Voting Rights Act), em que acabou por conceder o direito de voto aos negros. Coincidência ou não, a implementação da referida Lei ocorreu após o fim das leis de Jim Crow, que tiveram vigor até o ano de 1964.

Nesse sentido, afirma Joelza Domingues:

Em 6 de agosto de 1965, o presidente Lyndon Johnson, dos Estados Unidos, assinou a Lei dos Direitos de Voto (Voting Rights Act) que proibiu a discriminação racial no processo eleitoral, decorrentes da segregação racial no processo eleitoral, decorrentes da segregação racial dos Estados Unidos. A lei que assegurou o direito de voto para os negros foi resultado do movimento dos direitos civis. O Congresso posteriormente alterou a lei cinco vezes para expandir suas proteções. O impacto da lei foi imediato e manteve-se nos anos seguintes. Em 1965, quase 250 mil afro-americanos foram registrados como eleitores. Entre 1965 e 1985, o número de afro-americanos eleitos como deputados estaduais aumentou de 3 para 176 somente nos estados sulistas, os mais discriminatórios³⁵.

Atualmente, a Emenda VX (1870), em sua Seção 1, na Constituição Americana de 1787, acaba por reprimir qualquer tipo de discriminação de voto no tocante ao critério da raça; assim conforme o diploma legal: “O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão”³⁶.

Assim sendo, podemos apontar que, mesmo com os avanços democráticos e antirracistas, o contexto de igualdade entre raças – principalmente entre negros e brancos – é algo ainda muito recente na história americana (e do mundo).

33 Texto original: For decades following the end of Reconstruction, racial terrorism and Jim Crow legislation combined to ensure that the rebirth of a nation would be designed for whites only. By 1920, the reborn nation was a racially purified polity where segregation was official public policy and “American” meant “Caucasian.”

34 LEARS, Jackson. *Rebirth of a Nation: The making of modern America, 1877-1920*. HarperCollins e-books, 2009. Disponível em: [Rebirth of a Nation: The Making of Modern America, 1877-1920 \(American History\) \(usp.br\)](#). Acesso em: 1 fev. 2021. p.11.

35 DOMINGUES, Joelza Ester. *Negros conquistam o direito de voto, Estados Unidos*. Disponível em: [Negros conquistam o direito de voto, Estados Unidos \(ensinarhistoriajoelza.com.br\)](#). Acesso em: 2 fev. 2021. p.01.

36 ESTADOS UNIDOS. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: (Microsoft Word - A Constitui\347\343o dos Estados Unidos da Am\351rica) (areaseg.com). Acesso em: 31 jan. 2021. p. 10.

3.3. A análise do racismo institucional nos diplomas legais e na jurisprudência do Brasil.

Agora, em relação ao Brasil, tomaremos como marco a Independência do Brasil (1822) e a elaboração da primeira Constituição, a Constituição do Império do Brasil de 1824.

Com isso, a Constituição Brasileira de 1824 representou um importante marco no sentido de liberdade e independência de um país que acabava de nascer e se tornar independente dos domínios de Portugal. Contudo, enquanto o referido diploma legal trazia artigos que previam a garantia de liberdade dos cidadãos, a realidade do Brasil era outra: nas palavras da Lei Maior, previa-se a liberdade; enquanto que na realidade brasileira vigorava o sistema escravocrata.

Logo, a Constituição de 1824, em seu Art. 179, caput; continha a previsão de inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que possuem por base a liberdade: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio [...]” ; enquanto a escravidão ainda consistia em um mercado no Brasil. Isso demonstrava a contradição entre a letra da lei e a realidade do sistema brasileiro, como forma de “esconder” o racismo institucional em prol da ideia liberal de liberdade para os cidadãos.

Sobre o tema, nas palavras de André Campello:

A escravidão não estava prevista, expressamente, em nenhum dos dispositivos da Constituição Imperial, de 1824, o que não poderia ser diferente, já que, pela sua inspiração liberal, não poderia tal Charta Magna, explicitamente trair a sua própria finalidade, como preconizado pela teoria constitucionalista, o resguardo das liberdades individuais. Dispor sobre a escravidão em uma Constituição liberal seria uma *contraditio in terminis*, entretanto, o legislador constituinte encontrou uma saída: implicitamente, fez referência aos cidadãos brasileiros libertos, ou seja, que emergiram da *capitis diminutio maxima*, passando a gozar de seu *status libertatis*, mas sem alcançar o mesmo *status civitatis* dos cidadãos brasileiros ingênuos³⁷.

Essa contradição também estava presente no primeiro Código Penal Brasileiro de 1830, em que havia previsões no sentido de punir quem passasse a escravizar

37 IMPÉRIO DO BRASIL, Código Criminal do Império do Brazil. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1830. Disponível em: LIM-16-12-1830 (planalto.gov.br). Acesso em: 2 fev. 2021. p.20.

um indivíduo que já fosse livre, como a presente no Art.179³⁸³⁹ do referido Código.

Assim, o Código Penal de 1830 se encaixava na mesma dualidade da Constituição de 1824, quando prevê crimes que buscam proteger a liberdade do indivíduo, mas ao mesmo tempo, o país possui um regime de escravidão principalmente de negros.

Atualmente, no Brasil, vigora a Constituição Federal de 1988 que, diferentemente dos diplomas citados anteriormente, acaba por trazer em sua previsão – em compatibilidade com a realidade democrática – o mandamento constitucional de criminalização do racismo, em seu Art.5º, inciso XLII; bem como traçou como meta que a República Federativa do Brasil seja regida, em suas relações internacionais, pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Além disso, a Carta Magna de 1988 também trouxe como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos concernentes a origem, a raça, ao sexo, a cor, a idade e qualquer outra forma de discriminação.

Em consonância com as previsões constitucionais, também foi editada a Lei nº. 7.71/89, em que se punem atos que resultem de preconceitos de raça, cor ou etnia.

Diante disso, segundo o entendimento de Celso de Melo:

Portanto, compreende-se por violação o descumprimento de qualquer dos direitos protegidos e reconhecidos como inerentes à dignidade da pessoa humana. Ao se proteger o princípio da igualdade, conforme o caput do artigo 5º, e prevendo garantia a esse direito no inciso XLII, é de reconhecer que toda prática de racismo, nos termos da lei, como fato típico, estabelecido no teor da Lei 7.716/89, é uma lesão aos direitos humanos, posto que atinge bem jurídico protegido inerente a todo e qualquer ser humano, tendo o Estado fundamentalmente reconhecido-o como direito essencial, cuja orientação é a eliminação de todas as formas de racismo⁴⁰.

Importante mencionar sobre esse tema que, no Brasil, houve a discussão da legalidade de prisão de um indivíduo chamado Siegfried Ellwanger, tendo em vista que este havia sido preso e condenado pelo crime de racismo, pois havia comercializado livros que faziam apologia ao nazismo, bem como que negavam o holocausto e seus efeitos.

38 IMPÉRIO DO BRASIL, Código Criminal do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1830. Disponível em: LIM-16-12-1830 (planalto.gov.br). Acesso em: 2 fev. 2021. p.20.

39 IMPÉRIO DO BRASIL, Código Criminal do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1830. Disponível em: LIM-16-12-1830 (planalto.gov.br). Acesso em: 2 fev. 2021. p.20.

40 DE MELO, Celso Eduardo Santos. Racismo e violação aos direitos humanos pela internet – Estudo da Lei nº. 7.716/89. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 2010. 29f. Disponível em: (Microsoft Word - CAPA E P\301GINAS INICIAIS - CELSO) (usp.br). Acesso em: 2 fev. de 2021. p.13-14.

O citado caso foi objeto de julgamento no Habeas Corpus nº. 82.424-2⁴¹, do Rio Grande do Sul, sendo um marco essencial para a formação do conceito de “racismo” em solo brasileiro e, também, por corresponder a um conflito entre a liberdade de expressão e a proteção aos grupos vulneráveis, vítimas do Holocausto.

Assim, conforme o Supremo Tribunal Federal:

O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de ideia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa ideia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo, de um crime que a Carta da República levou às últimas consequências quando, declarando-o imprescritível, desprezou a consagrada e salutar segurança jurídica. O combate deve basear-se em critérios justos e limpos, no confronto de ideais⁴².

Portanto, através da análise dos diplomas legais pertencentes à Alemanha, aos Estados Unidos e ao Brasil, é notável que a realidade do racismo institucional nestes países é heterogêneo, mas com o mesmo objetivo: a discriminação entre raças, a hegemonia de uma classe em relação a outra e, claro, a perpetuação deste nos diplomas legais.

Nesse sentido, após a tentativa de conceituação e de observação sobre o tema, concluímos que o racismo institucional ainda é um fenômeno antigo e que ainda se encontra presente em nossa realidade – esvaecendo aos poucos -, sendo que a partir desse ponto, passaremos a análise do Caso Charlottesville e a relação das manifestações com os institutos da liberdade de expressão e do racismo institucional, na prática.

41 O caso do Habeas Corpus nº. 82.424-2 foi um importante marco na definição do que vem a ser “racismo” no Brasil. Assim, o citado remédio constitucional versou sobre o caso do escritor e editor Siegfried Ellwanger que acabou distribuindo livros antisemitas contra os judeus, promovendo a discriminação destes e defendendo que os judeus seriam um grupo racial geneticamente menor e pernicioso, além de serem considerados um segmento racial atávico, ou seja, que não acompanhou a evolução das outras raças. Segundo a defesa do impetrante, na época, em uma tentativa de evitar a condenação do réu, ela acabou prelecionando que os judeus não seriam capazes de sofrer racismo, pois não deveriam ser considerados propriamente uma raça, o que autorizaria a descaracterização do crime de racismo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no momento de julgamento do Habeas Corpus, acabou invocando o texto do Art.5º, Inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, com o intuito de vedar a proliferação de ideais que ponham em risco o bem estar coletivo, bem como que funcionem como um motivador para a discriminação de outros grupos raciais, como os judeus, já que para o Egrégio Tribunal, os judeus seriam considerados uma “raça” em uma concepção político-social, de tal forma que merecem proteção como as demais.

42 STF, HC nº. 82.424-2/RS, julg. 17/09/2003, Dje 19/03/2004. Disponível em: [hc-82424-caso-ellwanger-voto-ministro-marco-aurelio.pdf](https://www.stf.jus.br/portal/consulta.do?base=82424-caso-ellwanger-voto-ministro-marco-aurelio.pdf) (jota.info). Acesso em: 1 fev. 2021. p. 888-889.

4. O Caso Charlottesville (EUA): entre a liberdade de expressão e o racismo institucional.

O A partir desse ponto, trataremos do Caso Charlottesville⁴³ e sua relação com a liberdade de expressão e o racismo institucional, tendo em vista que o referido caso trouxe à tona o debate entre os limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional.

É necessário mencionar que a figura do general Robert Edward Lee contribuiu para a Guerra da Secessão em solo americano, tendo em vista que este representou a figura da parte sulista dos Estados Unidos, ou seja, a porção que defendia a manutenção do regime escravocrata.

Após o fim da guerra, Robert Lee passou a ser considerado uma figura importante do evento, mas conforme documentos da época, o general possuía diversos escravos e que durante a guerra, Robert Lee havia liderado ataques a Pensilvânia com o objetivo de obter afro-americanos livres para escravizá-los.

Diante disso, os protestos que eram realizados em prol da extrema-direita americana envolviam manifestações com símbolos nazistas, além dos manifestantes portarem armamentos pesados, vestimentas, tochas e símbolos do grupo Ku Klux Klan (KKK). Logo, correspondia a um verdadeiro cenário de discurso de ódio, com apologia a doutrina nazista e da KKK.

Assim, sobre esse contexto:

Para grupos de defensores dos direitos civis, o enaltecimento público de figuras associadas à Confederação representa um acinte à comunidade negra norte-americana, já que os Estados do Sul se rebelaram contra o governo central, liderado então por Abraham Lincoln, para manter a escravidão de negros africanos, elemento vital para a economia rural da região na época. Já para os descendentes dos antigos confederados, junto com grupo de extrema-direita, Lee e outras figuras confederadas são símbolos da honra dos estados sulistas derrotados na guerra e da defesa da raça e da religião da população branca norte-americana, em contraposição à miscigenação racial e ao cosmopolitismo dos estados do Norte – os Yankees. Hoje, existem mais de 12 mil monumentos públicos que celebram personalidades

43 O Caso Charlottesville se refere ao conjunto de manifestações que ocorreram no ano de 2017, na cidade de Charlottesville, nos Estados Unidos, em que a prefeitura do local havia determinado a retirada de uma estátua que prestava homenagem a Robert Edward Lee, confederado da Guerra de Secessão e que defendia a manutenção do regime escravocrata em solo americano. Assim, manifestantes da extrema-direita, liderados por Jason Kessler (Unity and Security for America e a Klu Klux Klan) iniciaram manifestações com o uso de tochas, armas pesadas, bandeiras e gestos nazistas, com o intuito de evitar a retirada da referida estátua de Charlottesville. Contudo, devido ao conteúdo de incitação da violência por parte da extrema-direita, o movimento Black Lives Matter começou a realizar movimentos contra os grupos de extrema-direita, como forma de proteger a retirada do monumento que incitava a discriminação racial. O saldo das manifestações foram cerca de trinta feridos e uma morte, a da ativista Heather Heyer, de 32 anos de idade.

confederadas nos Estados Unidos, particularmente naqueles que compunham o grupo rebelde⁴⁴.

Portanto, o histórico do Caso Charlottesville serve como palco para o debate dos limites da liberdade de expressão e os reflexos do racismo institucional, tendo em vista que se deve indagar se no momento em que os grupos organizados por Jason Kessler começaram a se manifestar com símbolos nazistas (lemas, bandeiras), tochas e armas, além de elementos que remetiam ao grupo da Ku Klux Klan, eles estariam (ou não) protegidos pela liberdade de expressão?

4.1. A liberdade de expressão e o Caso Charlottesville: entre símbolos nazistas, tochas, armas e a defesa pela supremacia branca.

Foi durante as manifestações organizadas por Jason Kessler, pertencente ao grupo de extrema-direita e radical Unity and Security for America, que os apoiadores pela manutenção da estátua de Robert Edward Lee acabaram por se utilizar de símbolos nazistas (saudações, bandeiras, lemas), tochas e armas pesadas, durante sua participação no evento.

Somado a isso, David Duke (antigo líder da Ku Klux Klan nos Estados Unidos) e a própria KKK acabaram por marcar presença nas manifestações, apoiando o grupo de extrema-direita americana.

Assim, a simbologia por trás da participação dessas pessoas nos traz à tona a discussão se a utilização desses elementos citados (símbolos nazistas, tochas, armas, ideologias raciais) contribuiria para o discurso de ódio – sendo reflexo direto do racismo institucional -, ou esses elementos estariam protegidos pelo direito de liberdade de expressão.

Segundo o doutrinador Winfried Brugger:

[...] o conteúdo do discurso de ódio elimina, ou pela menos minimiza, seu caráter comunicativo e, por essa razão, a expressão de mensagens racistas é apropriadamente vista mais como uma conduta do que como um discurso, não sendo aplicáveis, portanto, os argumentos baseados

44 TOLEDO, Bruno. Sangue sobre o solo: Charlottesville e a tensão racial nos Estados Unidos. Disponível em: Sangue sobre o solo: Charlottesville e a tensão racial nos Estados Unidos - Página22 (pagina22.com.br). Acesso em: 4 fev. 2021. p.03.

na liberdade de expressão⁴⁵.

Dessa forma, afirmar que a utilização de elementos que promovem a supremacia racial ou que possuam algum cunho que remeta à discriminação de raças, pregando que a violência ou a referida discriminação deve ocorrer é atentar diretamente para o maior princípio que os diplomas constitucionais tendem a defender: a dignidade humana.

Com isso, a utilização de símbolos nazistas, tochas, armas, ideologias raciais que pregam a discriminação pelos manifestantes, remete claramente a uma forma de discurso de ódio contra grupos minoritários, como os afro-americanos e que, no contexto das manifestações, apoiavam a demolição da estátua do general Robert Lee.

Nesse sentido, se englobamos a citada manifestação abaixo do manto da liberdade de expressão estaríamos dando margem para outros tipos de manifestações e proliferação de ideologias racistas, como a que predomina na própria Ku Klux Klan.

Além disso, podemos afirmar que a utilização desses objetos usados durante as manifestações pelos grupos de extrema-direita corresponde a um limite desta liberdade, principalmente se analisarmos precedentes judiciais brasileiros explicitados anteriormente, como o caso do Habeas Corpus nº. 82.424-2 de Siegfried Ellwanger e do caso do Inquérito das fake news (ADPF 572).

Assim, a apologia às ideias nazistas (superioridade ariana, extermínio de grupos vulneráveis, defesa de medidas raciais) e outras formas de discriminação racial não devem ser motivadas com a justificativa pautada na liberdade de expressão:

O discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação. Para isso, entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão⁴⁶.

Portanto, se analisarmos o Caso Charlottesville à luz dos diplomas legais e da jurisprudência do Brasil, iremos perceber que a depender do caso em concreto, o direito à liberdade de expressão pode ter um campo de preponderância maior em relação ao outro direito posto em conflito, como nos casos do Habeas Corpus nº. 82.424-2 e da ADPF 572 em que o direito de liberdade de expressão não predominou sobre os demais

45 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Revista de Direito Público – IDP, Brasília, n.15, jan./mar. 2007. Disponível em: Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano | Brugger | Direito Público (idp.edu.br). Acesso em: 30 jan. 2021. p.118.

46 SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. RIL Brasília, a.52, n.207, jul./set., 2015. Disponível em: Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar (senado.leg.br). Acesso em: 4 fev. 2021. p.147.

direitos postos em xeque (integridade física e dignidade humana) e em contrapartida, no caso da ADI 4.451 em que a liberdade de expressão ganhou preponderância em relação aos outros direitos postos em debate (censura em processo eleitoral).

Importante mencionar, também, que o Supremo Tribunal Federal já determinou que não pode existir censura prévia ao exercício da liberdade de expressão, como conclusão da análise, por exemplo, do caso do Recurso Extraordinário nº. 511.961.

Assim sendo, é possível perceber que no caso do Brasil, a depender do caso em análise, a liberdade de expressão frente a outro direito, irá possuir uma interpretação diferenciada e que necessita do estudo individual do caso em concreto.

Agora, se formos interpretar a utilização destes objetos de acordo com a legislação americana – que também foi objeto de estudo anterior -, iremos concluir que a liberdade de expressão não pode sofrer restrição por lei (diferentemente do caso alemão), devendo ser absoluta a liberdade de pensamento e de expressão, conforme a Primeira Emenda de 1791.

Logo, a manifestação realizada pelos grupos associados ao Unity and Security for America, durante o Caso Charlottesville, com a utilização de símbolos nazistas, tochas, armas e discursos de ódio direcionados à desigualdade racial entre os brancos e os afro-americanos; não deve ser considerada como uma liberdade de expressão se adotarmos os conteúdos das legislações do Brasil e da Alemanha como referencial, por exemplo; uma vez que promove a separação entre grupos raciais com base em violência e discriminação, assim:

O discurso do ódio constitui uma modalidade de discurso e, nos Estados Liberais, protege-se, em geral, a liberdade do discurso. No entanto, trata-se de uma modalidade de discurso de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar ou incitar o ódio, de forma a incitar ou encorajar à violência, à humilhação, à hostilização, à discriminação de uma pessoa ou um grupo de pessoas, devido a sua raça, gênero, idade, etnia, religião, orientação sexual, classe socioeconômica, capacidade mental ou outras disfunções⁴⁷.

Portanto, a utilização de símbolos que remetam a violência e a discriminação racial deve representar um limite à liberdade de expressão, já que ferem a dignidade humana e a igualdade racial, princípios tão caros aos ordenamentos jurídicos pátrios.

Por fim, se tomarmos como referencial os diplomas legais da Alemanha, seria perceptível notar que o direito à liberdade de expressão no Caso Charlottesville sofreria limites, como ocorreu no caso BVerfGE 90, 241-255 - anteriormente estudado -, já que conforme a leitura dos diplomas jurídicos da Alemanha, estes possuem pouca tolerância

47 RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva. O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: restrições à liberdade de expressão?. Disponível em: fileBIB2017823122655.pdf (uc.pt). Acesso em: 4 fev. 2021. p.15.

a tipos de manifestações que envolvam incitação e discriminação, principalmente entre raças, e acabam não recebendo respaldo e proteção pelo ordenamento jurídico germânico.

Logo, a depender do ordenamento jurídico que tomamos como referencial, a liberdade de expressão pode (ou não) sofrer restrições (limites) em maior (ou menor) intensidade: enquanto que no Brasil, o direito a liberdade de expressão terá seu campo de preponderância definido de acordo com o caso em concreto; foi possível perceber que nos Estados Unidos, ela possui uma proteção extremada, de tal forma que as limitações – se existirem de alguma forma – são ínfimas; sendo por fim, se tomarmos como ponto de referência a Alemanha, o direito à liberdade de expressão tem maiores chances de sofrer restrições (quando comparado ao Brasil e aos Estados Unidos), principalmente quando envolver contextos de discriminação de grupos raciais.

Superado esse ponto, resta-nos enfrentar os reflexos do racismo institucional que foram evidenciados no Caso Charlottesville.

4.2. Os reflexos do racismo institucional no Caso Charlottesville.

É através das manifestações em Charlottesville, em 2017, que podemos perceber a existência da questão do racismo institucional, ainda presente, nas relações humanas.

Assim, o estopim para a reunião dos manifestantes liderados por Jason Kessler foi a possível demolição da estátua do general Robert Edward Lee e o que a figura deste personagem representa.

Nesse contexto, o confederado Robert Lee possuía íntima relação com o pensamento sulista, durante a Guerra da Secessão, e defendia a manutenção do regime escravocrata em solo estadunidense, o que provocou inimizades com Abraham Lincoln.

Logo, a estátua representaria um monumento de uma importante figura da referida guerra – Robert Lee -, mas que ao mesmo tempo, retrata um tipo de pensamento que afronta, diretamente, o indivíduo em sua essência: a escravidão.

Dessa maneira, o racismo institucional – ainda que de forma indireta – influenciou as discussões e as manifestações que eclodiram na cidade de Charlottesville, pois é evidente que a defesa de um monumento que retrata um confederado que defendia a escravidão, mesmo que em épocas passadas, demonstra a existência do racismo institucional.

Como afirma Pedro Carvalho Oliveira sobre essa realidade:

É importante destacarmos isto: o racismo nos EUA tem origens específicas, assim como

é particular a origem de seus movimentos neonazistas. Também são particulares as características desses movimentos, pois dialogam com uma história própria e, com isso, realizam processos de ruptura e de permanência com o nazismo clássico, com o passado. A presença de neonazistas em Charlottesville não é um acontecimento iniciado e finalizado nele mesmo: possui raízes históricas sem as quais nossa análise poderia se tornar frágil, incapaz de situar esses acontecimentos tão recentes em uma duração mais longa, em uma intersecção entre o passado e o presente [...]. Com isso, os acontecimentos do dia 13 de agosto de 2017 poderiam ser vistos como algo muito novo quando, em verdade, possuem uma maior profundidade no tempo. Buscaremos, então, proceder de forma responsável no sentido de compreender os acontecimentos de Charlottesville não como o início de um fenômeno, nem mesmo como seu fim, mas como uma etapa dele⁴⁸.

Além disso, também é importante mencionar a violência retratada pelos veículos jornalísticos que informaram, no ano de 2017, sobre os fatos que ocorriam na região de Charlottesville: um dos membros que pertenciam ao grupo Unity and Security for America, James Alex Fields Jr., acabou arremessando um veículo em direção aos manifestantes do Black Lives Matter, o que resultou na morte da manifestante Heather Heyer, de 32 anos de idade e deixou 30 pessoas feridas.

Assim sendo, fica evidente que o uso da violência pelos membros do grupo Unity and Security for America – além das apologias ao nazismo – retratam a violência derivada do racismo institucional, principalmente no tocante a pensamentos divergentes.

Adiante, outro reflexo do racismo institucional que pode ser mencionado e que possui íntima relação com a questão da liberdade de expressão (tendo já sido enfrentado em tópico anterior), é a utilização de objetos e ideologias que pregam a discriminação racial, defendendo a supremacia de uma raça em relação à outra.

Isso é retratado através do uso de tochas, armas pesadas, bandeiras e gestos nazistas, bem como a presença de membros da Ku Klux Klan, como David Duke, durante as manifestações da extrema-direita.

Diante disso, fica clara a presença de elementos racistas durante as manifestações em Charlottesville, como forma de ressaltar a supremacia de uma raça em relação à outra, como forma de defender a manutenção do monumento destinado a Robert Lee em Charlottesville.

Com isso, podemos identificar os seguintes reflexos derivados desse cenário que ocorreu em Charlottesville e que possuem relação com o racismo institucional ainda presente na sociedade americana: a defesa de monumentos simbólicos que retratam valores relacionados à escravidão (como a estátua de Robert Lee), o uso da violência pelos manifestantes em prol da supremacia racial (Unity and Security for America e Ku

48 OLIVEIRA, Pedro Carvalho. Charlottesville e o neonazismo em marcha nos Estados Unidos. *Temporalidades – Revista de História*, ed. 30, v.11, n.2, maio./ago., 2019. p.417.

Klux Klan) e a utilização de elementos racistas durante as manifestações, como tochas, armas pesadas, gestos e bandeiras nazistas, bem como a presença de membros da Ku Klux Klan, durante as mesmas, logo:

Neste evento em específico o discurso de ódio consistiu no chamado discurso supremacistas-branco, que se trata basicamente daquele discurso que exalta os indivíduos brancos como superiores àqueles que são de outra etnia. Assim, a reunião desses manifestantes teve por objetivo enaltecer sua própria suposta superioridade em relação àqueles que não possuem sua mesma característica. Até por isto, este discurso de ódio contou com a elucidação de símbolos nazistas, já que possui similaridade com o discurso à época da Alemanha-nazista, que enaltecia a raça ariana como superior as demais, pregando a “purificação” da raça, enaltecendo as qualidades próprias de sua raça e diminuindo os “impuros” como ciganos, gays, negros e judeus. Nesse sentido, observada uma certa similaridade entre esses dois discursos quanto ao seu conteúdo, mudando o objeto do ódio⁴⁹.

Portanto, fica evidente a existência desses reflexos do racismo institucional nas manifestações do caso Charlottesville.

5. Conclusão

Ao final do presente trabalho, foi possível identificar que a liberdade de expressão sofrerá limites a depender do tipo de legislação utilizada como referencial; bem como a existência de três reflexos do racismo institucional, tomando-se como base o Caso Charlottesville.

Assim, o direito de liberdade de expressão corresponde a um direito não absoluto e que comporta restrições a depender do diploma legal: enquanto que nos Estados Unidos o referido direito recebe uma proteção maior; na Alemanha, a liberdade de expressão sofre limitações com a intenção de proteger grupos vulneráveis e que não alimentem a formulação de “discursos de ódio” contra eles. No Brasil, o referido direito a depender do caso em concreto e do conflito com outros direitos (dignidade da pessoa humana, integridade) pode sofrer – ou não – limitações.

Importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento

49 GIRARDI, Cícero Vogelaar; MALARDO, Igor Julio; MARTOS, Frederico Thales de Araújo. Uma visão constitucional sobre o fenômeno social de Charlottesville: a importância da regulamentação da liberdade de expressão pela penalização do “hate speech”. Revista de iniciação científica e extensão da faculdade de direito de Franca, v.4, n.1, jun., 2019. Disponível em: UMA VISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O FENÔMENO SOCIAL DE CHARLOTTESVILLE: A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELA PENALIZAÇÃO DO “HATE SPEECH”. | GIRARDI | Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca (direitofranca.br). Acesso em: 5 fev. 2021. p.193.

pela impossibilidade de censura prévia no exercício da liberdade de expressão, podendo ocorrer o referido limite após – ou durante – o referido exercício deste direito.

Em relação ao racismo institucional, também foi possível identificar que se trata de uma discriminação institucionalizada, ou seja, uma segregação institucionalizada, seja pelos diplomas legais antigos (Leis de Crow, Código Penal Alemão de 1936, Constituição do Império do Brasil de 1824), quanto pela tentativa de sua erradicação pelos diplomas novos (Lei Fundamental da Alemanha, a Lei dos Direito de Voto, Constituição Federal de 1988, e Lei nº. 7.71/89). Porém, o racismo institucional ainda corresponde a uma realidade.

A partir do Caso Charlottesville e da análise da dinâmica das manifestações que ocorreram no ano de 2017, foi possível identificar que o “discurso de ódio” corresponde a um limite do direito de liberdade de expressão, como no Brasil, através do julgamento do Habeas Corpus nº. 82.424-2 e da ADPF 572, em que o direito de liberdade de expressão não predominou sobre os demais direitos postos em xeque (integridade física, dignidade da pessoa humana), representando um verdadeiro limite de incidência da liberdade de expressão. Ademais, não poderia, conforme a jurisprudência brasileira, haver algum tipo de censura prévia na manifestação da liberdade de expressão, havendo o controle deste exercício durante – ou após – a sua realização.

Por outro lado, se adotarmos o conteúdo legislativo da Primeira Emenda de 1791 dos Estados Unidos, não identificaremos limites quanto ao direito de liberdade de expressão, uma vez que este referido direito possui especial proteção da Constituição Americana, já que a própria não permite limitações de seu conteúdo e forma, tendo uma interpretação e um exercício mais abrangente, como afirmado por Winfried Brugger.

Ainda nesse contexto, se adotarmos os diplomas legais da Alemanha, seria possível perceber a existência de limites contra a liberdade de expressão, e diferentemente do Brasil, que não possui uma relativização de preponderância a depender do caso em concreto: na Alemanha, o “discurso de ódio” é repudiado ao extremo, seja pelo passado do país, seja pela conotação de discriminação de grupos vulneráveis específicos, como os judeus.

Por fim, em relação aos reflexos do racismo institucional, através do Caso Charlottesville foi possível identificar três reflexos, sendo eles: a defesa de monumentos simbólicos que retratam valores relacionados à escravidão (como a estátua de Robert Lee), o uso da violência pelos manifestantes em prol da supremacia racial (Unity and Security for America e Ku Klux Klan) e a utilização de elementos racistas durante as manifestações, como tochas, armas pesadas, gestos e bandeiras nazistas, bem como a presença de membros da Ku Klux Klan, durante as manifestações.

Assim sendo, ao final do presente artigo foi possível concluir que o direito de liberdade de expressão sofre restrições em seu exercício, a depender do tipo de legislação adotada como referencial; bem como que o racismo institucional ainda apresenta reflexos na realidade de vários países, como nos eventos que ocorreram em Charlottesville.

Bibliografia

ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paulo Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. **Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19.** Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, EDIÇÃO ESPECIAL – DOSSIÊ COVID-19, p. 1-21, 2020.

BRASIL. Agência Brasil. **Compras por aplicativos têm alta de 30% durante pandemia, diz pesquisa.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/compras-por-aplicativos-tem-alta-de-30-durante-pandemia-diz-pesquisa>. Acesso em: 16.jun.2020.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 16.jun.2020.

BRASIL. Decreto nº 1254, de 29 de setembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acesso em 16.jun.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sobre a doença. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 16.jun.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Transmissão. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#transmissao>. Acesso em: 16.jun.2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Nota Técnica CONAFRET n. 01/2020. Orientação do Ministério Público do Trabalho em face das medidas governamentais de contenção da pandemia da doença infecciosa COVID 19, voltada às empresas de transporte de mercadorias e de transporte de passageiros, por plataformas digitais. Procuradores: Tadeu Henrique Lopes da Cunha e Carolina de Prá Camporez Buarque. Brasília, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-conafret-corona-virus-01.pdf>. Acesso em: 12.jun.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Motorista de aplicativo é trabalhador autônomo, e ação contra empresa compete à Justiça comum. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Motorista-de-aplicativo-e-trabalhador-autonomo--e-acao-contra-empresa-competem-a-Justica-comum.aspx>. Acesso em: 16.jun.2020.

COLÔMBIA. Circular nº 015 de 2020. Disponível em: <https://www.mincit.gov.co/prensa/medidas-para-mitigar-impacto-del-covid-19/documentos-covid-19/circular-015-del-9-4-20-protocolos-para-excepcione.aspx>. Acesso em: 16.jun.2020.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 4^a. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** - Obra revista e atualizada conforme Lei da Reforma Trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

EATER Seattle. Seattle Approves Bill Mandating That Restaurant Delivery Apps Give Drivers Paid Sick Leave. Disponível em: <https://seattle.eater.com/2020/6/3/21279368/seattle-bill-mandates-sick-pay-for-gig-workers>. Acesso em 16.jun.2020.

FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. **Sindicatos globais e a proteção dos direitos trabalhistas**. In: Delgado, Gabriela Neves; Pereira, Ricardo José Macêdo de Britto. (Org.). Trabalho, Constituição e Cidadania: A Dimensão Coletiva dos Direitos Sociais Trabalhistas. 1ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 78-110.

FRANÇA. Cour de Cassation. Sentencia de la Corte de Casación, Sala de lo Social del 4 de marzo de 2020. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_UBER_espanol.pdf. Acesso em 16.jun.2020.

IATTW. Manifesto. Disponível em: <https://iaatw.org/about-us/manifesto/>. Acesso em: 3.jul.2020.

ILO. Conheça a OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/comece-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em 16.jun.2020.

ILO. Contágio ou fome, o dilema de trabalhadores informais durante a pandemia de COVID-19. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/noticias/WCMS_744071/lang--pt/index.htm?shared_from=shr-tls. Acesso em: 16.jun.2020.

ILO. COVID-19 crisis and the informal economy. Immediate responses and policy challenges. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/briefingnote/wcms_743623.pdf. Acesso em: 16.jun.2020.

ILO. Futuro do Trabalho. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/fow/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 16.jun.2020.

ILO. Normas Internacionais de Trabalho. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 16.jun.2020.

ILO. R204 - Recomendação sobre a Transição da Economia Informal para a Economia Formal (2015). Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_587521/lang--pt/index.htm. Acesso em 16.jun.2020.

LOS ANGELES. Public Order Under City of Los Angeles Emergency Authority. Disponível em: <https://www.lamayor.org/sites/g/files/wph446/f/page/file/20200507MayorPublicOrderWorkerProtectionRev050720.pdf>. Acesso em 16.jun.2020.

MADRI. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1^a, Sentencia 40/2020 de 17 Ene. 2020, Rec. 1323/2019. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzNTYyNz->

JUK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOK-SIMBPpHAqUUAAAA=WKE. Acesso em 16.jun.2020.

ONU. CEPAL alerta para informalidade trabalhista associada a novas tecnologias. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cepal-alerta-para-informalidade-trabalhista-associada-a-novas-tecnologias/>. Acesso em 16.jun.2020.

PERU. Resolución Ministerial N° 163-2020-PRODUCE. Disponível em: <https://www.gob.pe/institucion/produce/normas-legales/584167-163-2020-produce/>. Acesso em 16.jun.2020.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda – São Paulo : Edipro, 2016.

UOL. Greve não para apps, mas mostra força de entregadores; nova data é votada. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/07/01/greve-nao-para-apps-mas-afeta-sistema-e-mostra-forca-de-entregadores.htm>. Acesso em: 4.jul.2020.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. “**The Emergency of the new Coronavirus and the “Quarantine Law”** in Brazil”. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Available in: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Accessed in 14.06.2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.